ANA CLAUDIA GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI

RISCO DO DESENVOLVIMENTO E A LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR

Tese de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Alberto Dabus Maluf.

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

_____

_____

_____

RESUMO

Os fenômenos da produção e distribuição de massa expõem, o público a riscos sempre mais graves que, de forma variada, são imputáveis à organização dos processos produtivos.

O objetivo principal deste estudo é a análise do comportamento dos consumadores e da responsabilidade do produtor na circulação dos produtos defeituosos. Porém, o defeito não era conhecido no momento da distribuição do produto; em verdade, não teria sido possível identificar o risco.

Entretanto, a responsabilidade do produtor deve ser excluída, porque se percebe uma revisão das regras tradicionais da responsabilidade civil, mas o consumidor não pode permanecer sem ressarcimento do dano.

A solução mais adequada deverá ser a criação de sistemas de garantias de modo a obter da união dos fabricantes do produto defeituoso e do próprio Estado.

É um dever que cada um se obriga a respeitar cada vez que de seus atos possa resultar aos outros perigos de danos.

Palavras-chave: Consumidor, Responsabilidade do produtor, Produto defeituoso, Direitos do consumidor

RIASSUNTO

In fatti, i fenomeni di produzione e distribuizione di massa espongono, il pubblico a rischi sempre più gravi che, in vario modo, sono imputabili all'organizzazione dei fattori produttivi.

Lo scopo principale di questo studio è l'analisi del comportamento dei consumatori e della responsabilità del produttore nella circolazione di prodotti diffetosi. Però, il diffeto non era conosciuto nel momento della distribuizione del prodotto; in realtà, non sarebbe stato possibile preveder il rischio.

Pertanto, la responsabilità del produttore viene esclusa, perche si assiste ad una revisione delle regole tradicionale della responsabilità civile, ma il consumatore non può rimanere senza risarcimento del danno.

La soluzione più adeguata dovrà essere la creazione di sistemi di assicurazione in ordine da raggiungere l'unione dei fabbricanti del produtto diffetoso ed il proprio Stato.

È un dovere che ognuno è tenuto a rispettare ogni volta che dai suoi atti possa derivare ad altri pericolo di danni.

Parole chiave: Consumatori, Responsabilità da prodotti difettosi, Danno da prodotti, difettosi, Diritti dei consumatori

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 7
1. Considerações iniciais 7
1.1. Dos Direitos Fundamentais 11
1.2. Da importância do estudo do risco do desenvolvimento 14
1.3. Origem do direito do consumidor 17
1.3.1. Início do desenvolvimento Industrial 17
1.4. Sociedade de Consumo 21
1.4.1 Tutela do Consumidor 23

II. DOS PRINCIPAIS ASPECTOS DO CDC 30
2. Dos principais aspectos do código de defesa do consumidor 30
2.1. Da vulnerabilidade do consumidor 30
2.2. Da presença do Estado no poder econômico 33
2.2.1. Da evolução da responsabilidade do Estado 37
2.2.2. Da omissão do Estado 43
2.2.3. Do Direito à saúde 47
2.3. Da livre iniciativa e proteção do consumidor 50
2.3.1. Do conflito entre empresa e consumidor 52

III. DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR 56
3. A relação de consumo 56
3.1. Conceito de consumidor 58
3.2.1. Do papel do consumidor 62
3.3. Do conceito de fornecedor 64
3.4. Do dever de informação 66

IV. DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO 70
4. Da responsabilidade civil 70
4.1. Da responsabilidade pelo fato do produto 74
4.1.1. Do defeito 77
4.2. Do nexo de causalidade 80

4.2.1. Da flexibilização do nexo de causalidade 85
4.3. Das excludentes da responsabilidade 88
4.3.1. Das Excludentes de responsabilidade no âmbito do CDC 90

V. DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO 96
5. Do risco do desenvolvimento e legítima expectativa do consumidor 96
5.1. Do risco do desenvolvimento e excludente de responsabilidade 103
5.1.1. Da prescrição da pretensão 109
5.2. Do princípio da legalidade e a liberdade de escolha 111
5.3. Do Princípio da precaução 114
5.4. Do desenvolvimento científico e tecnológico 116
5.5. Da distribuição dos prejuízos 120
5.5.1. Dos seguros 120
5.5.2. Do fundo garantidor 123

VII. CONCLUSÃO 126

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....

INTRODUÇÃO

1. Considerações iniciais

O ramo do direito do consumidor, que tem sua disciplina entre o direito privado e o direito público, visa proteger o consumidor, o sujeito de direito, em todas as relações jurídicas que envolvam o fornecedor ou o comerciante.

As normas de proteção ao consumidor têm forte conteúdo de direito público, pois garantem a tutela de direito fundamental previsto na Constituição Federal. De fato, são normas cogentes, de observância obrigatória e cumprimento coercitivo. O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 1º[1], estabelece que são normas de ordem pública e interesse social.[2]

O Estado assume o papel de interventor e protege o consumidor vulnerável, do que decorrem sua imperatividade e inderrogabilidade pela vontade das partes.

Devido ao seu caráter social, a ONU (Organização das Nações Unidas), em 1985, estabeleceu diretrizes para esta legislação e consolidou a ideia de que se trata de direito humano de nova geração (ou dimensão), direito social e econômico, direito de igualdade material do mais fraco nas suas relações privadas.

