ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN
CLAUDIA LIMA MARQUES
LEONARDO ROSCOE BESSA

MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR

8.ª edição revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
BIBLIOTECA M.
Nº
113803 27/07/18
339.379.8(81)
B468m
8.ed.

ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN
CLAUDIA LIMA MARQUES
LEONARDO ROSCOE BESSA

Manual de DIREITO DO CONSUMIDOR

8.ª edição revista, atualizada e ampliada

1.ª edição, 1.ª tiragem: nov. 2007; *2.ª tiragem*: mai. 2008;

2.ª edição, 1.ª tiragem: fev. 2009; *2.ª tiragem*: set. 2009;

3.ª edição, 1.ª tiragem: set. 2010; *2.ª tiragem*: abr. 2011;

4.ª edição, 1.ª tiragem: abr. 2012; *2.ª tiragem:* out. 2012;

5.ª edição, 1.ª tiragem: mar. 2013; *2.ª tiragem:* set. 2013.

6.ª edição, 1.ª tiragem: jul. 2014; *2.ª tiragem:* dez. 2014.

7.ª edição, 1ª tiragem: jun. 2016.

THOMSON REUTERS
ProView™
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DO LIVRO

© desta edição
[2017]

113803

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Visite nosso *site* www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Impresso no Brasil [08.2017]

Universitário [texto]

Fechamento desta edição [02.08.2017]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

ISBN 978-85-7368-2

VI. Fato do Produto e do Serviço

Antonio Herman V. Benjamin

Sumário: **1.** Noção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço – **2.** Os vícios de qualidade por insegurança e os riscos do mercado de consumo – **3.** Conceito de vício de qualidade por insegurança – **4.** A segurança como um conceito relativo – **5.** A distinção entre periculosidade inerente e periculosidade adquirida – **6.** A periculosidade inerente – **7.** A periculosidade adquirida – **8.** A periculosidade exagerada – **9.** Os danos indenizáveis – **10.** Os produtos como objeto do art. 12 – **11.** Os responsáveis pelo dever de indenizar – **12.** A responsabilidade civil objetiva – **13.** O defeito como elemento gerador da responsabilidade – **14.** O conceito de defeito no Código – **15.** Classificação dos defeitos em relação à sua origem – **16.** Os defeitos de fabricação – **17.** Os defeitos de concepção – **18.** Os defeitos de comercialização – **19.** As causas de exclusão da responsabilidade – **20.** O caso fortuito e a força maior – **21.** Os riscos de desenvolvimento – **22.** A alocação dos riscos de desenvolvimento – **23.** Os critérios para avaliação do que seja risco de desenvolvimento – **24.** A responsabilidade subsidiária do comerciante – **25.** A solidariedade na responsabilidade do comerciante – **26.** As hipóteses de responsabilidade subsidiária e solidária do comerciante – **27.** O produto anônimo – **28.** O produto mal identificado – **29.** A má conservação dos produtos perecíveis – **30.** O direito de regresso – **31.** Os serviços como objeto do art. 14 – **32.** Os responsáveis pelo dever de indenizar – **33.** O defeito na prestação do serviço como elemento gerador da responsabilidade – **34.** As causas de exclusão da responsabilidade – **35.** A responsabilidade dos profissionais liberais por acidentes de consumo – **36.** Ampliação do conceito de consumidor (art. 17) – Quadro sinótico – Bibliografia.

1. Noção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço

A expressão "responsabilidade pelo fato do produto e do serviço", embora de certo modo já tradicional no nosso direito privado, não reflete, com nitidez, o enfoque moderno que o direito do consumidor almeja dar ao problema.

> O clássico Aguiar Dias já advertia que "não há nada tão incongruente como expressar em responsabilidade por fato da coisa a que deriva de acidentes ocorridos com veículos ou objetos de nossa propriedade ou sob nossa guarda, porque a coisa não é capaz de fatos". E arremata: "Somos decisivamente contrários a essa classificação, que parece assimilar as coisas aos animais, quando aquelas são inertes ou pelo menos passivas, e, os últimos, dotados de sensibilidade e de capacidade para reagir" (*Da responsabilidade civil*, p. 412).

Melhor, portanto, é falar-se em "responsabilidade pelos acidentes de consumo". Enquanto aquela terminologia enfatiza o elemento material *causador* da responsabilidade, esta, ao contrário, prefere dar destaque ao elemento humano *consequencial*.

O dado fundamental não é a origem do fato (do produto ou serviço), mas sim a localização humana de seu resultado (o acidente de consumo). A rigor, aqui o direito do consumidor – ao revés do que sucede com os vícios de qualidade por inadequação – só se volta para o fenômeno material inerente ao produto (o defeito) quando tem seu interesse despertado pela sua habilidade para causar o fenômeno humano (o acidente de consumo).

"Fato do produto" ou "fato do serviço" quer significar dano causado por um produto ou por um serviço, ou seja, dano provocado (fato) por um produto ou um serviço. Encaixa-se em um sistema mais amplo de danos, regrado pelo Código Civil; danos esses decorrentes ora de "fato próprio" (a regra geral), ora de "fato de outrem" (arts. 932 a 934), ou, ainda, de "fato causado por animais" (art. 936). O novo regime desta matéria quer dizer exatamente isto: o Código Civil, em matéria de danos causados por produtos ou serviços de consumo, é afastado, de maneira absoluta, pelo regime especial do Código de Defesa do Consumidor. Só excepcionalmente aplica-se o Código Civil, ainda assim quando não contrarie o sistema e a principiologia (art. 4.º) do Código de Defesa do Consumidor.

O tratamento que o Código dá a esta matéria teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não.

O legislador deu, portanto, um tratamento unitário ao assunto, não cabendo ao intérprete, quando da análise do novo modelo, qualquer tentativa de utilizá-lo como se fora uma mera reforma das categorias dicotômicas. O texto legal simplesmente não as teve em mente. Muito ao contrário, procurou delas se afastar, sepultando, por assim dizer, a *summa divisio* clássica.

A melhor doutrina e a jurisprudência já vinham indicando a impossibilidade de encaixe perfeito da tutela do consumidor contra os vícios de qualidade por insegurança em um ou noutro regime tradicional.

> Waldirio Bulgarelli, com muita precisão, descreveu o dilema: "Tanto o sistema da responsabilidade contratual como o da aquiliana, baseados na culpa, revelaram-se inadequados para um sistema geral de reparação de danos causados por produtos defeituosos, e, por isto, reclama-se um tipo de responsabilidade baseado no risco/proveito (*noblesse oblige, richesse oblige*)" (A tutela do consumidor, p. 42).

Na sociedade de consumo não faz sentido, de fato, a velha dicotomia, especialmente se se quer um regramento apropriado do fenômeno dos vícios de qualidade por insegurança.

Realmente, essa "unidade de fundamento da responsabilidade do produtor impõe-se, pois o fenômeno real dos danos dos produtos conexos ao desenvolvimento industrial é sempre o mesmo, o que torna injustificada a diferenciação ou discri-

minação normativa do lesado, credor contratual ou terceiro. Trata-se, portanto, da unificação das responsabilidades contratual e extracontratual – devendo falar-se de responsabilidade do produtor, *tout court* – ou pelo menos da unificação do regime das duas, em ordem a proteger igualmente as vítimas, expostas aos mesmos riscos" (João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, p. 478).

2. Os vícios de qualidade por insegurança e os riscos do mercado de consumo

Os produtos e serviços colocados no mercado devem cumprir, além de sua função econômica específica, um objetivo de segurança. O desvio daquela caracteriza o vício de quantidade ou de qualidade por inadequação, enquanto o deste, o vício de qualidade por insegurança.

Quando se fala em segurança no mercado de consumo, o que se tem em mente é a ideia de *risco*: é da maior ou menor presença deste que decorre aquela. No sentido aqui empregado, o termo risco é enxergado como a probabilidade de que um atributo de um produto ou serviço venha a causar dano à saúde humana (acidente de consumo).

> Soa como lugar-comum dizer que a vida humana é uma atividade de driblar riscos. De fato, tanto os indivíduos, como a sociedade em geral, "assumem riscos e é impossível vivermos do modo que queremos sem assumi-los" (João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, p. 478). Por isso mesmo, não tendo o direito força suficiente para eliminá-los inteiramente, cumpre-lhe o papel igualmente relevante de controlá-los. Não se imagine que o direito do consumidor seja, ou pretenda ser, capaz de transformar o mercado em um paraíso absolutamente seguro, sem qualquer risco para o consumidor. Seus fins são mais modestos.

3. Conceito de vício de qualidade por insegurança

A qualidade dos produtos e serviços, já afirmamos, pode ser maculada de duas formas: através dos vícios de qualidade por inadequação e por intermédio da presença de vícios de qualidade por insegurança. Estes poderiam ser conceituados como *a desconformidade de um produto ou serviço com as expectativas legítimas dos consumidores e que têm a capacidade de provocar acidentes de consumo.*

Logo, no conceito de vício de qualidade por insegurança, encontramos *dois elementos*: a *desconformidade com uma expectativa legítima* e a *capacidade de provocar acidentes*. Sem que estejam reunidos estes dois elementos não há falar em vício de qualidade por insegurança.

Assim, quando a expectativa legítima dos consumidores existe em relação a uma desconformidade que não tenha o condão de provocar acidentes (a cor ou paladar de um produto), não estamos diante de um vício de qualidade por insegurança (embora se possa estar perante um vício de qualidade por inadequação). Também quando a capacidade de causar acidentes existe, mas não há a legítima expectativa

dos consumidores em sentido diverso (uma faca ou um pesticida). Com tal formulação, chegamos à conclusão de que as noções de *vício de qualidade por insegurança* e de *defeito* acabam por se confundir.

A expectativa legítima do consumidor relaciona-se com duas outras concepções que adiante serão esmiuçadas: a normalidade e a previsibilidade do risco. Aquela é um traço objetivo, enquanto esta se mostra como um elemento subjetivo.

> Não se confundem vício de qualidade por insegurança e vício redibitório. A distinção, conforme aponta Jacques GHESTIN, faz-se em dois planos. Em primeiro lugar, não se lhe pode dar uma definição contratual, uma vez que a vítima pode ser um simples terceiro. Ademais, não cabe a apreciação sobre a aptidão do produto para cumprir o fim para o qual foi colocado no mercado (vício de qualidade por inadequação). Ao revés, faz-se um juízo sobre a sua segurança. Ou seja, pouco importa tenha ou não o produto a *performance* que dele se espera; o que é relevante são os danos que ele é capaz de produzir (La directive communautaire et son introduction en droit français, *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, p. 118).

4. A segurança como um conceito relativo

Já tivemos oportunidade de anotar que a *ratio* do direito do consumidor não é eliminar toda e qualquer insegurança do mercado. Essa seria uma missão impossível.

De uma maneira geral, pode-se dizer que não há produto ou serviço totalmente seguro. Constata-se que os bens de consumo têm sempre um resíduo de insegurança que pode ou não merecer a atenção do legislador. O direito, de regra, só atua quando a insegurança ultrapassa o patamar da normalidade e da previsibilidade do risco, consubstanciando-se em verdadeiro defeito. Assim, todo produto ou serviço, por mais seguro e inofensivo que seja, traz sempre uma ponta de insegurança para o consumidor. Não se pode, é claro, denominá-los produtos ou serviços enodoados com vício de qualidade por insegurança, portadores de defeito. Seria esta uma insegurança que está em acordo com a legítima expectativa do consumidor. Estaríamos, aí, diante de uma periculosidade inerente, conceito este que será mais bem analisado abaixo.

> De fato, se os riscos "normais e previsíveis" são inerentes à sociedade de consumo, também o são os vícios de qualidade por insegurança. A produção em massa é incapaz de criar produtos e serviços completamente isentos de defeitos. Os bens de consumo modernos, se por um lado oferecem crescente conforto e inovação, por outro aumentam, na mesma ou em maior proporção, seus riscos, como decorrência natural de sua progressiva complexidade, assim como de sua quantidade e multiplicidade no mercado (Luc BIHL, La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs, *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, p. 50).

Ou seja, em maior ou menor proporção, quase todo bem de consumo traz em si o elemento "capacidade de causar acidente". Consequentemente, como já referido acima, a noção de segurança depende do casamento deste componente com um outro: a "desconformidade com uma expectativa legítima" do consumidor.

5. A distinção entre periculosidade inerente e periculosidade adquirida

Os produtos e serviços, quanto à sua segurança, podem ser, didática e juridicamente, divididos em dois grandes grupos: os de *periculosidade inerente* (ou *latente*) e os de *periculosidade adquirida* (em razão de um defeito). Poder-se-ia, ainda, identificar um terceiro grupo: os produtos de *periculosidade exagerada*. Esta nomenclatura que propomos encontra-se, de certo modo, em sintonia com as linhas gerais da doutrina estrangeira (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 241).

