

RESPONSABILIDADE PELO RISCO DE DESENVOLVIMENTO

*Marco Aurélio Lopes Ferreira da Silva**

“Oração e trabalho são os recursos mais poderosos na criação moral do homem. A oração é o íntimo sublimar-se d'alma pelo contato com Deus. O trabalho é o inteirar-se, o desenvolver-se, o apurar das energias do corpo e do espírito, mediante a ação contínua de cada um sobre si mesmo e sobre o mundo onde labutamos.” (Rui Barbosa em Oração os Moços).

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar se o ordenamento jurídico nacional adotou o risco de desenvolvimento como excludente, ou não, de responsabilidade do fornecedor, buscando nas diversas fontes do direito nacional identificar a interpretação mais adequada ao nosso sistema jurídico.

ABSTRACT: This work aims at understanding if the national judicial system adopted the development perils as excluding, or not, the supplier liability, seeking in the various sources of national rights and law to identify the most suited interpretation to the Brazilian legal system.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentos e Posições Doutrinarias. 3. Análise sob a ótica da legislação pátria. 3.1. Doutrina que defende a responsabilização do fornecedor pelo risco de desenvolvimento. 3.2. Doutrina que defende a exclusão de responsabilização do fornecedor pelo risco de desenvolvimento. 3.3. Análise sob o aspecto civil-constitucional. 4. Considerações Finais.

Graduado em Direito pela UERJ, Mestrando pela Faculdade de Direito de Campos, Professor da Escola dos Notários e Registradores - RJ, Delegatário Concursado do Cartório de Registro Civil D. Único de Belford Roxo - RJ.

1. Introdução

Para situar o leitor, *in limine*, sobre o tema que será desenvolvido no presente trabalho, começar-se-á explicando que *risco de desenvolvimento refere-se à colocação no mercado de consumo de produto que se apresentava seguro, ante o mais alto grau de conhecimento técnico e científico existente, mas com o decorrer do tempo e aquisição de novos conhecimentos, vem a ser descoberto que na verdade o mesmo apresentava risco para o consumidor.*¹

Com fins de melhor situar o campo da aplicabilidade do *risco de desenvolvimento*, pode-se citar o caso emblemático de alcance mundial, que foi o do medicamento conhecido como “Talidomida”. Este produto desenvolvido pela Alemanha e comercializado em 146 países no ano de 1957, dentre eles o Brasil, teve descoberto alguns anos mais tarde, em 1960, que, quando consumido nos 3(três) primeiros meses de gestação, causava terríveis efeitos colaterais de deformação nos fetos, gerando bebês com encurtamento dos braços; pernas; cegueira; surdez, e etc. Por isto o medicamento que vitimou milhares de pessoas, foi retirado do mercado mundial no ano de 1961, à exceção do Brasil, que só o fez no ano de 1965, com pelo menos 4 anos de atraso.²

¹ Segundo Sérgio Cavalieri Filho, no seu texto Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de direito do consumidor* 29, p. 61. São Paulo: RT, 1999: “Entende-se por risco do desenvolvimento o defeito impossível de ser conhecido e evitado no momento em que o produto foi colocado em circulação, em razão do estágio da ciência e da tecnologia. É aquele defeito que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um período de uso do produto, como ocorre com certos medicamentos novos – vacinas contra o câncer, drogas contra AIDS, pílulas para melhorar o desempenho sexual, etc.”.

² Para maiores informações vide o site da associação brasileira dos portadores da síndrome da Talidomida, disponível em < <http://members.tripod.com/~abpstalidomida/historico.htm> > . Acesso em: 01 nov. 2005.

Além deste caso mundialmente conhecido a respeito de medicamento, pode-se também vislumbrar sua maior aplicabilidade em campos como o da medicina genética; transgênicos; softwares; cosméticos; nanotecnologia; entre tantos outros produtos que estão em constantes desenvolvimentos.

Isto levou diversos países e 'blocos' de países, como a comunidade Européia, a terem que regulamentar a questão da responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, título do presente artigo, no sentido de se estabelecer se o mesmo (risco de desenvolvimento) é causa excludente ou não de responsabilidade.