---

[1]Vale transcrever o artigo: "Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inc. XXXII, 170, inc. V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias."

[2]Nesse sentido, o seguinte julgado: "Direito civil – Promessa de compra e venda – Extinção – Iniciativa do promissário comprador – Perda das parcelas pagas – Cláusula abusiva – Código de Defesa do Consumidor – Norma de ordem pública – Arts. 51, IV, e 53 – Derrogação da liberdade contratual – Redução – Possibilidade – Recurso desacolhido. I – A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça uniformizou-se pela redução da parcela a ser retida pelo promitente vendedor, nos casos de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda, por inadimplência do comprador. II – O caráter de norma pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei, impondo-se a redução da quantia a ser retida pela promitente vendedora a patamar razoável, ainda que a cláusula tenha sido celebrada de modo irretratável e irrevogável. III – O acórdão que aprecia todos os pontos suscitados e necessários ao deslinde da controvérsia não contraria o art. 535, CPC, não se podendo exigir do órgão julgador menção expressa a dispositivos legais se solucionou a demanda na conformidade do pedido. IV – A dessemelhança fática entre o acórdão impugnado e o aresto paradigma não caracteriza a divergência jurisprudencial hábil a instaurar a via do recurso especial. (STJ – 4ª T. – REsp 292942/MG – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 03.04.2001).
Em outro houve a declaração de competência absoluta no processo: "Conflito de competência – Competência territorial – Foro de eleição – Cláusula abusiva. O juiz do foro escolhido em contrato de adesão pode declarar de ofício a nulidade da cláusula e declinar da sua competência para o juízo do foro do domicílio do réu. Prevalência da norma de ordem pública que define o consumidor como hipossuficiente e garante a sua defesa em juízo. Conflito conhecido e declarada a competência do suscintante. (STJ – 2ª Seção – CComp 21540?MS – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j.27.5.1998).

Em 1988, a Constituição Federal consagrou a proteção ao consumidor no rol de direitos fundamentais e, nos termos do inciso XXXII do artigo 5º, estabelece que o Estado promoverá a defesa do consumidor. Ao se reconhecer essa dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, obriga o Estado a agir para a realização desses direitos, reveste-se a norma de ordem pública e de interesse social.[3]

Há que se admitir alcance diferenciado perante os direitos fundamentais; nessa perspectiva, percebe-se que as violações de tais direitos não provêm apenas do lado estatal, mas principalmente do lado privado, na medida em que o norte a ser perseguido é a preservação da dignidade humana, tendo como parâmetro as expectativas do homem médio que delineia os conceitos de direito, sendo esses conceitos decisivos para a transposição dos valores constitucionais para o direito privado.

Reconhece-se que mesmo não sendo direito oponível contra o Estado não se lhe retira o caráter jurídico de direito fundamental, na medida em que o objetivo do Estado é valorizar a própria pessoa. A incidência dos direitos fundamentais não é imune ao âmbito do direito privado.

Por outro lado, autores como Fabio Konder Comparato questionam se realmente criou-se direito fundamental ao estabelecer que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.[4]

---

[3]Marcelo Schenk Duque inclusive questiona o alcance da norma: "Após vinte anos de vigência da constituição, coloca-se a questão em torno do significado e alcance desse direito, o que aponta, invariavelmente, para a determinação de sua natureza e função."
E adiante acrescenta: "O reconhecimento do significado dos direitos fundamentais a partir do seu caráter objetivo legitima, portanto, a proteção do consumidor como um verdadeiro direito fundamental, corolário do entendimento de que zelar pela tradição dos direitos fundamentais por meio de seu desenvolvimento posterior é uma tarefa permanente. Assim, o simples fato de a proteção constitucional do consumidor não ser enquadrada como um típico direito de defesa, oponível contra o Estado, não lhe retira por si só, o caráter jurídico fundamental. Nessa perspectiva, a evolução e a consolidação da compreensão dos direitos fundamentais como elementos da ordem objetiva mostram-se apropriados para justificar a proteção constitucional do consumidor, à medida que valorizam a pessoa como fundamento do Estado e como razão de ser dos direitos fundamentais, e à medida que fundamentam a criação de construções doutrinárias capazes de transportar os efeitos dos direitos fundamentais para o âmbito privado, nos termos que seguem."
DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 70, P. 143-146, jul./set. 2009.

[4]Em suas palavras: "Isto posto, o que se deve indagar, preliminarmente, é se a norma do art. 5º, XXXII, declarando que " o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", cria, efetivamente, um direito fundamental.
Na vigência da 1ª Revisão da Constituição Portuguesa, os seus mais autorizados intérpretes consideravam que a declaração de que "os consumidores têm direito à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses econômicos e à reparação de danos" representava a criação de autênticos direitos fundamentais "fora do catálogo" (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra, 1984. v. 1, p. 475).
Não me parece que o mesmo possa ser afirmado da disposição do art.5º, XXXII de nossa Constituição. Não é apenas o fato de que, aí, não se fala expressamente em "direitos": o emprego desse termo não significa,

Nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, a defesa do consumidor é declarada como princípio geral da atividade econômica, indicando o modo pelo qual o constituinte entendeu as relações de consumo; o próprio consumidor, objeto dessa proteção constitucional, é considerado unicamente como agente econômico.