> Temos de reconhecer que esta distinção, quando observada pelo ângulo dos eventuais danos sofridos pelo consumidor, sujeita-se a crítica. Afinal, tanto a periculosidade inerente quanto a periculosidade adquirida representam um risco para a segurança do consumidor e, por isso mesmo, sua "proteção é igualmente necessária em todos os casos" (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 241). Só que, para fins de *regime jurídico*, principalmente no que tange à responsabilidade civil, a divisão produz consequências significativas. Ao direito do consumidor importa, fundamentalmente, a periculosidade adquirida. Excepcionalmente, como veremos, a periculosidade latente, por se transformar em periculosidade adquirida em virtude de carência informativa, ganha relevância jurídica.

Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a *noção geral da expectativa legítima*. Isto é, a ideia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que deles *legitimamente* se espera. As expectativas são *legítimas* quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida.

A periculosidade integra a zona da *expectativa legítima* (periculosidade inerente) com o preenchimento de dois requisitos, um *objetivo* e outro *subjetivo*. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como *inerente* e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do direito. Vale dizer: inexiste vício de qualidade por insegurança.

> Uma obrigação abrangente como a estampada no *princípio geral da segurança dos bens de consumo* há que ter limites. Não se pode condenar, por exemplo, o fabricante da corda utilizada pelo suicida ou o da navalha, instrumento do crime de assassinato (Luc BIHL, La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs, *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, p. 54). O legislador busca, então, com os olhos voltados para a realidade do mercado de consumo, delimitar as fronteiras desse princípio geral. Daí que a periculosidade inerente raramente dá causa à responsabilização do fornecedor. Esta é consequência natural da periculosidade adquirida (e também da exagerada), isto é, a insegurança que supera as fronteiras da expectativa legítima dos consumidores.

Na determinação do que é e do que não é perigoso, os tribunais têm um grande papel a desempenhar. Por vezes os juízes trazem para tal avaliação os critérios fixados pela Administração Pública. De fato, o Poder Público, por meio de normas administrativas de normalização e de qualidade, tem o dever-poder (não mais simples poder-dever) de fixar *standards mínimos* de segurança para os bens de consumo. Mas, evidentemente, tal critério é insuficiente e, em certos casos, chega mesmo a ser contrário aos interesses dos consumidores.

A mera inexistência ou inadequação de *standard* de qualidade ou quantidade fixado pela Administração não autoriza os fornecedores a colocarem produtos e serviços no mercado do modo e da maneira que bem quiserem. Todos os produtos e serviços submetem-se, incondicionalmente, ao *princípio geral da segurança dos bens de consumo*. E este, por limitar a atividade de *todos* os envolvidos no mercado, mesmo os entes públicos, não é afetado pela inoperância ou mesmo incompetência da Administração.

Hipótese distinta é quando a autoridade administrativa estabelece um único e exclusivo padrão para o produto ou serviço: quando diz, expressa e claramente, que o fornecedor só pode produzir e comercializar naquela e em nenhuma outra condição (mesmo que seja com melhor qualidade). Trata-se, como se vê, de uma situação extremamente rara no mercado. Sucede, em sua maioria, nos casos especialíssimos de produtos ou serviços fornecidos ao próprio Estado por encomenda e com especificações técnicas peculiares.

Tirante tal hipótese excepcional, não é porque um determinado fornecedor respeitou os padrões mínimos estabelecidos pelo administrador que ficará imune ao dever de indenizar o consumidor pelos danos causados. A Administração fixa sempre *standards* de qualidade *mínima*. Cabe principalmente ao fornecedor – titular do produto ou serviço e, por isso mesmo, melhor conhecedor de suas qualidades e riscos – buscar mantê-lo dentro dos limites estabelecidos pela *noção geral da expectativa legítima* do consumidor. Em outras palavras: um produto ou serviço pode, com efeito, ser considerado perigoso não obstante esteja absolutamente em conformidade com a regulamentação em vigor.

6. A periculosidade inerente

Os bens de consumo de *periculosidade inerente* ou *latente* (*unavoidably unsafe product or service*) trazem um risco intrínseco atado a sua própria qualidade ou modo de funcionamento. Embora se mostre capaz de causar acidentes, a periculosidade dos produtos e serviços, nesses casos, diz-se *normal* e *previsível* em decorrência de sua natureza ou fruição, ou seja, está em sintonia com as expectativas legítimas dos consumidores.

> Logo, um bem nestas condições não é defeituoso "simplesmente porque tem um risco inerente. Alguns produtos, uma faca de cozinha afiada, por exemplo, devem ser perigosos se querem ser úteis" (Ontário Law Reform Comission, *Report on products liability*, p. 14).

A periculosidade só é inerente quando dotada de normalidade (isto em relação ao produto ou serviço) e de previsibilidade (isto em relação ao consumidor). Se assim não ocorre, cabe ao fornecedor a obrigação de advertir os consumidores (dever de informar) dos riscos inevitáveis. Tal modalidade de periculosidade manifesta-se em produtos de uso diário, como facas (cortam), cordas (podem "queimar" as mãos quando atritadas), sacos plásticos e travesseiros (podem sufocar crianças).

Certos produtos e serviços são capazes de trazer consigo, a um só tempo, periculosidade inerente (normal e previsível) e periculosidade exagerada. Em outros casos, o mesmo bem de consumo carreia periculosidade inerente acoplada a uma periculosidade adquirida (defeito). Finalmente, é possível que o produto ou serviço, além da periculosidade inerente (incapaz de surpreender o consumidor), também apresente riscos absolutamente desconhecidos do consumidor, decorrentes de sua complexidade ou sofisticação: são os agrotóxicos, os medicamentos etc.

> Não há como eliminar totalmente a periculosidade inerente de certos produtos e serviços, a não ser com a supressão do próprio bem de consumo, ou, em outros casos, com a destruição de uma ou algumas de suas qualidades essenciais. É o caso dos agrotóxicos: sem seu poder para exterminar pragas (capacidade esta que não faz qualquer distinção entre seres humanos e outros seres vivos), deixa o produto de possuir uma de suas qualidades básicas. Daí que, na medida em que a periculosidade inerente está associada a inúmeros produtos tidos como imprescindíveis à vida moderna, o direito do consumidor busca, então, controlá-los. São produtos e serviços que, desde que adequadamente produzidos e acompanhados de informações, não são considerados, pelo prisma do direito do consumidor, defeituosos (James A. HENDERSON e Richard N. PEARSON, *The torts process*, p. 683).

Em síntese, para que a periculosidade seja reputada *inerente*, dois requisitos devem estar presentes: a *normalidade* e a *previsibilidade*. Têm eles a ver com a expectativa legítima dos consumidores. A regra geral, portanto, é a de que os danos decorrentes de periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar. Por exemplo, o fabricante da faca de cozinha não está obrigado a reparar os danos sofridos pela consumidora ao utilizá-la nas suas atividades domésticas.

De qualquer modo, na análise da obrigação de reparar, o juiz não se deve contentar com uma mera apreciação *em abstrato* do preenchimento dos dois requisitos já mencionados. São eles examinados caso a caso, atentando-se especialmente para as condições particulares de cada consumidor, principalmente para sua capacidade de conhecer e avaliar eventuais informações fornecidas acerca dos riscos do produto ou do serviço.

7. A periculosidade adquirida

Os chamados produtos ou serviços de *periculosidade adquirida* tornam-se perigosos em decorrência de um *defeito* que, por qualquer razão, apresentam. São bens de consumo que, se ausente o vício de qualidade por insegurança que trazem, não manifestam risco superior àquele legitimamente esperado pelo consumidor. A carac-

terística principal da periculosidade adquirida é exatamente a sua *imprevisibilidade* para o consumidor. É impossível (ou, quando possível, inútil) qualquer modalidade de advertência, já que esta não tem o condão de eliminá-la.

> Poder-se-ia acrescentar um outro traço que influencia largamente o tratamento que o direito do consumidor confere à responsabilidade civil por acidentes de consumo: a inevitabilidade dos defeitos. "Os estudos a respeito da produção em série e a distribuição e o consumo em massa" – escreve percucientemente Waldirio BULGARELLI – "têm demonstrado, entre outros aspectos, a *inevitabilidade dos defeitos* e o seu constante crescimento, o que dá ao problema dimensão específica, voltada para a responsabilidade da empresa" (A tutela do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1983, p. 42).

Tendo em vista a causa do mau funcionamento (do defeito), é possível identificar três modalidades básicas de periculosidade adquirida: os *defeitos de fabricação*, os *defeitos de concepção (design* ou *projeto)* e os *defeitos de comercialização*, também denominados de *informação* ou de *instrução*.

> As três espécies de defeitos, analisadas mais detidamente abaixo, foram, em perfeito raciocínio, comparadas por Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES: "As duas primeiras categorias – defeitos de fabricação e de construção – se estribam em vícios materiais ou intrínsecos; a terceira categoria, relativa aos defeitos de instrução e informação, refere-se a vícios formais ou extrínsecos. Em todos, porém, há uma nota comum: são defeitos que carreiam para o produto uma potencialidade danosa, que, por certo, pode existir em todo e qualquer produto, até no mais inofensivo, assim como é latente nas mercadorias chamadas perigosas (explosivos, materiais inflamáveis, venenos). Há, no entanto, uma profunda diferença na espécie: o defeito em tela introduz no produto uma potencialidade danosa por ele *normalmente* não possuída e, assim, inesperada para o consumidor ou usuário comum" (*A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*, p. 161 – grifo no original).

A caracterização – nem sempre possível – de um defeito como de fabricação, de concepção ou de comercialização tem grande importância na justificação que se pode formular para eventuais desvios da responsabilização sediada em culpa. Passível de críticas, a tripartição dos defeitos, embora não trazendo benefícios metodológicos fantásticos, tampouco provoca prejuízos à análise da questão. A precisão científica, realmente, sofreria muito mais na ausência de tal diferenciação, pois com isso não só se impediria a avaliação adequada do fenômeno em todos os seus aspectos, como, ainda, poder-se-ia incorrer em equívocos na apresentação de soluções idênticas para situações que são distintas (Ugo CARNEVALE, La responsabilitá del produtore – Problemi generale, *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, p. 161).

8. A periculosidade exagerada

Podemos, finalmente, identificar uma terceira categoria de produtos e serviços nefastos à saúde e segurança do consumidor: são os de periculosidade exagerada. Estes são, em verdade, uma espécie dos bens de consumo de *periculosidade inerente* –

embora Eike von Hippel (*Verbraucherschutz*, p. 50) prefira situá-los como portadores de defeito de concepção. Só que, ao contrário dos bens de periculosidade inerente, a informação adequada aos consumidores não produz maior resultado na mitigação de seus riscos. Seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores.

Por isso mesmo, não podem, em hipótese alguma – em face da imensa desproporção entre custos e benefícios sociais da sua produção e comercialização – ser colocados no mercado. São considerados *defeituosos por ficção*. É o caso de um brinquedo que apresente grandes possibilidades de sufocação da criança. A informação, nestes casos, é de pouca valia em decorrência dos riscos excessivos do produto ou serviço. Em linguagem econômica: os riscos não compensam os benefícios.

Mas qual seria o critério para a avaliação do "alto grau de nocividade ou periculosidade" (*unreasonably dangerous*)? Nem sempre a solução estará na lei, já que esta não pode, evidentemente, em face da complexidade e sofisticação do mercado, listar produtos e serviços que seriam, em tese, portadores de alto grau de periculosidade. Quer-nos parecer que os tribunais, caso a caso, com auxílio técnico, haverão de avaliar o produto ou serviço, e só então decidir acerca do defeito presumido.

De qualquer modo, com a ajuda do *Restatement (Second) of Torts, section 520*, é possível elencar alguns pontos que podem ser levados em consideração pelo juiz em tal determinação: *a)* se a atividade em si envolve um alto grau de risco de dano; *b)* se o dano hipotecário é de grande gravidade; *c)* se o risco não pode ser eliminado pelo exercício de cuidado razoável; *d)* se a atividade não é matéria de uso comum; *e)* se a atividade é inapropriada para o local onde é exercida; e, finalmente, *f)* o valor da atividade para a comunidade. Poderíamos acrescentar a existência ou não, no mercado, de bem similar com menor potencial de periculosidade.

9. Os danos indenizáveis

O dano é pressuposto inafastável da responsabilidade civil. Não há sequer falar em responsabilidade civil sem dano – que pode qualificar-se como patrimonial ou moral.

Em matéria de acidentes de consumo, o Código de Defesa do Consumidor – novamente em oposição ao que dispõe a Diretiva da CEE – cobre todos os danos, ou seja, os "patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" (art. 6.º, VI).

> O art. 15, *vetado*, estabelecia que, "quando a utilização do produto ou a prestação do serviço causar dano irreparável ao consumidor, a indenização corresponderá ao valor integral dos bens danificados". Assim foi o veto fundamentado: "A redação equivocada do dispositivo redunda em reduzir a amplitude da eventual indenização devida ao consumidor, uma vez que a restringe ao valor dos bens danificados, desconsiderando os danos pessoais". O dispositivo legal era, de fato, obscuro. Poderia levar à interpretação – embora não fosse essa a intenção dos redatores – de que os danos pessoais estariam, *contrario sensu*, excluídos.