Neste momento, já coloca-se-nos a emblemática questão que não pode calar, e que tentar-se-á desvendar no decorrer deste artigo: *A legislação brasileira adotou o risco de desenvolvimento como excludente, ou não, de responsabilidade do fornecedor?*

2. Fundamentos e posições doutrinárias

Basicamente há duas posições doutrinárias a respeito: uma pela exclusão de responsabilidade pelo risco de desenvolvimento e outra pela responsabilização do fornecedor.

Aqueles que defendem a exclusão de responsabilidade, apontam como principais argumentos que:

- É importante para se estimular a pesquisa e investimento na área científica, estimulando a indústria a se desenvolver.

- Ao contrário, caso se responsabilize o fornecedor por danos futuros pelo fato de ter colocado no mercado de consumo produto que se apresentava adequado à época, dentro do conhecimento científico e tecnológico existente, desestimularia as indústrias a investirem, ou tornaria a atividade por demais onerosa e sem competitividade ante o mercado globalizado, causando retração.

- Dificuldades de previsão e preparo de estratégias de indenização de consumidores por eventual dano produzido por produto cujos riscos são impossíveis de se prever à época de seu lançamento.

- A assunção de riscos pelo desenvolvimento encareceria muito o preço final dos produtos, o que dificultaria o acesso da população a remédios ou produtos importantes, desnecessariamente, já que estes riscos podem nunca vir a se concretizar.

Já a corrente que defende a responsabilidade do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento, apontam como principais argumentos que:

- Evita que o fornecedor deixe de se preocupar com as conseqüências do produto posto no mercado de consumo. Sendo o fornecedor responsabilizado, ele terá interesse em continuar a acompanhar e estudar o produto, de forma que terá maiores meios de evitar ou diminuir os danos por ele causados, retirando-o imediatamente de circulação quando necessário e tomando medidas de aviso aos consumidores.

- Não causaria a alegada retração em pesquisas científicas e ofertas de produtos à sociedade, já que existem mecanismos capazes de garantir a reparação da vítima, tais como os seguros, ou mesmo o repasse de possíveis custos de indenizações através de aumento dos preços dos produtos ofertados aos consumidores.

- A desresponsabilização do fornecedor torna-se difícil já que ele terá que provar que o risco não era possível de se prever à época, ante a mais alta técnica e conhecimento científico, mundialmente existente.

- Pode tornar o consumidor uma “cobaia” para o desenvolvimento dos produtos em estudos.

O Conselho das Comunidades Européias adotou a corrente pela não responsabilização do fornecedor pelo risco do desenvolvimento. Com efeito, estabeleceu a

Diretiva 85/374/CEE,³ no seu artigo 7º, que “o produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar: e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito.”

Por outro lado, a referida Diretiva permitiu que qualquer Estado-Membro possa derrogar esta excludente e mantenha ou preveja em sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência de defeito (diretiva 375/05, artigo 15).⁴

³ “Diretiva 85/374/CEE (...) Artigo 7. O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: a) Que não colocou o produto em circulação; b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente; c) Que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua actividade profissional; d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito, f) No caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricantes do produto”.

⁴ “Diretiva 85/374/CEE (...) Artigo 15. 1. Qualquer Estado-membro pode: a) Em derrogação do artigo 2o, prever na sua legislação que, na acepção do artigo 1o, a palavra «produto» designa igualmente as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça; b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7o, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no no 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito; 2. O Estado-membro que desejar introduzir a medida prevista no no 1, alínea b), comunicará à Comissão o texto da medida em causa. A Comissão informará desse facto os Estados-membros. O Estado-membro interessado suspenderá a adopção da medida prevista por um período de nove meses a contar da informação à Comissão, e na condição de que esta não tenha entretanto submetido ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva respeitante à matéria em causa. Se, contudo, a Comissão não comunicar ao Estado-membro interessado, no prazo de três meses a contar da recepção da referida

Assim, há Estados-Membros da Comunidade Européia que adotaram a *exclusão total* de responsabilidade pelo risco de desenvolvimento; outros adotaram o *regime parcial*, fazendo incidir responsabilização em alguns casos específicos; e outra parte, ainda, adotou a *responsabilização total*. Pode-se citar alguns exemplos a seguir.