Com efeito, o objetivo de qualquer atividade econômica é o consumo de bens para satisfazer necessidades; nesse sentido, o consumidor não pode ser relegado a plano inferior no processo econômico.

Outro aspecto importante suscitado pela CF é o fato de que o consumidor foi considerado vulnerável, o que o fez, digno, dessa forma, de proteção diferenciada pelo Estado[5]. Sem dúvida, dá uma visão de cunho social às relações de consumo e foi justamente nessa seara que o Código de Defesa do Consumidor consagrou o princípio da vulnerabilidade como fundamento. Identifica-se, assim, um elo entre o direito privado e o direito público, ou seja, entre o dever constitucional de proteção do consumidor e o CDC; garante-se ao particular recorrer ao Estado contra ação lesiva de outros particulares para assegurar os seus direitos fundamentais protegidos.

Nenhum país do mundo deveria proteger seus consumidores apenas com o modelo privado; o Estado deve ser o promotor da defesa do consumidor, proteção de sua pessoa e de seus interesses existenciais. Os ordenamentos jurídicos em geral traduzem-se

---

necessariamente que a norma criou autênticos direitos subjetivos. O que importa, na verdade, é saber se se está ou não diante de situações subjetivas em que alguém possa, efetivamente, exigir algo de outrem, ou seja, tenha uma pretensão (*Anspruch*), exercitável por meio de ação judicial ou procedimento administrativo. A pretensão, como demonstrou a recente doutrina alemã, é também elemento integrante do direito subjetivo público (cf. HENKE, Wilhelm. *Das subjektive öffentliche Recht*. Tübingen, 1968. p. 54 e ss.).

Para que isso se verificasse, seria preciso que todo consumidor fosse titular, contra o Estado (em que extensão subjetiva: toda e qualquer pessoa jurídica de direito público interno e, também, todas as entidades da chamada Administração Pública indireta?), de uma pretensão a uma prestação determinada. Ora, a proteção ao consumidor, referida genericamente no citado dispositivo de nossa Constituição, não pode ser considerada uma prestação pública determinada. Ademais, a referência à mediatização da lei parece indicar que nenhum dever estatal específico de proteção determinada ao consumidor existe, enquanto não declarado em lei." (COMPARATO, Fabio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 29, n. 80, p. 69, out./dez. 1990).

Adiante o mesmo autor complementa: "A defesa do consumidor é declarada, no art.170, como princípio geral da atividade econômica, o que já dá uma ideia precisa de como o constituinte brasileiro de 1988 entendeu as relações de consumo. O consumidor, objeto dessa proteção constitucional, é considerado unicamente como agente econômico." (Id. Ibid., p. 70).

[5]Ainda que tenha sido a proteção ao consumidor consagrada pela Constituição Federal em julgado apreciado pela Suprema Corte, não foi caracterizada a ofensa direta a dispositivos constitucionais, mas reconhecido o papel protetivo do Estado, nos seguintes termos:

"Agravo regimental em agravo de instrumento. Contenda resolvida com amparo em normas insertas no Código de Defesa do Consumidor e de legislação correlata. 2. Aferir-se se houve ou não ofensa à Constituição do Brasil demandaria a análise de normas cujos preceitos estão insertos em comandos infraconstitucionais. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – 1ª T. – Ag.Rg. no Ag.In 517743/RJ – rel. Min. Eros Roberto Grau – j 31.05.2005 – DJ 24.06.2005).

em um regramento pelo Estado, mesmo porque para se alcançar o ideal do justo, o direito privado necessita de um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado. O *favor debilis* que mais adiante se verificará é justamente a preocupação de se obter uma maior solidariedade no mercado.

Houve a conscientização da função social do direito privado,[6] ainda que anteriormente perseguisse apenas fins individuais, o direito privado, deve, da mesma forma, intentar conseguir o bem público e, nesse panorama, não se pode ignorar a existência de cláusulas gerais do Código Civil vigente, por exemplo, função social do contrato, da propriedade, onde a Constituição é o ápice de todo o direito, dada a importância do microssistema protetitvo do consumidor, o qual consagrou normas de ordem pública e interesse social.

Há um fim comum entre o ramo do direito público e privado o que superou a visão absoluta da liberdade dos direitos subjetivos privados, não é mais função exclusiva do direito privado a vida do indivíduo, percebe-se uma limitação na própria autonomia da vontade nas normas de direito privado.

Diante dessa realidade de proteção constitucional do consumidor, inclusive consagrando a vulnerabilidade deste, pretende-se debater a questão do risco do desenvolvimento perante a sociedade atual que anseia a aquisição de novos produtos de forma cada vez mais rápida, sem ao menos ter-se a certeza sobre os impactos que causará.

Nesse panorama, não há como se esquecer de que os riscos são onipresentes e daí decorre o dilema entre assunção de risco e a ética da responsabilidade cada vez mais exigida na sociedade contemporânea, mas ao mesmo tempo deve-se buscar a inserção de limites aceitáveis para que não haja superproteção ao consumidor e não se tolha o próprio desenvolvimento.