Havendo dano, a indenização terá de ser a mais completa possível. Para o Código, de fato, a reparação é ampla, cobrindo todos os danos sofridos pela vítima, patrimoniais (diretos ou indiretos) e morais, inclusive aqueles causados no próprio bem de consumo defeituoso. Ademais, a indenização é *integral*, já que o legislador, ao revés do que fez a Diretiva da CEE, não previu, em nenhum lugar, a indenização *tarifada*.

10. Os produtos como objeto do art. 12

O art. 12 cuida da responsabilidade civil pelo fato do produto, já que a decorrente do fato do serviço vem tratada no art. 14. Não obstante a separação em dispositivos legais distintos, não há falar em dois regimes jurídicos radicalmente diferenciados, a não ser quando se cuida de responsabilidade civil dos profissionais liberais (art. 14, § 4.º).

O próprio Código, já no seu pórtico, dá uma ideia do que seja produto: "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial" (art. 3.º, § 1.º). O legislador afastou-se totalmente da noção jurídica tradicional (e até vulgar) de produto. Quis, assim, demonstrar que o objeto da relação de consumo é amplo, incluindo qualquer bem (aqui como gênero significando produtos e serviços) transferido no mercado de consumo, vale dizer, de um fornecedor para um consumidor. Todos os chamados "atos mistos", identificados pelo direito comercial, ganham, em consequência, um regime jurídico especial.

Como salienta Antônio Junqueira de Azevedo, nas suas aguçadas observações informais sobre o Código, o legislador não construiu um conceito rígido de produto e serviço. Ao revés, no art. 3.º encontramos um verdadeiro enunciado tipológico, flexível por excelência.

11. Os responsáveis pelo dever de indenizar

Em tese, todos os agentes econômicos envolvidos com a produção e comercialização de um determinado produto deveriam ser responsáveis pela sua *garantia de segurança*. Entretanto, o direito do consumidor, apesar de aplicar o dever de segurança a todos (art. 10), muito cedo reconheceu que alguns desses agentes são mais responsáveis que outros pelos danos causados por produtos portadores de vícios de qualidade por insegurança.

O art. 12 fixa, claramente, os responsáveis pelo dever de indenizar os danos causados por produtos portadores de vício de qualidade por insegurança: o fabricante, o construtor, o produtor e o importador. Como fica evidente em primeira leitura, o dispositivo não responsabiliza o distribuidor (atacadista ou varejista). Nisso acompanha a Diretiva 85/374, da Comunidade Econômica Europeia (CEE). Mas, como se verá adiante, é ele excepcionalmente responsabilizado.

O legislador enfrentou de frente o princípio da relatividade dos contratos. O consumidor, mesmo não contratando diretamente com o fabricante, produtor, construtor ou importador, pode acioná-los.

O Código prevê três modalidades de responsáveis: o *real* (o fabricante, o construtor e o produtor), o *presumido* (o importador) e o *aparente* (o comerciante quando deixa de identificar o responsável real). Ademais, ao contrário de legislações estrangeiras, acrescenta às figuras do "fabricante" e "importador" as do "construtor" e do "produtor". É que o texto brasileiro, desejoso de ampliar o leque de opções subjetivas do dever de indenizar, diversamente do que sucede com a Diretiva 85/374, preferiu não limitar sua aplicabilidade com a utilização exclusiva do vocábulo "fabricante".

O termo "fabricante" não deixa de apresentar certa ambiguidade. Isso porque também se aplica ao mero montador (art. 25, § 2.º), que, em um sentido estrito, não é propriamente um fabricante.

O fabricante, expoente da lista legal, é o sujeito mais importante da sociedade de consumo. É ele que, por assim dizer, domina o processo através do qual os produtos chegam às mãos dos distribuidores e varejistas e, a partir destes, ao consumidor.

Por fabricante, no sentido do Código, entende-se qualquer um que, direta ou indiretamente, insere-se nesse processo de desenvolvimento e lançamento de produtos no mercado. E não só o manufaturador final, como ainda o que fabrica peças ou componentes. E tanto o mero montador, como aquele que fabrica seu próprio produto. E não apenas o fabricante de matérias-primas, como também aquele que as utiliza em um produto final.

Na hipótese de um determinado produto ter mais de um fabricante (um de matéria-prima, outro de componente e outro do produto final), todos são solidariamente responsáveis pelo defeito e por suas consequências, cabendo, evidentemente, ação regressiva contra aquele que, efetivamente, deu causa ao defeito. Na medida em que cada um desses agentes econômicos é responsável pelo *dever de segurança*, não lhes sendo permitido alegar ignorância do vício ou mesmo carência de culpa, são todos chamados a responder solidariamente pela colocação do produto defeituoso no mercado.

Imagine-se, por exemplo, que um televisor, em decorrência de um defeito em um componente, vem a explodir e a ferir o consumidor. Este pode, a sua escolha, acionar o montador, o fabricante do componente, o fabricante da matéria-prima, ou os três. Por exemplo, caso o montador venha a pagar pelo dano, cabe-lhe ação regressiva contra aquele que, de fato, deu origem ao defeito. É esta a regra do art. 25, § 2.º.

O produtor, no Código, é basicamente aquele que põe no mercado produtos não industrializados, em particular os produtos animais e vegetais não processados. Novamente aqui o dispositivo distancia-se da Diretiva e das leis nacionais promulgadas sob sua inspiração, quando excluem tais produtos da regulamentação especial. Se o produto animal ou vegetal sofrer processamento (limpeza e embalagem, por exemplo), são solidariamente responsáveis o produtor e aquele que efetuou o processamento, cabendo, aqui também, ação regressiva do que pagou contra quem deu causa ao defeito.

Já o construtor, diferentemente do fabricante e do produtor, lança no mercado produtos imobiliários. O vício de qualidade em uma construção pode decorrer não

só de má técnica utilizada, como ainda de incorporação de um produto defeituoso fabricado por terceiro. Na medida em que o construtor é responsável por tudo o que agrega a sua construção, sua responsabilidade inclui os produtos e serviços ajuntados a esta. Mas, evidentemente, tal solução não tem o condão de isentar de responsabilidade o real causador do defeito. Por isso mesmo, serão responsáveis, de modo solidário, o construtor e o fabricante do produto, podendo aquele que pagou mover ação de regresso contra o verdadeiro causador do defeito.

Finalmente, o importador é aquele que traz para o Brasil produto fabricado ou produzido em outro país. O importador, em verdade, só é responsabilizado porque os fabricantes ou os produtores de seus produtos não são alcançáveis facilmente pelo consumidor. É ele, então, equiparado, por conveniência de implementação do direito do consumidor, ao fabricante e ao produtor. A responsabilidade do importador não depende da natureza jurídica do negócio que originou a transação: compra e venda, permuta e *leasing* são alguns dos negócios jurídicos que dão ensejo ao dever de indenizar. O mesmo raciocínio vale para os outros responsáveis, ou seja, a compra e venda não é a única modalidade de comércio jurídico que pode dar ensejo à responsabilidade civil por acidentes de consumo.

12. A responsabilidade civil objetiva

A sociedade de consumo, com seus produtos e serviços inundados de complexidade tecnológica, não convive satisfatoriamente com um regime de responsabilidade civil baseado em culpa. "Se é relativamente fácil provar o prejuízo, o mesmo já não acontece com a demonstração da culpa. A vítima tem à sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, limitação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento".

A substituição da culpa, como informadora do dever de reparar, por um outro critério, em especial na proteção do consumidor, vinha sendo reclamada de há muito.

Afastando-se, por conseguinte, do direito tradicional, o Código dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Não mais importa se o responsável legal agiu com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso.

Não é sequer relevante tenha ele sido o mais cuidadoso possível. Não se trata, em absoluto, de mera presunção de culpa que o obrigado pode ilidir provando que atuou com diligência. Ressalte-se que tampouco ocorre mera inversão do ônus da prova. A partir do Código – não custa repetir – o réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia.

> Foi esta a tese tão bem defendida pelo Dr. Nelson Nery Jr. e que acabou vencedora no seio da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do anteprojeto.

Uma das grandes inovações do Código foi exatamente a alteração do sistema tradicional de responsabilidade civil baseada em culpa. A responsabilização do réu passa a ser *objetiva*, já que responde, "independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores" (art. 12, *caput*).

A alteração da sistemática da responsabilização, retirando-se o requisito de prova da culpa, não implica dizer que a vítima nada tenha de provar. Ao contrário, cabe-lhe comprovar o dano e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço. Lembre-se, contudo, que em relação a estes elementos o juiz pode inverter o ônus da prova quando "for verossímil a alegação" ou quando o consumidor for "hipossuficiente", sempre de acordo com "as regras ordinárias de experiência" (art. 6.º, VIII). Recorde-se, por último, que o consumidor não necessita provar o defeito (art. 12, § 3.º, II).

> Aliás, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que o art. 12, § 3.º e o art. 14, § 3.º, do CDC, estabelecem hipóteses de inversão *ope legis* do ônus da prova. O precedente de maior relevância foi relatado pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino: "A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3.º, II, e 14, § 3.º, I, e 6.º, VIII, do CDC" (REsp 802.832/MG, j. 13.04.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino). O tema é pacífico. Como ilustração, registre-se: "A Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 802.832/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJ* 21.09.2011, pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido de que em demanda que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), a inversão do ônus da prova decorre da lei. "2.- Diferentemente do comando contido no art. 6.º, VIII, que prevê a inversão do ônus da prova 'a critério do juiz', quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, o § 3.º, do art. 12, preestabelece - de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado –, a distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor, que 'só não será responsabilizado se 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'. É a diferenciação já clássica na doutrina e na jurisprudência entre a inversão *ope judicis* (art. 6.º, VIII, do CDC) e inversão *ope legis* (arts.12, § 3.º, e art. 14, § 3.º, do CDC). Precedente da Segunda Seção" (REsp 1.095.271/RS, 4.ª T., j.07.02.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 05.03.2013). Em âmbito de recurso especial não há campo para se revisar entendimento assentado em provas, conforme está sedimentado no enunciado 7 da Súmula desta Corte" (AgRg no AREsp 402.107/RJ, 3.ª T., j. 26.11.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 09.12.2013).

A doutrina e até, muito timidamente, a jurisprudência vinham pregando a sua necessidade, para não dizer a sua urgência. Não há, realmente, outra forma de se implantar, em matéria de acidentes de consumo, a *justiça distributiva*, aquela que se mostra capaz de redistribuir os riscos inerentes à sociedade de consumo.

13. O defeito como elemento gerador da responsabilidade

Já excogitamos que o vício de qualidade por insegurança está na base do sistema jurídico implantado nos arts. 12 a 17. Para fins desta análise rápida que se faz do Código, equipararemos defeito a vício de qualidade por insegurança. Deixaremos para uma outra oportunidade uma análise mais aprofundada da matéria.

O defeito, como causador do acidente de consumo, é o elemento gerador da responsabilidade civil objetiva no regime do Código. Pode ele ocorrer em qualquer tipo de produto ou serviço de consumo, nos termos do art. 3.°, §§ 1.° e 2.°.

Não há responsabilidade civil por acidente de consumo quando inexiste defeito no produto ou no serviço. Logo, é de mister façamos uma análise sobre o conceito, características e consequências do defeito no regime da responsabilidade civil instaurado pelo Código de Defesa do Consumidor, abordagem esta que se aplica, em suas linhas gerais, tanto para os produtos como para os serviços.

14. O conceito de defeito no Código

O Código busca delimitar a noção de defeito, dando um pouco mais de precisão a este conceito jurídico indeterminado. Segue os passos da Diretiva da CEE quando afirma: "O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes" (art. 12, § 1.°). Acrescenta que, entre estas circunstâncias relevantes relacionadas ao produto, devem ser incluídas: "I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação".

Já vimos que todo produto ou serviço apresenta uma margem de insegurança. Integrá-la-ia o âmbito da periculosidade inerente. A dúvida aqui é: qual o grau de segurança que permite qualificar um produto como não defeituoso?

O elemento central para a construção do conceito de defeito é a *carência de segurança*. É por isso mesmo que defeito e vício de qualidade por insegurança – para os objetivos modestos deste trabalho – vêm considerados como expressões que se equivalem. Mas não é qualquer insegurança que transforma o produto ou serviço em defeituoso. Cuida-se antes de *graus* de insegurança, e nem todos transformam um produto em defeituoso. Atrás foi observado que, ao lado da periculosidade inerente, existe a periculosidade adquirida e a periculosidade exagerada. Só estas últimas, por trazerem potencial danoso superior ao que "legitimamente se espera", é que podem ser consideradas portadoras de vício de qualidade por insegurança ou defeito.

Logo, o Código não estabelece um sistema de segurança absoluta para os produtos e serviços. O que se requer é uma *segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores*. E esta não é aquela do consumidor-vítima. O padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor; mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo.