- Países que adotaram o regime da *exclusão total* de responsabilidade pelo risco de desenvolvimento: Portugal- Itália – Inglaterra - Holanda.

- Países que adotaram o *regime parcial*, responsabilizando somente em alguns poucos casos específicos: Espanha – Alemanha – França.

- Países que adotaram a *responsabilização total* pelo risco de desenvolvimento: Luxemburgo e Finlândia.

Fora da Comunidade Européia, a título de exemplo, pode-se citar os Estados Unidos da América – *EUA*, que adotou o regime de *exclusão total* de responsabilização pelo risco de desenvolvimento, não através de lei federal, mas através de leis de grande parte de seus Estados.

3. Análise sob ótica da legislação pátria.

O tema no âmbito da doutrina pátria ainda é dos mais polêmicos. Há respeitáveis defensores de ambos os lados, ou seja, pela exclusão e pela responsabilização em caso de riscos

informação, a sua intenção de apresentar tal proposta ao Conselho, o Estado-membro pode tomar imediatamente a medida prevista. Se a Comissão apresentar ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva no prazo de nove meses acima mencionado, o Estado-membro interessado suspenderá a adopção da medida prevista por um período de dezoito meses a contar da apresentação da referida proposta. 3. Dez anos após a data de notificação da presente directiva, a Comissão submeterá ao Conselho um relatório sobre a incidência, no que respeita à protecção dos consumidores e ao funcionamento do mercado comum, da aplicação pelos tribunais da alínea e) do artigo 7o e do no 1, alínea b), do presente artigo. Com base nesse relatório, o Conselho, deliberando sob proposta da Comissão nas condições previstas no artigo 100o do Tratado, decidirá a revogação da alínea e) do artigo 7o".

de desenvolvimento, de forma que ver-se-á o entendimento manifestado por alguns deles, em cada um dos lados.

3.1. Doutrina que defende a responsabilização do fornecedor pelo risco de desenvolvimento

A defender este ponto de vista pode-se citar, entre outros, os autores Gustavo Tepedino⁵ e James Marins.⁶

Veja a seguir alguns dos argumentos apresentados.

De acordo com Gustavo Tepedino,⁷ não há efetivamente defeito no caso do risco em desenvolvimento, porque o produto quando foi posto em circulação atendia perfeitamente ao disposto no artigo 12⁸, parágrafo 1^º, inciso

⁵Gustavo Tepedino. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁶James Marins. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: RT, 1993.

⁷ Neste sentido diz Tepedino, em seu texto A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional, ob. cit., p. 244-245, que: "De todo modo, parece bastante claro que, nas hipóteses de risco de desenvolvimento, não há defeito no produto ou serviço, nos termos definidos pelo art. 12, § 1º, cuja dicção é corroborada pela interpretação sistemática dos arts. 6º e 10º do CDC, antes mencionados. Para o Código do Consumidor, convém insistir, defeito não se confunde com nocividade (há inúmeros produtos, na praça, que, embora nocivos, não são defeituosos, desde que as informações prestadas pelo fornecedor esclareçam bem o seu grau de nocividade). E não há defeito imputável ao fornecedor quando, nos termos do art. 12, § 1º, III, tendo em conta a época em que o produto foi posto em circulação, inexistente vício de insegurança, consubstanciado na ruptura entre o funcionamento do produto ou serviço e o que deles espera legitimamente o consumidor, com base no atual conhecimento científico".

⁸ "Art. 12 CDC. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que

III, da Lei N.º 8.078/90(Código de Defesa do Consumidor – CDC), onde consta que “o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais, a época em que foi colocado em circulação” (§1º, inc. III, citado art. 12).

Neste mesmo sentido está James Marins, que diz que “qualquer expectativa de segurança somente é legítima se não pretender que o produto possa superar o próprio grau de conhecimento científico existente quando de sua introdução no mercado.”⁹

Explica James Marins¹⁰ que o próprio Código de Defesa do Consumidor está a informar pela exclusão de responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, haja vista os seguintes artigos: Artigo 6º, inc. I, que prevê entre os direitos básicos do consumidor a “segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”; artigo 10º, onde diz que “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”; bem como o já citado inciso III do parágrafo 1º do artigo, que estabelece que para se considerar o produto defeituoso deve-se levar em consideração, entre outras circunstâncias relevantes, “a época em que foi colocado em circulação”.