Nessa linha de argumentação, não se pode *a priori* imputar ao fornecedor, à vítima ou ao próprio Estado suportar o dano decorrente do novo produto disponibilizado

---

[6]Julgado do Tribunal do Paraná consagra a função social no direito privado: "Apelação cível – Revisional de contrato – Sistema Financeiro da Habitação – Função social do contrato – Código de Defesa do Consumidor – Contrato de adesão – Plano de equivalência salarial – Inversão do ônus da prova – Taxa de juros – Capitalização – Índice de reajuste das prestações – Substituição da TR pelo INPC. 1. Os contratos de financiamento habitacional devem cumprir com sua função social. Prevista constitucionalmente, ela instrumentaliza-se por princípios esculpidos no Código de Defesa do Consumidor, a saber o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva. 2. As relações jurídicas geradas pelos contratos do SFH revelam-se como de consumo, seja porque as instituições financeiras caracterizam-se como fornecedoras, seja pela presença da vulnerabilidade dos mutuários, caracterizando-os como consumidores. " (TAPR – AP. Cív. 190.834-5 – rel. Juíza Rosana Fachin, j.16.10.2002).

no mercado, ainda que na sociedade de consumo não faça sentido se invocar a responsabilidade subjetiva no âmbito do CDC; há que se admitir excludentes de responsabilidade.

No caso dos riscos do desenvolvimento, a responsabilização do fornecedor ou sua exclusão é traçada por insegurança e dúvidas, sendo, indiscutivelmente prova diabólica para o fornecedor a busca, em todo o mercado, da potencialidade de risco do produto.

Não se distinguirá, nesse aspecto, empresas de grande e pequeno porte e, sem dúvida, esta última será imensamente prejudicada na comprovação de que não existiam pesquisas, suficientes que pudessem comprovar a insegurança do produto.

1.1. Dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais surgiram da conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias do cristianismo e do direito natural. Essas ideias encontravam ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.

Sem dúvida, o Estado tem por objetivo primordial a valorização da própria pessoa, sendo a incidência dos direitos fundamentais, tendo caráter supremo dentro do ente estatal. [7]

---

[7]Guilherme Magalhães Martins elucida que: "O Código de Defesa do Consumidor identifica um novo sujeito de direitos especiais, o consumidor, construindo um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos e deflagrando, desde o início da sua vigência, um grande repensar crítico no direito privado.
Trata-se da realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado para o consumidor (CR, art. 5], XXXII). Essa localização topográfica do direito do consumidor no texto constitucional o consagra como cláusula pétrea, a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído. O consumidor foi ainda identificado constitucionalmente, no art. 28 do ADCT, como agente a ser protegido de forma especial.(...) Em face da doutrina dos direitos fundamentais estabelecida por Robert Alexy, o direito do consumidor pode ser identificado na categoria dos *direitos à proteção*, exercidos em face do Estado para que este proteja o seu titular das intervenções de terceiros.
Essa proteção deve ser exercida pelo Estado, contra as intervenções de terceiros cabendo ao ente estatal, ao mesmo tempo, promover a defesa desse direito.
Os direitos fundamentais, ensina o professor alemão Dieter Grimm, não se prestam apenas à defesa do cidadão contra o Estado (efeito imediato), mas também protegem o indivíduo nas relações privadas, produzindo efeitos sobre terceiros ("*drittewirkung"*). Essa eficácia nas relações de direito privado se dá por meio da interpretação das normas legais, em especial das cláusulas gerais.

A noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da própria ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular.[8]

Os antecedentes históricos das declarações de direitos humanos fundamentais mais importantes encontram-se na Inglaterra, no século XIII, na *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra, a qual previa, entre outras garantias, a proporcionalidade entre delito e sanção, previsão do devido processo legal e livre acesso à justiça.

Já no início do século XX, os diplomas constitucionais foram marcados pelas preocupações sociais. No Brasil, a Constituição do Império já previa um extenso rol de direitos fundamentais. No artigo 179, por exemplo, 35 incisos consagravam direitos e garantias individuais.

Vale lembrar que a Constituição francesa, em 1791, incluiu em seu preâmbulo: "O povo francês convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis."

Alexandre de Moraes define direitos humanos fundamentais como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.[9]

Tupinambá Nascimento, por outro lado, afirma que não é fácil a definição de direitos humanos, e qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir, para o leitor, a exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência.[10]

Para Claudia Lima Marques, faz-se mister distinguir entre as funções do direito do consumidor: para as pessoas físicas (art.1º, III, CR-88), não se trata apenas de princípio de ordem econômica ou direito econômico social (art.170, CR), mas de um direito fundamental, direito humano positivado.
Para as pessoas físicas, trata-se de um direito fundamental. Para os demais agentes econômicos, especialmente pessoas jurídicas, trata-se especialmente de um sistema limitador da livre iniciativa do art.170, *caput*, da CR-88, sistema orientador da ordem econômica constitucional brasileira."

[8]MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.

[9]Id. Ibid., p. 21.

[10]NASCIMENTO, Tupinambá. *Comentários à Constituição Federal.* Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997. p. 211.

Diante da sua importância, destacam-se algumas características: imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade.

No título II da Constituição Federal de 1988 há a previsão dos direitos individuais e coletivos, que correspondem ao conceito de pessoa e sua própria personalidade, como a vida, a dignidade e a honra.

É inegável a importância para os indivíduos, mas há que se ponderar que é indispensável a sua relativização a fim de servir de salvaguarda de práticas ilícitas.[11]

O artigo 29 da Declaração dos Direitos Humanos trouxe essa relativização:

> "toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração."