Mesmo quando o juiz leva em conta a percepção de fragmentos da sociedade de consumo, assim o faz com os olhos postos em matizes coletivos específicos de uma determinada categoria de consumidores, seja por mera divisão geográfica, seja por determinação de classes sociais, seja, finalmente, por levar em consideração a capacidade de assimilar informação (é o caso das crianças, dos idosos, dos analfabetos, dos portadores de deficiência). Tal não quer significar, todavia, que o juiz, para chegar ao quadro geral da expectativa legítima, não considere a situação individual do consumidor-vítima. Só que assim o fará como um dado a mais, entre outros.

O juiz, ao buscar determinar o grau de segurança para um produto, analisa, entre outros fatores, sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e, finalmente, a época em que foi colocado em circulação.

A apresentação do produto tem a ver com a quantidade e a forma das informações sobre os seus riscos, aí se incluindo a publicidade, as bulas e a rotulagem a seu respeito. O uso em questão é caracterizado pela utilização razoável do produto. Também contam os riscos próprios ao bem, na medida em que são maiores em certos produtos do que em outros (basta que se compare um agrotóxico e uma pasta de dente).

Por derradeiro, a expectativa de segurança que importa é aquela vigente no momento da colocação do produto ou serviço no mercado, não cabendo avaliá-la no instante da ocorrência do dano ou do julgamento do juiz. É por isso mesmo que o Código estabelece que um produto novo, de melhor qualidade, não transforma, automaticamente, os anteriores em defeituosos: "O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado" (art. 12, § 2.º).

15. Classificação dos defeitos em relação à sua origem

Conforme já enunciamos acima, os defeitos, pelo prisma da sua origem, podem ser divididos em *defeitos de fabricação*, *defeitos de concepção* e *defeitos de comercialização*. Os três vêm expressamente previstos no Código de Defesa do Consumidor.

16. Os defeitos de fabricação

O art. 12. *caput*, é claro: o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são responsáveis pelos "danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de (...) fabricação, (...) montagem, (...) manipulação, (...) ou acondicionamento de seus produtos". Aí estão vícios de qualidade por insegurança que recebem a denominação especial *defeitos de fabricação*.

Os defeitos de fabricação – assim como os de projeto e de informação – produzem uma série de efeitos jurídicos, sendo os mais importantes deles o dever de proceder ao *recall* e a obrigação de reparar os danos causados. Os defeitos de fabricação – *difetti di fabbricazione*, no direito italiano – originam-se, normalmente, no momento em que o produto é manufaturado, sendo provocados pelo automatismo e padronização do processo produtivo moderno.

> É um mau funcionamento inteiramente alheio à vontade do fornecedor. Caracterizam-se por serem "imperfeições inadvertidas e tipicamente não detectadas que fazem com que os produtos deixem de funcionar de acordo com sua função desejada. Eles têm sua origem na falibilidade do processo produtivo, assim como no fato de que os custos monetários e sociais de uma taxa zero de imperfeição seriam excessivamente elevados. Apenas uma pequena porcentagem do número total de produtos, em qualquer linha de produção, apresenta defeito de tal modo a impor riscos desarrazoados de dano. E somente relativamente poucos produtos defeituosos provocam realmente danos" (James A. HENDERSON e Richard N. PEARSON, *The torts process*, p. 698). Pode-se dizer, então, que há defeito de fabricação sempre que o produto, ao sair do controle do fabricante, apresenta desvios "em alguns aspectos materiais das especificações de *design* para fabricação ou em parâmetros de funcionamento, ou em relação a outras unidades de qualquer modo idênticas da mesma linha de produção" (Model Uniform Product Liability Act, 44 Fed. Reg. 62714, 1979). Nesta categoria de bens de consumo defeituosos também estão incluídos aqueles que, embora tecnicamente perfeitos, são penetrados por corpos estranhos. Assim, o caso do consumidor que vem a se ferir ao ingerir sal (perfeito), cujo recipiente contenha cacos de vidro, ou, ainda, a hipótese em que o consumidor vem a adoecer por ter ingerido um refrigerante contendo uma barata, um caracol ou mesmo um rato (Eike Von HIPPEL, *Verbraucherschutz*, p. 49). Defeitos que surgem no momento do acondicionamento ou armazenamento também fazem parte desta categoria. Esses produtos defeituosos são chamados *escapee* ou *run-away*, no direito norte-americano, ou, ainda, como preferem os alemães, *Ausreisser*.

Os defeitos de fabricação têm um tríplice traço fundamental.

> Primeiro, a *inevitabilidade*, ou seja, mesmo com o emprego da melhor técnica é impossível eliminá-los por inteiro.
>
> Como bem frisa Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES, em "consequência dos modernos processos de produção automatizada, há sempre uma margem inevitável de produtos defeituosos que não podem ser imputados à falta de diligência do produtor, o que lhe permite exonerar-se do dever de reparar, a menos que se instaure a sua responsabilidade sem culpa" (*A responsabilidade*, p. 148).
>
> Segundo, a *previsibilidade estatística* quanto à frequência de sua ocorrência (Ugo CARNEVALE, La responsabilità, p. 31). Ao contrário dos defeitos de concepção, os de fabricação prestam-se perfeitamente ao cálculo estatístico. Isso facilita enormemente a contratação de seguro pelo fornecedor.
>
> Terceiro, a *manifestação limitada*, não atingindo todos os consumidores, provocando danos apenas em uns poucos de uma maneira individual e não universal.

Um serviço, embora com rigor não possa ser *fabricado*, também está sujeito a apresentar defeito de fabricação. Basta que, ao ser executado, afaste-se do *standard* de qualidade e segurança fixado pelo próprio fornecedor.

17. Os defeitos de concepção

Ainda segundo o art. 12, *caput*, o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são responsáveis pelos danos provocados por defeitos decorrentes de "projeto" e "fórmulas". Eis uma outra espécie de vício de qualidade por insegurança: os defeitos de concepção.

Tais defeitos, também denominados de formulação, de construção ou de *design*, do mesmo modo que os defeitos de fabricação, ensejam a reparação dos danos causados. Um produto ou serviço com defeito de concepção – *difetti di costruzione*, no direito italiano – é aquele que "apresenta um risco de dano desarrazoado, não obstante tenha sido produzido meticulosamente em acordo com planos detalhados e especificações" (Robinson v. Reed-Prentice, 49 N.Y. 2d 471, 403 N.E. 2d 440, 1980). Normalmente, tal tipo de defeito decorre de uma decisão do próprio fornecedor, já que a escolha das características finais do produto é sempre sua, mesmo quando desconhece inteiramente os problemas decorrentes do projeto.

Três são suas características principais: a *inevitabilidade*, a *dificuldade de previsão estatística* e a *manifestação universal*. Tal qual o defeito de fabricação, o defeito de concepção, de regra, não pode ser evitado, especialmente naqueles casos em que o conhecimento técnico à época não permitia sua identificação ou previsão. Ademais, o defeito não se presta com facilidade à previsão estatística, o que, como consequência, dificulta a contratação de seguro. Finalmente, o defeito de concepção não se limita a apenas um ou outro produto ou serviço da cadeia de produção, mas, ao revés, manifesta-se em todos os produtos daquela série ou em todos os serviços executados e, por isso mesmo, seu potencial de danosidade coletiva é maior do que no caso precedente (Ugo Carnevali, *La responsabilità*, p. 31). O defeito de concepção pode ocorrer na atividade de desenvolvimento do produto ou serviço, na escolha do tipo de material utilizado, na eleição das técnicas de fabricação destes e ainda no modo como os diversos materiais ou componentes são montados ou utilizados (Dix W. Noel e Jerry J. Phillips, *Products liability in a nutshell*, p. 141).

18. Os defeitos de comercialização

Finalmente, o mesmo art. 12, *caput*, afirma a responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor e do importador pelos danos provocados por defeitos decorrentes de "apresentação" dos produtos, assim como "por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos". É a terceira categoria de vício de qualidade por insegurança: os defeitos de comercialização, chamados também de informação. Sempre que um produto ou serviço é comercializado, o fornecedor deve informar o consumidor sobre seu uso adequado, sobre os riscos inerentes, assim como sobre outras características relevantes.

Na ausência ou deficiência de cumprimento do dever de informar, o bem de consumo transforma-se, por *defeito de comercialização*, em portador de vício de qualidade por insegurança. Comumente, o que ocorre é que uma periculosidade inerente – por

fragilidade ou carência informativa – transmuda-se em periculosidade adquirida na forma de defeito de comercialização.

> Ainda nos termos da análise de José Reinaldo de Lima Lopes, "não se trata de um defeito da coisa em si, mas da insuficiente ou errônea informação sobre o seu uso adequado" (*A responsabilidade civil do fabricante*, p. 61). O STJ julgou que a ausência de informações claras sobre a forma de uso de sabão em pó caracteriza defeito de informação: "(...) O uso do sabão em pó para limpeza do chão dos cômodos da casa, além da lavagem do vestuário, por si só, não representou conduta descuidada apta a colocar a consumidora em risco, uma vez que não se trata de uso negligente ou anormal do produto. A informação é direito básico do consumidor (art. 6.°, III, do CDC), tendo sua matriz no princípio da boa-fé objetiva, devendo, por isso, ser prestada de forma inequívoca, ostensiva e de fácil compreensão, principalmente no tocante às situações de perigo. O consumidor pode vir a sofrer dano por defeito (não necessariamente do produto), mas da informação inadequada ou insuficiente que o acompanhe, seja por ter informações deficientes sobre a sua correta utilização, seja pela falta de advertência sobre os riscos por ele ensejados. Na hipótese, como constatado pelo juízo *a quo*, mera anotação pela recorrente, em letras minúsculas e discretas na embalagem do produto, fazendo constar que deve ser evitado o 'contato prolongado com a pele' e que 'depois de utilizar' o produto, o usuário deve lavar, e secar as mãos, não basta, como de fato no caso não bastou, para alertar de forma eficiente a autora, na condição de consumidora do produto, quanto aos riscos desse. Chegar à conclusão diversa quanto ao defeito do produto pela falta de informação suficiente e adequada demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 07 do STJ" (REsp 1.358.615/SP, j. 02.05.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 01.07.2013). Ainda sobre o dever de informar em relação à prestação de serviços, registre-se a seguinte decisão: "O Tribunal de origem concluiu tratar-se de má prestação de um serviço ao falhar no seu dever de informar, e sendo a agência de turismo uma prestadora de serviço, como tal responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores" (STJ, AgRg no AREsp 461.448/RS, 4.ª T., j. 09.12.2014, rel. Min. Marco Buzzi, *DJe* 16.12.2014).

O dever de informar é, como regra, cumprido *a priori*, isto é, antes da colocação do produto ou serviço no mercado. Normalmente precede ou acompanha o produto ou a prestação do serviço. Entretanto, quando o fornecedor só vier a tomar conhecimento do risco após a comercialização do bem de consumo, cabe-lhe, então, cumprir seu dever de informar *a posteriori* (art. 10, § 1.°). O que não lhe é lícito é calar sobre aquele risco de que só posteriormente veio a saber. De qualquer modo, a informação posterior não impede a obrigação de indenizar, caso o consumidor não seja alcançado a tempo.

> Em julgado relatado pela Min. Nancy Andrighi, o STJ afirma o dever de informar sobre aumento de periculosidade de medicamento, destacando corretamente ser insuficiente a mera alteração da bula e do controle de receitas na sua comercialização: "É dever do fornecedor a ampla publicidade ao mercado de consumo a respeito dos riscos inerentes a seus produtos e serviços. A comercialização livre do medicamento Survector, com indicação na bula de mero ativador de memória, sem efeitos colaterais, por ocasião de

> sua disponibilização ao mercado, gerou o risco de dependência para usuários. A posterior alteração da bula do medicamento, que passou a ser indicado para o tratamento de transtornos depressivos, com alto risco de dependência, não é suficiente para retirar do fornecedor a responsabilidade pelos danos causados aos consumidores. O aumento da periculosidade do medicamento deveria ser amplamente divulgado nos meios de comunicação. A mera alteração da bula e do controle de receitas na sua comercialização não são suficientes para prestar a adequada informação ao consumidor" (REsp 971.845-DF, j. 21.08.2008, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, *DJ* 01.12.2008).

19. As causas de exclusão da responsabilidade

O Código adotou um sistema de responsabilidade civil objetiva, o que não quer dizer absoluta. Por isso mesmo prevê algumas excludentes, em *numerus clausus*: a não colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (art. 12, § 3.º). Em todas essas hipóteses de exoneração o ônus da prova é do responsável legal, de vez que o dispositivo afirma que ele "só não será responsabilizado quando provar" tais causas (art. 12, § 3.º).

> Como aguçadamente assinala Gabriel A. STIGLITZ, como regra geral, "a exoneração total ou parcial da responsabilidade do fabricante requer, então, a presença de algum dos elementos obstativos do nexo causal, quer dizer, caso fortuito ou força maior externos à coisa ou empresa, ou ainda culpa da vítima ou de terceiro por quem não deva responder, não sendo suficiente ao produtor provar sua falta de culpa" (*Protección jurídica del consumidor*, p. 95).