Portanto, da análise de tais normas legais, conclui, a contrário sensu, ser plenamente legal o fornecimento de produtos que à época de sua inserção no mercado de

razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistia; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

⁹ James Marins, ob. cit., p.136.

¹⁰ Idem, p.131-136

consumo, ante o estágio de conhecimento, não seria possível saber que poderiam resultar perigosos.¹¹

Também neste sentido está João Calvão Silva,¹² que analisando a citada Diretiva 374/85 da CEE, afirma que o momento adequado para a avaliação do caráter defeituoso do produto é efetivamente quando da sua inserção no mercado de consumo, explicando que “a apreciação do caráter defeituoso de um produto não será feita *ex post*, à luz de aperfeiçoamentos científicos e tecnológicos posteriores introduzidos pelo (mesmo ou diferente) produtor em modelos sucessivos, mas *ex ante*, de acordo com as legítimas expectativas de segurança existentes na sua época, na época do seu lançamento no mercado”.

3.2. Doutrina que defende a responsabilização do fornecedor pelo risco de desenvolvimento

Entre os defensores desta corrente, se encontram, entre outros, Sérgio Cavalieri Filho¹³ e Marcelo Junqueira Calixto.¹⁴ Aquele sustenta que não há de se confundir o risco de desenvolvimento com a hipótese prevista no art. 12, § 1º, inciso III, do CDC. O autor¹⁵ ressalta que: “No primeiro caso, o produto é objetivamente defeituoso no momento de sua colocação no mercado, sem que, no entanto, o estado de desenvolvimento da ciência e da

¹¹ *Id.*, *ibid.*

¹² João Calvão da Silva. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almeida, 1990, p. 645.

¹³ Sérgio Cavalieri Filho, vide trabalhos: Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de Direito do Consumidor* 29, p. 55-62. São Paulo: RT, 1999, e *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁴ Marcelo Junqueira Calixto, vide trabalhos: *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. São Paulo: Renovar, 2004; e O art. 931 do código civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento, *Revista trimestral de direito civil - RTDC*, vol. 21, p. 53-93. Rio de Janeiro: Padma, 2005.

¹⁵ Sérgio Cavalieri Filho, Responsabilidade civil por danos causados por remédios, *ob. cit.*, p. 62.

técnica permitissem sabê-lo. No segundo, o produto é perfeito por corresponder às legítimas expectativas de segurança na sua época, apenas superado por produto mais novo, em razão de aperfeiçoamentos científicos e tecnológicos introduzidos pelo fornecedor.”¹⁶

Explica o autor que os riscos de desenvolvimento são nada mais do que espécie do gênero *defeito de concepção*, e por isto dá causa a um acidente de consumo por insegurança, não importando se o defeito era ou não previsível à época de sua colocação no mercado de consumo. Posiciona-se no sentido da não exoneração da responsabilidade do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento, que “devem ser enquadrados como *fortuito interno* – risco integrante da atividade do fornecedor.”¹⁷

Sérgio Cavalieri Filho¹⁸ destaca ainda que de qualquer forma o nosso código de defesa do consumidor não excluiu a responsabilidade do fornecedor pelo risco

¹⁶ Em sentido contrário, Tepedino, no seu texto, *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea*, ob. cit., p. 114, analisando a assertiva, afirma que: “O argumento, entretanto, não colhe; o conceito de defeito é essencialmente relativo, antepondo duas noções, em determinado contexto histórico: segurança e expectativa dos consumidores. Assim, no risco de desenvolvimento, não existe defeito, por inexistir uma reversão de expectativa em face dos conhecimentos atuais. Não se pode esperar algo que se desconhece. Há, sim, neste caso, periculosidade ou nocividade, objetivamente consideradas, embora desconhecidas pela ciência no momento do oferecimento do produto ou serviço”.

¹⁷ Sérgio Cavalieri Filho, no seu texto *Programa de responsabilidade civil*, ob. cit., p. 377.