Os direitos fundamentais surgem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, entretanto, desconhecerem a subordinação do indivíduo ao Estado.

Dessa forma, o Estado deve ser o promotor da defesa do consumidor, proteção de sua pessoa e de seus interesses existenciais, mesmo porque para se alcançar o ideal do justo, o direito privado necessita de um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado.

---

[11]Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: " está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas." (6ª T. – RHC nº 2.777-0/RJ – rel. Min. Pedro Acioli – *Ementário STJ*, 08/721).

1.2. Da importância do estudo do risco do desenvolvimento

A sociedade contemporânea se caracteriza pelo "fenômeno de massa", e, do ponto de vista econômico, a produção é uma produção de massa e, obviamente, o consumo tipicamente de massa. Isso significa dizer que um equívoco de uma pessoa ou de uma empresa envolve milhares de indivíduos, ou seja, basta que um produto apresente um mínimo defeito e milhares de consumidores serão atingidos.

A importância do estudo do risco do desenvolvimento justifica-se, por um lado, pelos inúmeros danos decorrentes da utilização de produtos que na época em que foram introduzidos no mercado não era possível detectar a sua capacidade lesiva e, por outro, que não é possível eliminar toda e qualquer insegurança do mercado, pois, sem dúvida, seria uma missão impossível.

A questão demonstra a sua relevância, pois há o desejo da vítima de não ficar exposta a um ato danoso de eventual fabricante, e questiona-se se efetivamente havia defeito no produto a ponto de responsabilizar o fornecedor, tendo em vista que, na época em que o produto foi introduzido, o estágio mais avançado da ciência não poderia detectar o potencial lesivo.

Em matéria de proteção de saúde e segurança dos consumidores, vige a noção geral da expectativa legítima, ou seja, as expectativas são legítimas no momento em que são confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época mostram-se plausíveis, justificadas e reais. O impasse é justamente em delimitar o alcance desse princípio geral da segurança dos bens de consumo.

De fato, os riscos são onipresentes na sociedade; daí a importância de estabelecer se limites aceitáveis diante da infinidade de hipóteses que podem lesionar outrem, como por exemplo, alimentos transgênicos[12], cosméticos e medicamentos e até mesmo o ambiente de trabalho.[13]

---

[12]O termo transgênico foi popularizado, mas na verdade, o termo mais correto e abrangente é organismos geneticamente modificados.

[13]Fernando Salvador Moreno, Maria Aparecida Lopes da Costa e Thomas Prates Ong ressaltam que: "Em 1879, foi estabelecida uma relação entre a ocupação profissional e o câncer, Harting e Hesse estabeleciam uma relação com os trabalhadores mineiros da região Floresta Negra, na Alemanha e o câncer de pulmão, cerca de 75% desses trabalhadores morriam por esse motivo. A causa indicada para estes casos foi a radiação oriunda do urânio das minas. No caso de trabalhadores da indústria de corantes, mais especificamente anilina, Rehn relatava, em 1895, uma relação entre o câncer de bexiga e esse tipo de

Com efeito, com o progresso econômico e social houve um “boom” de ações para proteção do consumidor contra riscos dos produtos, pois se espera segurança máxima, e nessa linha de argumentação define-se como risco até mesmo aquilo que é normal.

O anseio por técnicas cada vez mais avançadas a fim de acompanhar a insatisfação do ser humano faz com que o homem se aventure a suprir vontades e necessidades.

O grande dilema que se coloca no campo do risco do desenvolvimento é quem deve suportar o dano, já que o produtor não tem condições de saber os potenciais danos.

As dúvidas que surgem são inúmeras: de ordem ética, temporal, jurídica e econômica e não se trata de limitar a polêmica apenas sobre quem deve suportar o prejuízo: os consumidores ou os fornecedores.

Estudo aprofundado sobre o tema torna-se imprescindível diante de uma sociedade que convive diariamente com o aumento indiscriminado de produtos lançados no mercado.

Para ilustrar a problemática é válido recordar os problemas causados pela talidomida, remédio utilizado para combater náuseas, prescrito para muitas gestantes, na década de 50 e 60, que acarretou o nascimento de bebês com graves deformações congênitas. Nesse caso, os testes, ainda que numerosos, não conseguiram detectar quaisquer efeitos colaterais.[14]

Indiscutivelmente, toda inovação é bem-vinda desde que estudo cauteloso tenha sido feito a fim de apurar eventual impacto maléfico na vida dos homens e ainda provoca

---

ocupação, sendo sua causa o contato com aminas aromáticas, sobretudo a naftalina (Greenwald e Greenwald, 1983 *apud* Hazelwood, 1987).
Nesse contexto, Keshavae Ong (1999) ressalta que o ambiente de trabalho pode ser, em muitos casos, fonte de exposição a centenas de agentes nocivos à saúde, como pós e partículas, fumaças e fluidos, fibras, radiação e substâncias químicas.” (HIRATA, Mario Hiroyuki; MANCINI FILHO, Jorge. *Manual de biossegurança.* Barueri: Manole, 2008).