É até supérfluo dizer que inexiste responsabilidade quando os responsáveis legais não colocaram o produto no mercado. Nega-se, aí, o nexo causal entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor. O dano foi, sem dúvida, causado pelo produto, mas inexiste nexo de causalidade entre ele e qualquer das atividades do agente. Isso vale especialmente para os produtos falsificados que trazem a marca do responsável legal ou, ainda, para os produtos que, por ato ilícito (roubo ou furto, por exemplo), foram lançados no mercado.

O responsável legal pode igualmente exonerar-se quando provar que o produto não é defeituoso. Mais nesse ponto o Código distanciou-se da Diretiva da CEE que põe sobre os ombros do consumidor a prova do defeito, situação essa criticada enormemente na doutrina. Consequentemente, nos termos da lei brasileira, o consumidor, em ação de responsabilidade civil por acidente de consumo, tem de provar apenas o seu dano e o nexo causal entre este e o produto ou serviço que adquiriu. Cabe ao responsável legal, em seguida, estabelecer que o dano, embora causado pelo produto ou serviço, não o foi em função de um defeito; ou, ainda, que para o dano, apesar de provocado pelo bem, não contribuiu qualquer ação ou omissão sua.

> Assim decidiu o STJ, ao analisar situação envolvendo fato do serviço: "O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3.º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3.º, também do CDC"

(REsp 685.662-RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.11.2005, *DJ* 05.12.2005, p. 323). Em julgado relatado pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, destacou-se que se trata de hipótese de inversão ope legis do ônus da prova: "A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (*ope legis*), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (*ope judicis*), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3.°, II, e 14, § 3.°, I, e 6.°, VIII, do CDC (REsp 802.832-MG, rel. Min. Paulo de tarso Sanseverino, 2.ª Seção, j. 13.04.2011, *DJe* 21.09.2011). O tema é pacífico na Corte: "A Segunda Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp 802.832/MG, rel. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJ* 21.09.2011, pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido de que em demanda que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), a inversão do ônus da prova decorre da lei" (AgRg no AREsp 402.107/RJ, j. 26.11.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 09.12.2013).

Por derradeiro, a culpa exclusiva da vítima (não a concorrente), assim como a de terceiro, elide a responsabilidade.

Se o comportamento do consumidor é o único causador do acidente de consumo, não há como falar em nexo de causalidade entre a atividade do fabricante, do produtor, do construtor ou do importador e o fato danoso. Entretanto, se houver *concorrência* entre o comportamento da vítima e um defeito existente no produto, a excludente não mais se aplica.

A responsabilidade também é eliminada pela ação *exclusiva* de terceiro. A excludente do fato de terceiro ataca o próprio nexo de causalidade, já que deixa de haver qualquer relação entre o prejuízo do consumidor e a atividade do sujeito responsável primariamente.

Que terceiro seria este? É qualquer um alheio à *relação de consumo*.

Nas palavras de João Calvão da Silva, "terceiro será, naturalmente, qualquer pessoa estranha à relação entre o produtor e o lesado" (*Responsabilidade civil do produtor*, p. 736), entendendo-se por "produtor", já no contexto do direito brasileiro, o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador. Por exemplo, o transportador (quando não contratado pelo fornecedor); ou, ainda, o Estado, quando, por má conservação de uma estrada, rompe-se uma das rodas do automóvel do consumidor, causando acidente fatal. A eximente só será aplicada, contudo, quando o produto (roda do automóvel) não tiver defeito, ou seja, não houver contribuído para o dano.

Ao comerciante (atacadista ou varejista) não se aplica a excludente do inciso III – seu afastamento decorre do próprio *caput* do art. 12, e também porque para ele há norma especial (art. 13). De fato, o comerciante, embora não sendo responsável principal, nos termos do art. 12, é parte fundamental da relação de consumo. E se é parte, não pode ser considerado terceiro. Só razões de política legislativa (e também econômicas, em função da repartição dos riscos de produtos e serviços) justificam sua exclusão da regra geral do art. 12.

Nesse sentido, cabe citar acórdão do STJ, proferido no REsp 980.860: "Direito do consumidor – Recurso especial – Ação de indenização por danos morais e materiais – Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido – "Arrozina Tradicional" vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda – Vício de segurança – Responsabilidade do fabricante – Possibilidade – Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo – Não configuração de culpa exclusiva de terceiro. Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em risco a saúde de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no art. 12 do CDC. O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo. A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante" (REsp 980.860-SP, j. 23.04.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 02.06.2009).

Em consequência, o réu (fabricante, produtor, construtor ou importador), em ação indenizatória por acidente de consumo, não pode furtar-se ao dever de indenizar, com fulcro no art. 12, § 3.°, III, sob o argumento de que o dano foi causado por culpa exclusiva do comerciante, entendendo este como terceiro. O juiz, muito ao contrário, deve condená-lo a ressarcir o prejuízo, cabendo-lhe, posteriormente, se for o caso, propor ação de regresso contra o outro agente da relação de consumo, isto é, o comerciante.

É importante não esquecer que a culpa do terceiro há que ser *exclusiva*, competindo, ademais, tal prova – e que há de ser cabal – ao réu.

20. O caso fortuito e a força maior

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

O STJ destaca que: "Apesar de não prevista expressamente no CDC, a excludente de caso fortuito possui força liberatória e exime a responsabilidade do cirurgião plástico" (STJ, AgRg no AREsp 764.697/ES, 3.ª T., j. 01.12.2015, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 11.12.2015). Acrescente-se distinção da Corte entre caso fortuito interno e externo, afastando a responsabilidade do fornecedor apenas na segunda hipótese. A respeito, registrem-se: REsp 685.662, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 05.12.2005; REsp 774.640, rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, DJ 05.02.2007; REsp 726.371, rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, DJ 05.02.2007; REsp 976.564, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 23.10.2012 e REsp 1.243.970/SE, o qual possui a seguinte ementa: "É dever do

fornecedor oferecer aos seus consumidores a segurança na prestação de seus serviços, sob pena, inclusive, de responsabilidade objetiva, tal como estabelece, expressamente, o próprio art. 14, *caput*, do CDC. Contudo, tratando-se de postos de combustíveis, a ocorrência de delito (roubo) a clientes de tal estabelecimento, não traduz, em regra, evento inserido no âmbito da prestação específica do comerciante, cuidando-se de caso fortuito externo, ensejando-se, por conseguinte, a exclusão de sua responsabilidade pelo lamentável incidente. O dever de segurança, a que se refere o § 1.º, do art. 14, do CDC, diz respeito à qualidade do combustível, na segurança das instalações, bem como no correto abastecimento, atividades, portanto, próprias de um posto de combustíveis" (REsp 1.243.970/SE, j. 24.04.2012, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10.05.2012). Em situação de disparo de arma de fogo em *shopping*, entendeu-se tratar-se de fortuito externo, afastando a responsabilidade do fornecedor: "1. É do terceiro a culpa de quem realiza disparo de arma de fogo para dentro de um *shopping* e provoca a morte de um frequentador seu. 2. Ausência de nexo causal entre o dano e a conduta do *shopping* por configurar hipótese de caso fortuito externo, imprevisível, inevitável e autônomo, o que não gera o dever de indenizar (art. 14, § 3.º, II, do CDC). Precedentes" (STJ, REsp 1.440.756/RJ, j. 23.06.2015, rel. Min. Moura Ribeiro, *DJe* 01.07.2015). Todavia, o mesmo fato (roubo), em estabelecimento bancário, não afasta a responsabilidade da instituição financeira "por se tratar de risco inerente à atividade econômica desenvolvida pelos Bancos", como destacado em julgado recente: "A jurisprudência desta Corte entende que há responsabilidade objetiva das instituições financeiras pela ocorrência de roubos no interior do estabelecimento bancário, pois esse tipo de evento caracteriza-se como risco inerente à atividade econômica desenvolvida pelos Bancos. Incide à espécie, o óbice da Súmula 83 desta Corte. Conforme apurado nos autos, a falha na segurança da instituição bancária permitiu a atuação dos criminosos em sua Agência, dando início à execução dos crimes, o que confirma o nexo de causalidade entre o ato defeituoso da Agravante e o resultado lesivo suportado pelos Agravados, ensejando a condenação à reparação dos danos morais" (AgRg nos EDcl no AREsp 355.050/GO, j. 19.11.2013, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 03.12.2013). Significa, pela orientação do STJ, que a legítima expetcativa de segurança varia conforme natureza do serviço e circunstâncias de sua prestação. A Corte já afastou a responsabilidade do fornecedor em relação a serviços de manobrista em face de roubo do veículo: "(...) O fato de terceiro, como excludente da responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14, § 3.º, II, do CDC), deve surgir como causa exclusiva do evento danoso para ensejar o rompimento do nexo causal. No serviço de manobristas de rua (valets), as hipóteses de roubo constituem, em princípio, fato exclusivo de terceiro, não havendo prova da concorrência do fornecedor, mediante defeito na prestação do serviço, para o evento danoso. Reconhecimento pelo acórdão recorrido do rompimento do nexo causal pelo roubo praticado por terceiro, excluindo a responsabilidade civil do restaurante fornecedor do serviço do manobrista (art. 14, § 3.º, II, do CDC)" (REsp 1.321.739/SP, j. 05.09.2013, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 10.09.2013). O STJ posiciona-se no sentido de que não configura caso fortuito, de modo a afastar a responsabilidade do fornecedor, a previsibilidade do fato, como ocorre, por exemplo, na sucção de pássaros pela turbina de aeronaves: "1. A previsibilidade da ocorrência usual da sucção de pássaros pela turbina de aeronave no Brasil desautoriza o reconhecimento da excludente de responsabilidade do caso fortuito, conforme decidiu a Terceira Turma desta Corte Superior por ocasião do julgamento do REsp 401.397/SP, rel. Min. Nancy Andrighi,

> *DJ* 09.09.2002, referente ao mesmo acidente de consumo" (STJ, AgRg no REsp 1.317.768/SP, j. 28.04.2015, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 07.05.2015). Em julgado proferido em novembro de 2016, a Corte entendeu que a empresa de transporte metroviário não pode ser responsabilizada por morte de pessoa que foi atingida por golpes de arma de fogo na escadaria da estação, por se tratar de fortuito externo: "Não está dentro da margem de previsibilidade e de risco da atividade de transporte metroviário o óbito de consumidor por equiparação (bystander) por golpes de arma branca desferidos por terceiro com a intenção de subtrair-lhe quantia em dinheiro, por se tratar de fortuito externo com aptidão de romper o nexo de causalidade entre o dano e a conduta da transportadora." (REsp 974.138/SP, 4.ª T., j. em 22.11.2016, Rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 09.12.2016)

21. Os riscos de desenvolvimento

O Código não incluiu, entre as causas exoneratórias, os riscos de desenvolvimento, isto é, os defeitos que – em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação em circulação do produto ou serviço – eram desconhecidos e imprevisíveis.

Por adotar um sistema de responsabilidade civil objetiva alicerçado no *risco de empresa*, a lei brasileira não podia, com razão, exonerar o fabricante, o produtor, o construtor e o importador na presença de um risco de desenvolvimento.

Define-se risco de desenvolvimento como aquele que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço (Dominick Vetri, Profili della responsabilità del produttore negli Stati Uniti, *Dano da prodotti e responsabilità dell'impresa*, p. 71). Os riscos de desenvolvimento são normalmente excluídos da esfera de responsabilidade do produtor.

Os defeitos decorrentes de risco de desenvolvimento representam uma espécie do gênero *defeito de concepção*. Só que aqui o defeito decorre da carência de informações científicas, à época da concepção, sobre os *riscos* inerentes à adoção de uma determinada tecnologia nova.

Se um fabricante de medicamento conseguir provar que, à época da fabricação do produto, desconhecia seu potencial para causar defeitos genéticos, ainda assim será responsabilizado, posto que, ao fabricá-lo, assumiu todos os seus riscos. Há, aí, verdadeiro defeito de concepção.

Situação assemelhada – embora muito mais grave – é aquela em que o fabricante, após a colocação do produto no mercado, vem a conhecer os seus riscos. Permanece, entretanto, silente. A partir desse momento, ao defeito de concepção original acrescenta-se um defeito de comercialização por carência informativa. Com muito mais razão que no primeiro caso, não é realmente aceitável qualquer exoneração do fornecedor que, após a colocação do produto ou serviço no mercado, fecha os olhos às descobertas de riscos antes desconhecidos e, por isso mesmo, tenta alegar inocência na causação do dano.

22. A alocação dos riscos de desenvolvimento

O problema da alocação do risco de desenvolvimento é dos mais difíceis em termos de política de consumo.

Já se disse, com razão, que nesta matéria reina uma *viva controvérsia*, informada, não raras vezes, de um *caráter passional*. A pergunta que se faz é a seguinte: "Quem deve arcar com os riscos de alterações tecnológicas que afetem decisões sobre a segurança de produtos?" (Thierry BOURGOIGNIE, *Eléments*, p. 316-318). Ou, em outras palavras: há dever de indenizar quando o dano é causado por bens que, à época de sua produção, estavam de acordo com o estado do conhecimento científico e tecnológico vigente?