¹⁸ Diz Sérgio Cavalieri Filho, *Responsabilidade civil por danos causados por remédios*, ob. cit., p. 61: “Quem deve suportar os riscos do desenvolvimento? O fornecedor ou o consumidor? O Direito Português, o Italiano e o Alemão optaram por impor o sacrifício dos riscos do desenvolvimento sobre os ombros do Consumidor. O nosso Código do Consumidor, todavia, não o incluiu entre as causas de exclusão de responsabilidade do fornecedor previstas no art. 12, § 3º, a razão pela qual os melhores autores, entre os quais Antônio Hermen de Vasconcelos e Benjamin, consideram o risco de desenvolvimento uma espécie de gênero *defeito de concepção*, e, como tal, incluído no risco do fornecedor. O fornecedor tem que estar sempre atualizado, acompanhando as experiências científicas e técnicas mundiais, e o mais avançado estado da ciência”.

de desenvolvimento, posto que não está tal hipótese prevista nas excludentes de responsabilidade constantes do parágrafo 3º do artigo 12 do CDC, onde diz que: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador *só não será responsabilizado* quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistiu; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (destaquei).

Também Marcelo Junqueira Calixto se posiciona pela responsabilização do fornecedor pelo risco de desenvolvimento, apontando que o código de defesa do consumidor adotou a responsabilidade objetiva, motivo pelo qual impede de se buscar a culpa do fornecedor pelos danos causados por seus produtos postos no mercado de consumo.

Destaca que seria extremamente difícil o fornecedor provar que na época da colocação do produto no mercado não havia, no âmbito mundial, conhecimento científico capaz de prever os riscos. Critica dizendo que “Volta-se, assim, novamente, à responsabilidade subjetiva, uma vez que se pode demonstrar que a pesquisa não foi convenientemente realizada ou que não foram consideradas opiniões minoritárias, devendo ser considerados ainda os limites impostos pelo segredo industrial.”¹⁹

De fato Calixto se manifesta dentro da corrente que entende que, na hipótese de risco de desenvolvimento, deva o produto ser considerado defeituoso; havendo a responsabilização objetiva do fornecedor. Afirma que o dano causado pelo produto, mesmo que só verificado posteriormente, “representará a violação de uma expectativa de segurança que existia desde o momento da introdução do produto no mercado de consumo,

¹⁹ Idem, *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvido*, ob. cit., p. 242-243.

lembrando-se ser esta uma circunstância relevante para a determinação do caráter defeituoso do produto (art. 12, § 1º, III, do CDC).²⁰

3.3. Análise sob o aspecto civil-constitucional

A defesa do consumidor é um direito fundamental alçado a nível constitucional, previsto no capítulo I, do "Título II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS", onde determina no artigo 5, inc. XXXII, a obrigação do Estado promover na forma da lei a defesa do consumidor.

Também está a Carta Magna a determinar no "Capítulo I - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA", do "Título VII – DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA", que a ordem econômica tem por fins assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V, CR/88).

Os princípios constitucionais são normas de aplicação direta e imediata, à luz dos quais todas as demais normas legais devem ser interpretadas e aplicadas, sob pena de inconstitucionalidade, outro entendimento não se pode ter ao se analisar todo o sistema constitucional, de forte caráter social e intervencionista, bem como pelo fato da mesma se encontrar no topo do nosso ordenamento jurídico, em posição de superioridade, a reger como um maestro todas as demais normas²¹.

²⁰ Marcelo Junqueira Calixto, O art. 931 do código civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento, ob. cit., p. 90-91.

²¹ Segundo Pietro Perlingiere, *in* Perfis do Direito Civil, introdução ao direito civil constitucional, Rio de Janeiro: Malheiros, 1999, p. 11: "Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina e uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos."

Viu-se dos princípios constitucionais acima, que toda a *ordem econômica* está voltada para a sua *função social e proteção do consumidor*, não havendo como se sustentar argumentos que digam que a responsabilização do fornecedor pelo risco de desenvolvimento estaria a comprometer os avanços tecnológicos, porque antes de tudo, deve-se garantir a dignidade da pessoa humana, que não pode ser submetida a experiências com produtos não seguros, atentando contra a sua integridade psicofísica, sem quaisquer garantias.