[14]Outro acontecimento lembrado por Maria Angélica Benetti Araújo ocorreu em 1937, quando mais de cem pessoas morreram por insuficiência renal devido ao uso de dietilenoglicol contido no xarope de sulfanilamida. Em 1950, a má utilização de isoproterenol em aerosol, por pacientes asmáticos, levou a uma série de mortes, principalmente na Inglaterra. Entre os casos mais recentes, cita-se o da proibição da venda, no Brasil, de todos os medicamentos que contenham rofecoxibe, princípio ativo do antiinflamatório e analgésico Vioxx, sucesso medicinal desde 1999. Após estudos clínicos conseguiu-se apurar que pacientes tratados com Vioxx por mais de 18 (dezoito) meses correriam mais riscos de ter problemas cardíacos do que os que tomaram placebo. (ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Riscos de desenvolvimento à luz das novas tendências da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 31, jul./set. 2007-Padma, p.42).

resistência ao uso em razão da dúvida na segurança do produto, muitas vezes pela inintelegibilidade das bulas dos medicamentos, por exemplo.[15]

De uma maneira geral, não há produto ou serviço totalmente seguro, e constata-se que os bens de consumo carregam consigo um resíduo de insegurança. Em regra, o direito atua quando a insegurança ultrapassa o patamar da normalidade e da previsibilidade do risco, no caso do direito do consumidor, quando a legítima expectativa do consumidor foi atingida, ou seja, a insegurança está em desacordo com esta. Sendo assim, todo bem de consumo traz em si o elemento "capacidade de causar acidente", mas para que seja objeto desse ramo do direito é imprescindível que esteja em desconformidade com a expectativa legítima do consumidor.

Questiona-se se realmente o defeito se apresentou, já que o consumidor não teria sido alertado pelo fornecedor do potencial dano que poderia acarretar à sociedade, mas, por outro lado, nenhuma pesquisa até então realizada foi conclusiva no sentido de ocorrência de possíveis danos. Ou ainda há que se ponderar que muitas vezes o próprio Estado permite a comercialização, por exemplo, no caso, de medicamentos.

Tal estudo se reveste de extrema importância diante de uma sociedade massificada e complexa, que depende consideravelmente da indústria e produtos de grande escala para sobreviver. Os dilemas são, de fato, inúmeros e muito condizentes com o mundo globalizado.

Com efeito, a automatização, a produção em série, bem como a distribuição em cadeia, por meio da cisão entre a produção e o comércio são aspectos relevantes, pois, indiscutivelmente, os produtos industrializados há muito tempo deixaram de ser singulares e individualizados.

---

[15]Flavio Finardi Filho e Regina Sorrentino Minazzi Rodrigues asseveram que: "As técnicas de manipulação genética empregadas no desenvolvimento de novas variedades de microrganismos, plantas e animais têm demonstrado um alto potencial para aumentar a produção e a disponibilidade de alimentos, bem como de aumentar o teor de nutrientes em alimentos consumidos por uma grande parcela da população de baixa renda (ABC, 2000). Mas toda inovação conduz a uma reação de resistência ao uso, fundamentada na dúvida da segurança. De modo semelhante ao que ocorreu com a Revolução Verde, que inovou os procedimentos agrícolas e trouxe incertezas quanto à inocuidade dos insumos empregados na lavoura, a tecnologia do DNA recombinante (rDNA) também suscita desconfiança sobre a segurança em consumi-los diariamente. Afinal, esta tecnologia quebrou a barreira natural, que limitava o cruzamento apenas entre indivíduos da mesma espécie, passando a permitir a incorporação de genes até de seres de reinos diferentes, como os de bactérias em plantas e os de animais em microrganismos. Paralelamente possibilita a reintrodução de um gene no tecido de origem após modificação ou mutação *in vitro.*" (HIRATA, Mario Hiroyuki; MANCINI FILHO, Jorge. op. cit.).

A fabricação em massa dos produtos leva a todo o cidadão o risco de exposição, vez que todos são potenciais lesados ao adquirir determinado produto, sendo impossível mensurar o dano que ele possa vir a gerar.

Diante disso, é imprescindível analisar a importância do nexo de causalidade na responsabilidade civil do produtor, tendo em vista que o CDC não adotou a teoria do risco integral. Impreterivelmente o defeito precisa ser comprovado para que o fornecedor seja responsabilizado. É necessário provar a existência do defeito para que o consumidor seja reparado.

Se para o ramo do direito do consumidor é imprescindível que haja a desconformidade com a sua expectativa legítima, é preciso se questionar se no risco do desenvolvimento houve essa ofensa, ou seja, se a expectativa do consumidor foi efetivamente atingida. Sendo assim, a legítima expectativa deve ser analisada sob o aspecto coletivo da sociedade e não individual, do consumidor-vítima.

1.3. Origem do direito do consumidor

1.3.1. Início do desenvolvimento industrial

Retrospectiva, ainda que superficial, do desenvolvimento industrial demonstra-se imprescindível para entender o próprio ramo do Direito do Consumidor.[16]

A utilização de máquinas em grande escala surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra, acompanhada de mudanças nos métodos de produção, conhecida como Revolução Industrial.