> É difícil para o fabricante repartir com seus consumidores, por meio de preços mais elevados, um risco que desconhece. No máximo pode ele fazer, ao tempo da colocação do bem de consumo no mercado, meras conjecturas. Outrossim, ao contrário do que sucede com os defeitos de fabricação, a estatística é de pouca valia nos casos de riscos de desenvolvimento. Finalmente, a base financeira a ser usada para pagar pelos acidentes de consumo decorrentes dos riscos de desenvolvimento – pela dimensão e extensão dos prejuízos causados – dificilmente será coberta com o lucro auferido com o produto ou serviço defeituoso, mas sim com rendimentos advindos da comercialização de outros bens produzidos pelo fabricante (Whitmore GRAY, Products liability, *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, p. 208).

Mas há argumentos contundentes – e prevalentes – no sentido do não reconhecimento da excludente. Primeiro se diz, com razão, que "uma excludente alicerçada no risco de desenvolvimento reintroduziria no ordenamento muitos dos elementos indesejáveis do sistema baseado em culpa" (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, Product liability: proposed legislation, Discussion Paper n. 37, p. 14). Em segundo lugar, chega até a ser imoral esperar que bens de consumo inseguros sejam comercializados para, só então, alertar os consumidores sobre seus riscos.

> Quanto a este último questionamento, não é sem fundamento que a doutrina afirma que, se "um produto é aprimorado e desenvolvido após sua colocação no mercado, o público está sendo, de fato, *guinea pigs* no processo de avaliação. Exigir-se que os consumidores assumam igualmente os prejuízos é injusto" (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, Product liability, p. 14).

Finalmente, a exigência moderna é no sentido de que nenhum consumidor vítima de acidente de consumo arque sozinho com os seus prejuízos ou fique sem indenização. Todos os beneficiários da sociedade de consumo – os outros consumidores – devem repartir tais prejuízos. E isso é possível apenas por meio da responsabilização do fornecedor a quem incumbe, por mecanismos de preço, proceder à internalização dos custos sociais (externos) dos danos.

Informando todas essas objeções à exclusão dos vícios de desenvolvimento, paira uma razão de *justiça distributiva*, sistema este baseado na necessidade de correção dos

efeitos do processo de produção e consumo em massa, repartindo-se, de maneira mais equitativa, os riscos inerentes à sociedade de consumo por meio de sua canalização até o seu criador inicial e às seguradoras (Thierry BOURGOIGNIE, *Eléments*, p. 318). O que não se admite é despejar esses enormes riscos – e consequentes sacrifícios – nos ombros do consumidor individual.

23. Os critérios para avaliação do que seja risco de desenvolvimento

Naqueles sistemas que adotam o risco de desenvolvimento como excludente da responsabilidade é importante precisar exatamente suas fronteiras. Para que o fornecedor não mais responda pelos danos causados por seus produtos ou serviços, basta-lhe apenas provar que, com base no conhecimento científico da época, desconhecia os riscos a eles inerentes? A excludente não tem aplicação tão simples.

A análise do grau de conhecimento científico não é feita tomando por base um fornecedor em particular. Importam, ao revés, as informações científicas disponíveis no mercado. Ou seja: pouco interessa o que um determinado fornecedor sabe, mas sim o que sabe a comunidade científica. Uma das consequências que se podem daí extrair é o dever do fornecedor, em especial do fabricante, de acompanhar e controlar o comportamento de seus produtos e serviços, mesmo após a sua comercialização. E, quanto maiores os seus perigos potenciais, mais intensiva deve ser a obrigação de acompanhamento e controle.

24. A responsabilidade subsidiária do comerciante

O sistema moderno de responsabilidade civil pelos acidentes de consumo concentra-se na pessoa do fabricante e do importador, sendo que o Código brasileiro amplia este rol para incluir o produtor e o construtor. Motivos há, de fato, para um tratamento diferenciado do comerciante.

> De novo o comento de Fábio Konder COMPARATO: "O verdadeiro introdutor da coisa perigosa no mercado é o fabricante e não o distribuidor. Sem dúvida, este deve, em tese, verificar a qualidade das mercadorias que expõe à venda, mas a extrema complexidade, sob o aspecto técnico, de alguns produtos da indústria contemporânea torna essa verificação impossível a quem não seja especialista; qualidade que, em toda justiça, não pode ser exigida do distribuidor, sobretudo do distribuidor dos mais variados produtos em grandes estabelecimentos, como lojas de departamentos, supermercados e drogarias. Ademais, a indústria moderna dos artigos de marca somente prospera quando apoiada numa publicidade maciça, lançada pelo próprio produtor, limitando-se o distribuidor, na melhor das hipóteses, a ser mero veículo de sua divulgação" (A proteção do consumidor, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, p. 100).

A exclusão do comerciante (atacadista ou varejista), por razões de mera política legislativa, não é, contudo, absoluta. Excepcionalmente é ele chamado a responder com base no mesmo regime vigente para aqueles outros agentes econômicos do mercado. Só um fundamento econômico (a não oneração sucessiva de produtos) e

outro pragmático (o comerciante, de regra, não tem poder para alterar técnicas de fabricação e produção) é que justificam, de fato, seu afastamento da cadeia de sujeitos responsáveis pelos acidentes de consumo.

Mas, para o consumidor, toda essa fundamentação teórica, justificadora da isenção do comerciante, faz pouco sentido. Na sua percepção, o responsável pelo dano que sofreu é o comerciante, o sujeito com o qual contratou. Só os consumidores melhor informados é que percebem que, por trás de cada produto ou marca, há sempre um fabricante.

No contexto do Código, a responsabilidade do comerciante é subsidiária, isto é, secundária em relação àquela dos outros agentes econômicos, que é principal. Subsidiariedade esta que vem acrescentar, ao rol primitivo do art. 12, *caput*, o sujeito faltante: o comerciante. Fecha-se o círculo. Trata-se, portanto, de operação de *adição* e não de *subtração* do número de agentes econômicos responsáveis pelos acidentes de consumo.

25. A solidariedade na responsabilidade do comerciante

O chamamento subsidiário do comerciante não exclui a responsabilidade civil dos outros obrigados (o fabricante, o produtor, o construtor e o importador). Isso porque a sua inclusão vem mais como medida para favorecer o consumidor e não como forma para aliviar o dever de reparar dos outros responsáveis. Por isso mesmo a sua responsabilização é *solidária*, dando, dessa forma, melhor proteção ao consumidor.

Realmente, a letra do art. 13 não deixa dúvidas: "O comerciante é *igualmente responsável*, nos termos do artigo anterior" (grifos nossos). "Igualmente responsável" quer dizer, *in casu*, responsável solidariamente. Se a solução fosse outra, o legislador teria dito "é o responsável". E não há nisso injustiça, posto que o próprio Código, em seguida (art. 13, parágrafo único), prevê o direito de regresso para aquele que pagar sem ser, de fato, o verdadeiro causador do dano.

É como se à lista do art. 12, *caput*, o legislador acrescentasse o comerciante, reconstituindo o conteúdo do vocábulo-gênero *fornecedor*, fragmentado em tema de responsabilidade civil por vícios de qualidade por insegurança, mas mantido íntegro no regramento da responsabilidade civil por vícios de qualidade por inadequação (art. 18) e por vícios de quantidade (art. 19).

O fabricante, o produtor, o construtor e o importador são sempre responsáveis pelo seu produto, desde que terceiros, alheios à relação de consumo, não atuem sobre ele (art. 12, § 3.°, III). E, já vimos, o comerciante não é terceiro. Por isso mesmo, qualquer defeito do produto ou serviço é sempre imputado àqueles agentes econômicos, mesmo que surjam já no processo de comercialização. Ora, é o próprio fabricante, produtor, construtor ou importador que escolhe – ou pode escolher – os seus revendedores. Seu dever jurídico é duplo: colocar no mercado produtos e serviços sem vícios de qualidade por insegurança e impedir que aqueles que os comercializam – em seu benefício – maculem sua qualidade original.

Pode ocorrer que um acidente de consumo tenha mais de um responsável entre aqueles listados pelo Código. Por exemplo, uma banheira que venha a eletrocutar o consumidor porque foi instalada inadequadamente pelo construtor e, ao mesmo tempo, porque tinha um defeito em um dos seus componentes (defeitos de fabricação) e um outro na embalagem, que deixava de alertar adequadamente sobre os seus riscos (defeito de comercialização). Neste caso, três sujeitos (nenhum deles comerciante no sentido empregado pelo art. 13) teriam contribuído para o evento: o construtor, o fabricante do componente e o montador. Pelo sistema tradicional, cada qual contribuiria na medida de sua responsabilidade pessoal. O Código rompe com este modelo e introduz uma *solidariedade legal* para as hipóteses de corresponsabilidade.

Situação distinta é a seguinte: um automóvel, em face de um defeito em uma de suas peças, causa um acidente de consumo. Em verdade, se o defeito tinha sua origem na autopeça, só seu fabricante deveria ser acionado. O Código, porém, dá solução diversa, responsabilizando, solidariamente, o fabricante do componente e o montador: "Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação" (art. 25, § 2.°). Observe-se que, se o consumidor-vítima acionar o montador, pagará ele por fato de terceiro, por defeito a que ele mesmo não deu causa. Ainda assim é responsabilizado solidariamente.

> O Código, assim, traz dois tipos de solidariedade legal: uma para os cocausadores do dano e outra em que nem todos os coobrigados são causadores (diretos) do dano. É nesta última hipótese que se encaixa a responsabilização do fabricante, apesar do verdadeiro causador (direto) do prejuízo ser o comerciante que, *v.g.*, deixou de conservar adequadamente o produto (art. 13, III). Para aqueles casos em que os coobrigados são todos cocausadores do dano, o Código tem norma geral, já no limiar do seu texto, que impõe o princípio da solidariedade *ex lege*. Segundo o art. 7.°, parágrafo único, "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo", tratamento este que é repetido no art. 25, § 1.°. É interessante observar que este art. 7.° vai além do próprio Código, uma vez que cuida de "danos previstos nas *normas de consumo*" (grifos nossos). E, como se sabe, o Código não é o único repertório de normas de proteção ao consumidor. Há, ao seu lado, entre outras, a legislação sanitária, a de alimentos, a de medicamentos, todas traçando normas de consumo.

26. As hipóteses de responsabilidade subsidiária e solidária do comerciante

Três – e só três – são as hipóteses de responsabilidade civil subsidiária (e solidária) do comerciante: a impossibilidade de identificação do responsável principal; a ausência, no produto, de identificação adequada do responsável principal; e, por último, a má conservação dos produtos perecíveis.

27. O produto anônimo

Na primeira modalidade o comerciante ocupa o lugar do responsável principal exatamente porque não é possível a sua identificação. É o *produto anônimo*. E, como se sabe, o direito que o consumidor tem de ser compensado não pode ser arranhado por tal fato. Imagine-se, como exemplo, a aquisição, em supermercado, de legumes sem qualquer identificação, muitas vezes misturando-se, em um único recipiente, produtos de várias origens.

> O STJ, em voto proferido pela Min. Nancy Andrighi, já se manifestou a respeito da responsabilidade do comerciante, em hipótese de não identificação do fabricante: "É vedada a denunciação da lide em processos nos quais se discuta uma relação de consumo, especificamente na hipótese de responsabilização do comerciante pelos defeitos apresentados pelos produtos por ele comercializados. Sempre que não houver identificação do responsável pelos defeitos nos produtos adquiridos, ou seja, ela difícil, autoriza-se que o consumidor simplesmente litigue contra o comerciante, que perante ele fica diretamente responsável" (REsp 1.052.244, j. 26.08.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 05.09.2008).

Uma vez proposta a ação pelo consumidor contra o comerciante, não pode ser ela julgada improcedente pelo fato de, no decorrer do processo, o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador chegar a ser identificado. A anonimidade do produto é apreciada no *momento* da propositura da ação. Caberá ao réu, após indenizar o consumidor, exercer seu direito de regresso contra o real causador do dano.

Tampouco está o consumidor impedido, após a propositura de ação contra o comerciante, de também acionar o fabricante, o produtor, o construtor ou o importador posteriormente identificado. Lembremos que o art. 13 tem por *ratio* alargar a proteção do consumidor, demonstrando, de mais a mais, insatisfação com o comportamento do comerciante e, exatamente por isso, incluindo-o no rol dos obrigados.

28. O produto mal identificado

Na segunda hipótese, o responsável principal está identificado, ou é identificável, só que o comerciante, com culpa ou não, deixa de esclarecer *adequadamente* o consumidor sobre sua identidade: é a lata de conserva com o nome do fabricante ilegível ou em língua estrangeira; é o produto que, no seu transporte até o estabelecimento comercial, perdeu seu rótulo de identificação.

No primeiro caso (inciso I), é impossível, no momento da propositura da ação, a identificação do responsável principal. Neste, ao revés, embora possível, entende-se que o comerciante, por descumprir o dever objetivo de *bem informar*, assume uma posição de corresponsável. É irrelevante o fato de o consumidor poder, por meio de perícia, identificar o fabricante, produtor, construtor ou importador. O objetivo do dispositivo legal é exigir – *contrario sensu* – identificação completa e adequada da origem do produto.