Além do mais, como visto, há outros meios a garantir a continuidade das pesquisas de novos produtos e tecnologias, sem afronta à dignidade do consumidor, seja através de realização de seguros, seja através de repasses dos eventuais custos ao preço do produto, de forma equânime. Aliás, este é outro ponto importante, já que caso contrário, toda a indústria e sociedade estaria se beneficiando igualmente do desenvolvimento dos produtos e serviços, à custa de vítimas específicas que se tornassem consumidoras destes, que ao final arcariam sozinhas com os danos. Isto também afronta o princípio constitucional de igualdade.

Igualdade esta que o consumidor obviamente não tem em relação às empresas de tecnologia, o que corrobora pela responsabilização do fornecedor, já que nos ensinamentos de Rui Barbosa, "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real"²². Temos aqui

²² Rui Barbosa, *Oração ao Moços*, ed. popular anotada, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980, p.20.

duas afrontas a este princípio constitucional, uma do consumidor em relação ao fornecedor, e outra do consumidor vítima em relação à própria sociedade *in totum*.

Neste sentido a Carta da República está a determinar, como objetivo fundamental, a *igualdade substancial*, com a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3, III, CR/88), e a *solidariedade social*, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I, CR/88). Também assegura ao consumidor o direito à vida, igualdade e segurança (art. 5º, *caput*, CR/88), bem como garante a indenização por dano material, moral e à imagem (art. 5º, inc. V, CR/88).

Observe-se que no ápice do ordenamento jurídico, está como fundamento da República federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88), que, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, pode-se extrair os seguintes substratos axiológicos: Os princípios da *Igualdade; Integridade psicofísica; Solidariedade e Liberdade*²³.

Os princípios constitucionais estão a nos informar que deve o consumidor ser protegido no seu *direito à integridade psicofísica*, não podendo ficar à mercê das novas tecnologias que possam lhe afetar a saúde e saírem impunes, fazendo jus à indenização nos casos dos danos efetivos sofridos; *direito a solidariedade* dos demais seres humanos, que devem igualmente arcar com os riscos do desenvolvimento, com eventuais aumentos nos preços dos

²³ Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição de direito fundamental e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 117, ao analisar o substrato material da dignidade, explica que "esta decomposição serve, ainda, a demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, logo, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do conceito da dignidade humana."

produtos em geral; *direito a igualdade* em relação aos grandes conglomerados de tecnologia de ponta, assumindo estes os ônus pelos riscos, fazendo-se assim, efetivamente a verdadeira igualdade entre os dois pólos em situações crassamente desiguais.

Portanto, os princípios constitucionais que, repita-se, têm aplicação direta e imediata, já estão a informar que deve o fornecedor ser responsabilizado nos casos de risco de desenvolvimento. Todas as normas infraconstitucionais devem, nesta forma, ser interpretadas consoante a luz da Carta da República.

Com efeito, dos preceitos infraconstitucionais, na melhor interpretação das normas aplicáveis à espécie, à luz constitucional, outra interpretação não se pode extrair. O artigo 931 do código civil prevê que “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”. Por sua vez, a lei especial do Código de Defesa do Consumidor, também dispõe, no artigo 12, a responsabilidade do fornecedor independentemente de culpa.

Juntem-se a isto todas as demais informações do código de defesa do consumidor, a informar a responsabilização do fornecedor que colocar no mercado um produto que na sua concepção já era defeituoso, como por exemplos: I) a política nacional das relações de consumo tem como objetivo a *dignidade, saúde e segurança do consumidor e proteção de seus interesses econômicos* (art. 4º, caput); II) prevê no inc. III, art. 4º, CDC, que o desenvolvimento econômico e tecnológico deve ser viabilizado de acordo com os princípios fundados na ordem econômica, conforme o art. 170 da CR/88, ou seja, sob os ditames da *justiça social*, assegurando a *dignidade do consumidor*; III) que tem como direitos básicos, entre outros, a *proteção da sua vida, saúde e segurança* contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (art. 6, I, CDC).