---

[16]Newton De Lucca identifica três fases de evolução da proteção do consumidor: “Na primeira delas, ocorrida após a 2ª Grande Guerra, de caráter incipiente, na qual ainda não se distinguiam os interesses dos fornecedores e consumidores, havendo apenas uma preocupação com o preço, a informação e a rotulação adequada dos produtos.
Na segunda fase, já se questionava com firmeza a atitude de menoscabo que as grandes empresas e as multinacionais tinham em relação aos consumidores, sobressaindo-se, na época, a figura do famoso advogado americano Ralph Nader.
Finalmente, na terceira fase, correspondente aos dias atuais, de mais amplo espectro filosófico – marcada por consciência ética mais clara da ecologia e da cidadania, interroga-se sobre o destino da humanidade, conduzido pelo torvelinho de uma tecnologia absolutamente triunfante e pelo consumismo exagerado, desastrado e trêfego, que põe em risco a própria morada do homem.” (DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*: teoria geral da relação jurídica de consumo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 47-48).

Antes da introdução de máquinas, a produção de um trabalhador estava, na maioria das vezes, limitada pela força de seus músculos, combinada com a habilidade na utilização de ferramentas manuais.

Com efeito, a máquina excedia a força do homem que operava. Um homem utilizando uma máquina poderia produzir muitas vezes mais do que utilizando os velhos métodos, tornando possível a melhora na qualidade de muitos produtos, a redução de custos e o aumento da produção por operário.

Os efeitos industriais vão se estendendo a toda ordem econômica e, consequentemente, à ordem social, que determinam as condições de crescimento e distribuição das riquezas.

A produção ininterrupta torna-se a lei de todas as empresas e o volume se torna essencial para o incremento das vendas, com o intuito de atingir o lucro.[17] Nessa seara surge a necessidade de uma grande empresa dinâmica e organizada, dando certeza ao mercado em economias de escala, sendo possível prever o início e o seu término, minimizando, de alguma forma, as flutuações do mercado.

A ampliação da circulação trouxe grande progresso e incentivo ao consumo, pois os objetos então inacessíveis, em virtude do alto preço, passaram a ser adquiridos pelos consumidores.[18]

Havia crescente produção em massa, o que criou uma sociedade mais rica e mais complexa; ao se ingressar na era da opulência, mudou-se o objeto central das preocupações político-econômicas, que passou da falta de produção para a busca na qualidade dos produtos ou mercadorias distribuídos no mercado.

---

[17]Paul Mantoux assevera que: " o vencedor é aquele que consegue, apesar de seus rivais, ampliar seu campo de operações, encontrar, ainda e sempre, novos mercados. A ambição dos produtores torna-os aventureiros: os recantos mais longíquos, os continentes recém-explorados, tornam-se suas presas. O mundo inteiro nada mais é do que um só e imenso mercado, que as grandes indústrias de todos os países disputam como a um campo de batalha." (MANTOUX, Paul. *A revolução industrial no século XVIII.* São Paulo: Unesp, 1985. p. 3).

[18]Thomas Sowell assevera: "There are some relatively simple, but important, principles of economics which together help explain how a complex society of millions of human beings suply one another with the countless goods and services that sustain, enhance, and prolong their lives. Since we know that the key task facing any economy is the allocation of scarce resources which have alternative uses, the next question is: How does an economy do that?" (SOWELL, Thomas. *Basic economics*: a common sense guide to the economy. 3. ed. New York: Basic Books, 2007. p. 11) Tradução livre: "Existem alguns relativamente simples, mas importantes, princípios econômicos que juntos ajudam a explicar como a complexa sociedade de milhões de seres humanos abastecem uns aos outros com inúmeras mercadorias e serviços que sustentam, melhoram e prolongam suas vidas. Uma vez que sabemos que o elemento-chave para encarar qualquer economia é a alocação de escassas fontes as quais têm usos alternativos, a próxima questão é: Como a economia faz isto?"

Deixou-se de lado a fabricação de produtos singulares com características específicas para um mercado pequeno e restrito para dar lugar a produtos idênticos e padronizados. Verifica-se também que o fator de multiplicação de produtos complexos e sofisticados pode às vezes incapacitar o consumidor na identificação da nocividade do produto. Diante dessa realidade houve o ingresso da figura do consumidor nos textos constitucionais, como objeto de especial cuidado e proteção por parte dos órgãos públicos.[19]

Em 1978, a Constituição espanhola é a primeira a se ocupar do tema; em seu artigo 51 dispõe que: "os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde, e os legítimos interesses econômicos dos mesmos."

Vale lembrar que em 1962, o Presidente Kennedy definiu que todos são consumidores em algum momento de suas vidas, inevitavelmente, os indivíduos terão o *status* de consumidores, situação da qual se pode extrair quatro direitos fundamentais: o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito de ser ouvido ou consultado. É direito típico das sociedades capitalistas industrializadas, sendo os riscos do progresso, na medida do possível compensados por uma legislação protetiva.

No Brasil, a Constituição de 1988 consagra a defesa do consumidor no inciso XXXII do artigo 5º e estabelece que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" e no inciso V do artigo 170 eleva à condição de princípio da ordem Econômica a defesa do consumidor.[20]

A origem tutelar do direito do consumidor se origina na CF e posteriormente no Código de Defesa do Consumidor; expressamente o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina que o legislador ordinário institua regramento para o Código de Defesa e Proteção do Consumidor: "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição elaborará código de defesa do consumidor."

---

[19]COMPARATO, Fabio Konder. (A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988, cit., p. 70).

[20]O artigo 170 dispõe: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais, VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País."