Vislumbra-se aqui – ao lado do desejo de facilitar ao consumidor o exercício de seus direitos – uma sanção contra o comerciante por descumprir o disposto no art. 31: "A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e *origem*, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores" (grifo nosso).

Tanto no inciso II como no I, o comerciante é transformado em fabricante, produtor, construtor ou importador *aparente*. Não o é, em realidade, mas acaba, por uma ficção jurídica, sendo. É o que sucede com o supermercado que, usando sua própria marca, comercializa produtos sem esclarecer o consumidor – repita-se, adequadamente – sobre a identidade real do fabricante, produtor ou importador. Como mencionado, não socorre o comerciante o fato de que o fabricante, produtor, construtor ou importador seja identificável, já que este artigo, além de garantir o ressarcimento fácil do consumidor, tem ainda um forte conteúdo sancionatório.

> Novamente o ensinamento de João Calvão da Silva: "Sendo a *aparência de produtor* o fundamento da responsabilidade de quem se apresenta como tal, não se exige à vítima que procure descobrir a identidade do produtor real, nem que no caso concreto tenha confiado em ter sido aquele o fabricante real do produto defeituoso causador do dano. A responsabilidade do produtor aparente ocorre mesmo que as circunstâncias permitam presumir que o produto foi realmente fabricado por outra pessoa, se o produtor verdadeiro não vier identificado de modo preciso e inequívoco no produto" (*Responsabilidade civil do produtor*, p. 552).

29. A má conservação dos produtos perecíveis

A última exceção aplica-se apenas aos produtos perecíveis, valendo especialmente para supermercados, açougues, quitandas, restaurantes, lanchonetes e drogarias. O produto é perecível quando necessita de conservação especial, não lhe bastando aquela sob as condições ambientais normais. Não é sinônimo de produto não durável (art. 26, I).

O consumidor que adquire um produto impróprio (por má conservação) em um supermercado pode, então, acionar não só os responsáveis listados no *caput* do art. 12, mas também ("igualmente") o próprio varejista, atados todos por um vínculo de solidariedade.

Caso a vítima proponha sua ação só contra o fabricante e, no curso do processo, consiga este provar que o defeito decorre de má conservação, ainda assim será condenado – já que a responsabilidade civil, neste caso, por não ser o comerciante terceiro, não admite contraprova de comportamento não culposo –, cabendo-lhe propor a devida ação de regresso (arts. 7.°, parágrafo único, e 13, parágrafo único).

Tal solução tem duas razões de ser. Inicialmente, garante-se, como exigido pelo Código, a reparação pronta e integral do consumidor (art. 6.°, VI e VII). Ou seja,

o consumidor tem direito à indenização por todos os danos que sofrer. Mas não é o bastante. A reparação há que ser feita o mais rápido possível, com o mínimo de incidentes processuais. A filosofia do Código aponta para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor (art. 6.°, VIII). Aliás, outra não é a causa da proibição da denunciação da lide (art. 88). Em segundo lugar, dá-se cumprimento ao dever de boa escolha e adequada fiscalização imposto ao fabricante, produtor, construtor ou importador em relação aos distribuidores de seus produtos e serviços.

Bem se percebe, como notado, que se o consumidor, não obstante a má conservação do produto pelo comerciante, optar por acionar o fabricante, poderá este, após o ressarcimento dos prejuízos, exercer seu direito de regresso contra o seu real causador. Não é esta a única hipótese em que o Código impõe, de maneira solidária, o dever de indenizar – sempre sujeito a regresso – sobre os ombros de quem não lhe deu causa (pelo menos diretamente). Veja-se, por exemplo, que, diante de danos causados por defeito nos componentes, são solidariamente responsáveis o fabricante destes e o mero montador do produto, muitas vezes incapaz de detectar o vício de qualidade por insegurança (art. 25, § 2.°).

30. O direito de regresso

O Código cria um dever geral de indenização dos danos provocados pelos acidentes de consumo. Informa-o com a solidariedade (arts. 7.°, parágrafo único, e 25, § 1.°). Mas aquele que paga nem sempre causou o dano sozinho, ou, o que é pior, não foi sequer o real provocador do prejuízo. Em ambas as hipóteses têm direito a regresso, isto é, a receber de volta aquilo que, por uma operação em que o pagamento é antecipado ao consumidor, *ex lege*, findou por satisfazer a dívida. Dá-se, aí, verdadeira sub-rogação do crédito, passando o antigo devedor a credor.

O *direito de regresso* é uma consequência natural da solidariedade legal estabelecida no Código. Sua localização é que foi infeliz. O legislador, desatento, inseriu-o no bojo do dispositivo que trata da responsabilidade subsidiária do comerciante. Ora, em uma leitura apressada, isso levaria ao entendimento de que sua utilização valeria somente para os casos de solidariedade entre o comerciante e o fabricante, produtor, construtor ou importador. E quando fosse o caso de solidariedade entre fornecedores de serviços (art. 14)?

Não é bem assim que o direito de regresso deve ser entendido. A regra do art. 13, parágrafo único, aplica-se por igual a qualquer caso de solidariedade. É que o direito de regresso serve exatamente para, sem dificultar a compensação do consumidor, impedir que um dos codevedores legais venha a pagar por algo que vá além de sua contribuição na causação do dano. Por isso mesmo, foi ela repetida, para afastar qualquer dúvida, no art. 25, § 1.°.

> Embora o tema tenha gerado divergência no STJ, há acórdãos da Corte no sentido de proibir a denunciação da lide em qualquer pretensão indenizatória do consumidor e não apenas em decorrência de fato do produto. Como ilustração, registre-se:

"1. Em se tratando de relação de consumo, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, descabe a denunciação da lide (art. 88 do CDC). Precedente da 4.ª Turma, REsp 660.113-RJ" (STJ, REsp 782.919, j. 12.12.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 01.02.2006). Acrescente-se, na mesma linha, o julgamento do REsp 1.052.244-MG (j. 26.08.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 05.09.2008). Em outro julgado, relatado pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, a Corte afirma que a vedação da denunciação da lide (art. 88 do CDC) aplica-se, igualmente, a fornecedores de serviços: "A vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC). Revisão da jurisprudência desta Corte" (REsp 1.165.279/SP, j. 22.05.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 28.05.2012). Na mesma linha, foi o exame do EDcl no Ag 1249523/RJ, j. 05.06.2014, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. As decisões mais recentes indicam que a vedação se aplica a todas as situações de acidente de consumo. Apenas como ilustração, registre-se: "A jurisprudência desta Corte entende que a vedação da denunciação da lide nos processos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor não se restringe às hipóteses de responsabilidade de fato do produto (art. 12 do CDC), mas alcança a responsabilidade por acidentes de consumo. Incidência da Súmula 83/STJ" (STJ, AgRg no REsp 1.292.575/RJ, j. 10.03.2016, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJe* 17.03.2016). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1316868/DF, 3.ª T., j. 05.05.2016, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 12.05.2016)

31. Os serviços como objeto do art. 14

O art. 14 cuida, especificamente, dos serviços. Daí que as diversas regras nele contidas adaptam o tratamento da responsabilidade civil pelos acidentes de consumo aos vícios de qualidade por insegurança dos serviços. Aqui o legislador repetiu, com o devido ajustamento, o sistema introduzido no art. 12.

Matéria dificílima esta dos acidentes de consumo decorrentes de serviços. Tanto assim que o legislador comunitário, ao preparar a Diretiva 85/374, preferiu limitá-la aos produtos de consumo.

A noção de serviço é dada pelo próprio Código: "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (art. 3.°, § 2.°).

Entre os novos temas relacionados a defeito de serviços, está a discussão sobre a responsabilidade civil dos provedores de internet no tocante às informações ofensivas divulgadas por terceiros. Entende o Superior Tribunal de Justiça que não é dever do provedor fiscalizar *previamente* o conteúdo das informações postadas na web, afastando, num primeiro momento, eventual alegação de defeito do serviço. Todavia, a partir da comunicação de que determinada mensagem possui conteúdo ofensivo, o provedor deve removê-la preventivamente, no prazo de 24 horas, sob pena de responder pelos danos causados ao consumidor. A propósito e como ilustração, registre-se o seguinte julgado relatado pela Min. Nancy Andrighi: "Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento

via Internet pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo site. A exploração comercial da internet sujeita às relações de consumo daí advindas à Lei 8.078/1990. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002. Ao ser comunicado de que determinada postagem possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, 'deve o provedor removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada. Embora o provedor esteja obrigado a remover conteúdo potencialmente ofensivo assim que tomar conhecimento do fato (mesmo que por via extrajudicial), ao optar por submeter a controvérsia diretamente ao Poder Judiciário, a parte induz a judicialização do litígio, sujeitando-o, a partir daí, ao que for deliberado pela autoridade competente. A partir do momento em que o conflito se torna judicial, deve a parte agir de acordo com as determinações que estiverem vigentes no processo, ainda que, posteriormente, haja decisão em sentido contrário, implicando a adoção de comportamento diverso. Do contrário, surgiria para as partes uma situação de absoluta insegurança jurídica, uma incerteza sobre como se conduzir na pendência de trânsito em julgado na ação" (REsp 1.338.214/MT, j. 21.11.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 02.12.2013). Acrescente-se análise de eventual defeito de serviço das instituições financeiras ao realizarem a devolução de cheques: "1. Ao receber um cheque para saque, é dever do banco conferir se está presente algum dos motivos para devolução do cheque, conforme previsto no art. 6.º da Resolução do BACEN 1.682/90. Caso o valor do título seja superior ao saldo ou ao eventual limite de crédito rotativo, deve o banco devolver o cheque por falta de fundos (motivo 11 ou 12). Não havendo mácula nessa conferência, não há defeito na prestação do serviço e, portanto, não cabe, com base no Código de Defesa do Consumidor, imputar ao banco conduta ilícita ou risco social inerente à atividade econômica que implique responsabilização por fato do serviço. 2. Na forma do disposto no art. 4.º da Lei 7.387/1985: 'a existência de fundos disponíveis é verificada no momento da apresentação do cheque para pagamento'. 3. A responsabilidade por verificar a capacidade de pagamento é de quem contrata. Ademais, o credor pode se negar a receber cheques, caso não queira correr o risco da devolução por falta de fundos" (STJ, REsp 1.538.064/SC, j. 18.02.2016, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJe* 02.03.2016).

32. Os responsáveis pelo dever de indenizar

Ao contrário do que sucede no art. 12, o Código, no art. 14, não fragmenta a responsabilidade, colocando de um lado o comerciante (distribuidor ou varejista) e do outro o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. Fala-se apenas em "fornecedor", gênero que inclui todos os partícipes da cadeia de produção e distribuição. Tal ocorreu porque, de regra, o fornecedor do serviço é o próprio prestador, aquele, pessoa física ou jurídica, que entrega a prestação. É certo que os serviços

podem ser prestados por contratação de terceiros: neste caso, todos são responsáveis objetivamente pelos acidentes de consumo causados pelo serviço prestado. Assim tem entendido o STJ em relação aos planos de saúde e hospitais credenciados: "Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2.°, 3.°, 14 e 34 do CDC, art. 1.521, III, do CC/1916 e art. 932, III, do CC/2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa" (REsp 866.371/RS, j. 27.03.2012, rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 20.08.2012). No mesmo sentido, foi o julgamento do AgRg no REsp 1.337.920/MG, j. 01.10.2015, *DJe* 08.10.2015.

Observe-se que o dever de indenizar estatuído pelo Código é *integral*. Logo, as hipóteses de responsabilidade civil tarifada, em sede de acidente de consumo ou não, previstas para certos serviços (o transporte aéreo, por exemplo), quedam-se totalmente afastadas pelo novo texto, exceto quando se esteja diante de pura relação jurídica comercial. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica no tocante à impossibilidade de limitação de indenização do consumidor decorrente de prestação inadequada de serviço de transporte aéreo. Apenas como exemplo, registre-se: "As indenizações tarifadas previstas nas Convenções Internacionais (Varsóvia, Haia e Montreal) não se aplicam ao pedido de danos morais decorrentes de má prestação do serviço de transporte aéreo internacional, prevalecendo o Código de Defesa do Consumidor" (AgRg no AREsp 83.338/RJ, j. 20.009.2012, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, *DJe* 04.10.2012).

33. O defeito na prestação do serviço como elemento gerador da responsabilidade

Da mesma forma que se põe para os produtos, o defeito é o elemento que detona a responsabilidade civil objetiva do prestador de serviço, ao causar um acidente de consumo.

O defeito do serviço pode ser de prestação, de concepção ou de comercialização.

O defeito de prestação, que se contrapõe ao defeito de fabricação no caso de produtos, manifesta-se no ato da prestação do serviço. É um desvio de um padrão de qualidade fixado antecipadamente. Em tudo o mais segue as características do defeito de fabricação.