Desta forma, tendo em vista os princípios informadores da Constituição da República, que não excluem outros direitos e garantias *decorrentes do regime e princípios por ela adotados*, na forma do seu art. 5, § 2º, como aqueles acima citados do CDC. Atentando-se para o fato de que o Código de Defesa do Consumidor, que adotou a responsabilidade objetiva, não excluiu expressamente a responsabilidade do fornecedor pelo risco de desenvolvimento, posto que esta hipótese não está prevista entre as excludentes constantes do parágrafo 3º, do art. 12 do CDC. Observando-se, ainda, que esta lei especial tem que ser interpretada consoante a Carta Magna. Conclui-se que o sistema pátrio não adotou a teoria da exclusão da responsabilidade do fornecedor pelo risco de desenvolvimento.

4. Considerações Finais

Viu-se a necessidade primordial de se fazer o presente estudo, sobre a exclusão ou não da responsabilidade civil pelo risco de desenvolvimento, sob ótica Constitucional.

Alertou-se para o fato de que os princípios constitucionais têm força normativa de aplicação direta e imediata, sendo o preceito da dignidade da pessoa humana o farol (princípio maior) do mar, cuja luz se irradia e deve servir de guia para todas as demais embarcações (leis) de qualquer porte (leis de âmbito federal, estadual ou municipal), sob pena de naufragarem (serem consideradas inconstitucionais).

Também foi visto que todos os demais princípios constitucionais, estão a tutelar primordialmente o ser humano em face da atividade econômica, como o direito à *integridade psicofísica; igualdade substancial; solidariedade social; ordem econômica voltada a sua função social*. Igualmente, foi observado que o CDC, adotou a teoria da responsabilidade objetiva, ou seja,

independente de culpa, pelos danos causados pelos produtos defeituosos.

Da análise da legislação especial do CDC, à luz dos preceitos constitucionais, concluiu-se que não há espaço para a exclusão de responsabilidade do fornecedor em face da teoria do risco de desenvolvimento, posto que o produto é defeituoso desde a sua concepção, mesmo que somente reconhecido em momento posterior, não havendo qualquer cláusula excludente de sua responsabilidade no parágrafo 3º do art. 12 do CDC a autorizar entendimento contrário.

Assim, a despeito da respeitável doutrina contrária, com seus argumentos bem elaborados a favor da exclusão da responsabilidade do fornecedor pelo risco de desenvolvimento, tais fundamentações não podem alcançar sobrevida ante a vida maior, que é a do próprio ser humano. Início, meio e fim de toda atividade econômica e social, cuja dignidade deve ser sempre buscada, não podendo-se dela afastar-se um milímetro sequer, entregando o consumidor à própria sorte, como num verdadeiro retrocesso aos Códigos Oitocentistas, eminentemente individualistas e patrimonialistas.

Por isto é que se fez o estudo com base na Constituição da República, para que não se esqueçam que agora o centro do universo é o ser humano na sua tutela integral, com verdadeira inclusão social, não mais se admitindo que o poderio econômico prevaleça sobre a sua dignidade.

Para que não restem mais dúvidas quanto a isto, conclama-se ao legislador para que, de forma rápida e eficiente, passe a prever de forma clara no CDC, o que aqui já se anteviu, ou seja, que o fornecedor responde objetivamente pelo risco de desenvolvimento. Entretanto, para a devida estabilidade social e tendo em vista que o nosso sistema jurídico não aceita esta responsabilização *ad perpetuum*, pode-se adotar como prazo para tal fim, o período adotado pela diretiva 374/85 CEE, que é de 10(dez)

anos após a colocação do produto ou serviço no mercado, e como prazo prescricional, o já existente no artigo 27 do CDC, que é de 5(cinco) anos a partir do dano causado pelo produto ou serviço²⁴.

²⁴ Neste sentido, v. Marcelo Junqueira Calixto, *A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, ob. cit., p. 250: "... propomos a previsão de um prazo, contado da entrada em circulação do produto, dentro do qual o fornecedor se responsabiliza pelos danos verificados; vencido este prazo, não há mais que se falar em responsabilidade, salvo ação judicial já intentada pelo consumidor vítima do acidente de consumo. Tal prazo pode ser aquele previsto nas leis européias, ou seja, de dez anos, (...) Ao lado desse prazo de extinção da responsabilidade permanece plenamente válido o prazo de prescrição de cinco anos do artigo 27 do CDC, contado do conhecimento do dano e da sua autoria".