O defeito de concepção surge na própria formulação do serviço, na escolha dos seus métodos e na fixação de seu conteúdo. É semelhante aos defeitos de concepção de produtos.

O defeito de comercialização nos serviços, finalmente, decorre de "informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". A ele se aplica o já dito sobre os defeitos de comercialização de produtos.

> Em julgado recente, o STJ entendeu haver defeito do serviço na comercialização de bilhetes de viagem, sem informacões adequadas sobre a necessidade de obtenção de visto de trânsito para conexão internacional, como se observa pelo seguinte resumo: "1. Polêmica em torno da responsabilidade civil de empresa de viagens credenciada por companhia aérea ao emitir bilhetes de viagem internacional (Estados Unidos), através do programa de milhagem, sem informar aos consumidores adquirentes acerca da necessidade obtenção de visto também do país onde o voo de retorno faria breve conexão (Canadá).2. Necessidade de prestação de informações completas aos consumidores, inclusive acerca da exigência de obtenção de visto de trânsito para hipótese de conexão internacional por parte de empresa que emite as passagens aéreas. 3. Informações adequadas e claras acerca do serviço a ser prestado constituem direito básico do consumidor (art. 6º, III, do CDC).4. Informações insuficientes ou inadequadas tornam o serviço defeituoso, ensejando *responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14,* caput, *do CDC) e a obrigação de reparar os danos causados aos consumidores.* 5. Não caracterização da culpa exclusiva ou concorrente dos consumidores demandantes por não terem obtido visto do país em que ocorreria conexão do voo de retorno (Canadá).6. Procedência da demanda, restabelecendo-se as parcelas indenizatórias concedidas pelo acórdão que julgou a apelação." (REsp 1.562.700/SP, 3.ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 06.12.2016, *DJe* 15.12.2016)

Alguns tipos de serviço têm maior potencial para causar acidentes de consumo. É o caso dos serviços de transporte, de lazer, de saúde. Outros, como os de crédito, bancário, securitário ou financeiro, só indiretamente provocam acidentes de consumo. Assim quando o consumidor, ao ingressar em um estabelecimento bancário, escorregando em piso molhado, vem a cair, lesionando-se.

34. As causas de exclusão da responsabilidade

As causas de exclusão da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço seguem, em linhas gerais, aquelas traçadas para os produtos. Só que, em vez de três, resumem-se a duas: a inexistência do defeito no serviço e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Nesta matéria também é causa de exoneração o caso fortuito e a força maior. O risco de desenvolvimento, como nos produtos, não exonera.

Por derradeiro, o surgimento de novas tecnologias não torna defeituoso um serviço prestado com base em técnica distinta, mas perfeitamente adequada à época da sua utilização.

35. A responsabilidade dos profissionais liberais por acidentes de consumo

O Código, em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais. Não se introduz sua irresponsabilidade, limitando-se o dispositivo legal a afirmar que a apuração de responsabilidade far-se-á com base no sistema

tradicional baseado em culpa. Só nisso são eles beneficiados. No mais, submetem-se, integralmente, ao traçado do Código.

Por profissional liberal há que se entender o prestador de serviço *solitário*, que faz do seu conhecimento uma ferramenta de sobrevivência. É o médico, o engenheiro, o arquiteto, o dentista, o advogado. Trata-se, por outro lado, de categorias em franco declínio, na exata proporção em que, mais e mais, tais profissionais tendem a se agrupar em torno de empresas prestadoras de serviços: os hospitais, os grupos de saúde, as empresas de engenharia e de consultoria, as sociedades de advogados.

A exceção aplica-se, por conseguinte, apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas que integre ou para as quais preste serviço. O Código é claro ao asseverar que só para a "responsabilidade pessoal" dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.

> O STJ ressalta que a exceção prevista no § 4.°, do art. 14 do CDC é restrita aos profissionais liberais (REsp 1.410.960/RJ, j. 17.03.2015, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino). Sobre as situações que envolvem a pessoa jurídica (hospital) e o profissional liberal, assim decidiu o STJ: "Recurso especial: 1) Responsabilidade civil – Hospital – Danos materiais e morais – Erro de diagnóstico de seu plantonista – Omissão de diligência do atendente – Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; 2) Hospital – Responsabilidade – Culpa de plantonista atendente, integrante do corpo clínico – Responsabilidade objetiva do hospital ante a culpa de seu profissional; 3) Médico – Erro de diagnóstico em plantão – Culpa subjetiva – Inversão do ônus da prova aplicável 4) Acórdão que reconhece culpa diante da análise da prova – Impossibilidade de reapreciação por este Tribunal. Súmula 7/STJ. 1. Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2. A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada a demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. 3. A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6.°, VIII). 4. A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5. Recurso especial do hospital improvido" (REsp 696.284-RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 18.12.2009). Acrescente-se acórdão relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, em julgamento ocorrido em junho de 2011: "1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4.°, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano;

> (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6.°, VIII, do CDC)" (REsp 1.145.728-MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.06.2011, *DJe* 08.09.2011). Registre-se, ainda: "A jurisprudência desta eg. Corte delimitou adequadamente a natureza da responsabilidade dos serviços de saúde prestados por sociedades empresárias e por pessoas físicas levando em consideração, notadamente, as peculiaridades de cada contrato. 2. "(...) aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6.°, VIII, do CDC)' (REsp 1.145.728/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 28.06.2011).3. A teor do art. 14, *caput*, do CDC, tem-se que o hospital responde objetivamente pelos danos causados ao paciente-consumidor em casos de defeito na prestação do serviço" (STJ, AgRg no AREsp 768.239/MT, j. 16.02.2016, rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 24.02.2016).

Finalmente, a norma excepcional isenta do *standard* de responsabilidade objetiva tão só o próprio *serviço* prestado pelo profissional liberal. Continuam respondendo objetivamente os fornecedores dos produtos e serviços utilizados pelo profissional liberal. Qualquer defeito em um deles sujeitará o seu fornecedor (desde que não seja profissional liberal) à responsabilização objetiva.

36. Ampliação do conceito de consumidor (art. 17)

Conforme já visto (Capítulo III), o Código não tem um conceito uniforme de consumidor, ao contrário do que sucede com o de fornecedor (art. 3.°). Há um conceito geral (art. 2.°) e dois outros especiais: um para as práticas comerciais e contratuais (art. 29) e outro para os acidentes de consumo (art. 17).

Para fins de tutela contra os acidentes de consumo, consumidor é qualquer vítima, mesmo que jamais tenha contratado ou não conheça sequer o sujeito responsável. É a regra adotada no direito comparado. O Código de Defesa do Consumidor a acolhe.

> A melhor doutrina brasileira já propugnava por uma tal solução ampliativa do conceito de consumidor, para os casos de acidentes de consumo. Segundo Fábio Konder Comparato, pelo lado ativo da "relação de garantia-responsabilidade, desde que seja superada a barreira contratual da compra e venda, nada justifica que o titular da ação contra o produtor seja apenas o comprador da coisa causadora do dano, e não os chamados *bystanders*, ou seja, o utente da coisa ou mesmo o terceiro vítima, sem qualquer relação com o comprador" (*A proteção do consumidor*, p. 100).

Protege-se não só o consumidor direto, aquele que adquiriu o produto ou serviço, como ainda qualquer outra pessoa afetada pelo bem de consumo. Aí se inclui até o *bystander*, ou seja, o mero espectador que, casualmente, é atingido pelo defeito.

> Nesse sentido foi o julgamento do REsp 540.235, no qual o STJ considerou que vítima atingida em solo por queda de avião é equiparada a consumidor, nos termos do art. 17 do CDC, podendo, em consequência, beneficiar-se da inversão do ônus da prova (REsp 540.235-TO, j. 07.02.2006, rel. Min. Castro Filho, *DJ* 06.03.2006). Registre-se caso em que houve explosão do estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício: "Em consonância com o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança" (REsp 181.580-SP, rel. Min. Castro Filho, j. 09.12.2003, *DJ* 22.03.2004, p. 292). Acrescentem-se, ainda, dois julgados: 1) "1. Ainda que os bens comprovadamente depositados no cofre roubado sejam de propriedade de terceiros, alheios à relação contratual, permanece hígido o dever de indenizar do banco, haja vista sua responsabilidade objetiva frente a todas as vítimas do fato do serviço, sejam elas consideradas consumidores stricto sensu ou consumidores por equiparação" (REsp 1.045.897-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.05.2011, *DJe* 01.06.2011); 2) "O art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (bystander), sujeitando à proteção do Código de Defesa do Consumidor aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação. 4. Em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, o terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo deve ser considerado consumidor por equiparação. Excepciona-se essa regra se, no momento do acidente, o fornecedor não estiver prestando o serviço, inexistindo, pois, qualquer relação de consumo de onde se possa extrair, por equiparação, a condição de consumidor do terceiro" (REsp 1.125.276/RJ, j. 28.02.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 07.03.2012). Em acórdão relatado pelo Min. Paulo de Tarso Sanseverino, o STJ considera que até mesmo o comerciante pode ser equiparado a consumidor, com base no art. 17: "Comerciante atingido em seu olho esquerdo pelos estilhaços de uma garrafa de cerveja, que estourou em suas mãos quando a colocava em um freezer, causando graves lesões. Enquadramento do comerciante, que é vítima de um acidente de consumo, no conceito ampliado de consumidor estabelecido pela regra do art. 17 do CDC ('bystander'). Reconhecimento do nexo causal entre as lesões sofridas pelo consumidor e o estouro da garrafa de cerveja" (REsp 1.288.008/MG, j. 04.04.2013, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 11.04.2013). Em julgamento realizado em 10 de outubro de 2015, o STJ utilizou o conceito de consumidor por equiparação do art. 17 do CDC em relação à pessoa que foi atingida por disparo de arma de fogo efetuado por segurança de estabelecimento comercial (REsp 1.372.889/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

É bom notar que o art. 17 não repete o requisito da destinação final, informador do conceito geral de consumidor (art. 2.º). Fala-se somente em "vítimas do evento", noção esta que inclui qualquer pessoa, até mesmo o profissional que, ao adquirir um produto para revenda, veio a sofrer um acidente de consumo.

O dono de um supermercado que, ao inspecionar sua seção de enlatados, sofre ferimentos provocados pela explosão de um recipiente defeituoso pode perfeitamente utilizar o sistema do Código para pleitear sua reparação.

QUADRO SINÓTICO

Fato do produto e do serviço → Acidentes de consumo

Espécies de periculosidade
- Periculosidade inerente
- Periculosidade adquirida
- Periculosidade exagerada

Espécies de defeitos dos produtos
- Fabricação
- Concepção
- Comercialização

Exclusão da responsabilidade (fato do produto)
- Não colocação do produto no mercado
- Inexistência do defeito
- Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro

Riscos de desenvolvimento → não excluem a responsabilidade do fornecedor

Hipóteses de responsabilidade do comerciante
- Produto anônimo
- Produto mal identificado
- Produto mal conservado

Responsabilidade subsidiária do comerciante → não exclui a responsabilidade solidária dos demais

Defeitos na prestação dos serviços
- Prestação
- Concepção
- Comercialização

Exclusão da responsabilidade (fato do serviço)
- Inexistência de defeito
- Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro

Responsabilidade dos profissionais liberais (serviços) → responsabilidade subjetiva

Ampliação do conceito de consumidor (art. 17) → *bystander*

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Luiz. O Código do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*, v. 27, p. 157, abr.-jun. 1990; BIHL, Luc. La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs. In: GHESTIN, Jacques (coord.). *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: LGDJ, 1987; AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. Product liability: proposed legislation. Discussion Paper n. 37, p. 14, Sydney, abr. 1989; BOURGOIGNIE, Thierry. *Eléments pour une théorie du droit de la consummation*. Bruxelles: Story-Scientia, 1988; BULGARELLI, Waldirio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e *de lege ferenda*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1983; CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1985; CARNEVALE, Ugo. La responsabilitá del produtore – Problemi generali. *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*. Milano: Giuffrè, 1978; COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, 1974; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 2; GHESTIN, Jacques. La directive communautaire et son introduction en droit français. In: _____ (coord.). *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Paris: LGDJ, 1987; GRAY, Whitmore. Products liability. *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, Budapest, Akademiai Kiado, 1981; HIPPEL, Eike Von. *Verbraucherschutz*. Tübingen: Mohr, 1986. p. 49; HENDERSON, James A.; PEARSON, Richard N. *The torts process*. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1981; ONTÁRIO LAW REFORM COMISSION. *Report on products liability*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1979; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987; LOPES, José Reinaldo de Lima. *A responsabilidade civil do fabricante por fato do produto*. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1985; NOEL, Dix W.; PHILLIPS, Jerry J. *Products liability in a nutshell*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1981; ONTÁRIO LAW REFORM COMISSION. *Report on products liability*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1979; SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Tese de doutorado, Coimbra, 1990; STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1990; VETRI, Dominick. Profili della responsabilità del produttore negli Stati Uniti. *Dano da prodotti e responsabilità dell'impresa* (a cura di Guido Alpa e Mario Bessone). Milano: Giuffrè, 1980.