Houve o surgimento de nova política governamental, segundo a qual não era mais aceitável que o lucro fosse atingido a qualquer custo como se pretendia. Por exemplo, no final do século XVII, Sir Josiah Child, o qual, foi governador da *East India Company*, sustentava que o empresário produtor devia ser considerado único juiz da qualidade dos produtos. Em suas palavras: "Se quisermos conquistar o mercado mundial devemos imitar os holandeses, que fabricam tanto as melhores quanto as piores mercadorias; é somente assim que poderemos satisfazer todos os mercados e todos os gostos."[21]

Por força dos dispositivos constitucionalmente previstos, percebe-se a mudança de preocupação do lucro para a dignidade da pessoa do consumidor, esta, inclusive, alçada a princípio constitucional previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

Gustavo Tepedino observa que o que se busca: "é proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor como uma categoria de *per se* considerada, instrumentalizando-se seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e valores existenciais." [22]

Eros Grau, da mesma forma, refere-se ao tema, asseverando: "A dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput* - 'a ordem econômica (...) tem por fim assegurar a todos existência digna')."[23]

Por sua vez, José Afonso da Silva esclarece que a dignidade prevista na Constituição Federal

> "obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo, se reduzir o sentido de dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade'individual, ignorando-a quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais."[24]

---

[21]COMPARATO, Fabio Konder. op. cit., p. 67.

[22]TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: _____. *Temas de direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 250.

[23]GRAU, Eros. *Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988.* 1990. Tese (Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990. p. 216.

[24]SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 93.

1.4. Sociedade de consumo

A sociedade contemporânea é caracterizada pelo fenômeno de massa, o que torna difícil equacionar o conceito de justiça com a sociedade de consumo, pois, sem dúvida, tal fato tornou-se um desafio.

Com efeito, o consumo é parte indissociável do cotidiano de todas as pessoas, pelos mais variados motivos, que vão desde a efetiva necessidade até o simples desejo de adquirir.

Jean Beauchard define a sociedade de consumo como a sociedade de relativa abundância, na qual se encontram satisfeitas as necessidades elementares do maior número de pessoas e onde os consumidores têm, disponível para consumo, aspirações não consideradas essenciais, tais como lazer, conforto, estética e cultura.[25]

Ao invés de se ter o profissional se conformando com as instruções do consumidor, a sociedade de consumo que se apresenta é aquela em que a necessidade se adapta ao produto. Ugo Carnevali alerta para a potencialidade danosa com a mudança estrutural da sociedade; o que representava defeito isolado de um produto singular pode se transformar em um perigo de dano, que acompanha os produtos fabricados pelo empresário.[26]

Não há como eliminar totalmente os acidentes de consumo, a não ser com a supressão do próprio bem, em algumas hipóteses, ou, em outros casos, com a destruição de uma ou algumas de suas qualidades essenciais. De fato, com o aumento da mecanização da produção, proporcionalmente, aumentaram os riscos.

Diante do cenário atual, a tarefa demonstra-se árdua, espelhando uma complexa industrialização, desencadeada pelas inovações e transformações socioeconômicas marcantes e profundas.

Por meio da extrema massificação da produção, da distribuição e do consumo como um todo, foi possível notar a mudança da economia e da proteção do consumidor.

A sociedade que se apresenta hoje é anônima, complexa e desigual. Anônima em razão do desconhecimento do produtor dos bens e do prestador de serviços. Complexa pela

---

[25]BEAUCHARD, Jean. *Droit de la distribuition et de la consommation.* Paris: PUF, 1996. (Coll. Thémis).
[26]CARVENALI, Ugo. *La responsabilitá del produttore.* Milano: Giuffrè, 1974. p. 3.

ignorância do procedimento adotado e, por último, desigual, em razão da preponderância econômica, jurídica e técnica do fornecedor. Em virtude desses três aspectos, conclui-se que um controle do mercado e uma intervenção estatal efetivos seriam necessários.[27]

O aparecimento de um defeito pode prejudicar milhares de pessoas, o que acarretará um "dano de massa" e, consequentemente, exigirá resposta protetiva, que deverá tutelar o consumidor.

Nesse compasso, o Estado assumiu papel social mais intenso - o de Estado interventor - a fim de garantir os direitos e interesses dos consumidores.

De fato, anteriormente o próprio mecanismo do mercado regulava os interesses deste, na medida em que as empresas se viam obrigadas a baixar os preços e a melhorar a qualidade dos produtos.

Em razão do princípio da igualdade opunha-se à concessão de qualquer privilégio, pois todos os homens são iguais, produtor e consumidor eram considerados em pé de igualdade.

Com o liberalismo econômico exigia-se um forte abstencionismo do Estado, cabendo aos particulares a regulação econômica. Prestigiava-se a liberdade do comércio e da indústria. De fato, o individualismo estava avesso ao caráter associativo e à intervenção estatal.

Apenas aos poucos houve uma preocupação de proteção dos consumidores; contudo, inicialmente essa proteção foi feita de forma indireta e reflexa do consumidor, através da proibição de concorrência desleal.

Atualmente, há um caráter protecionista do consumidor, em busca do equilíbrio entre a empresa, de um lado, e os consumidores "hipossuficientes", de outro.

Surgiu a sociedade de consumo. O Estado, movido por considerações de caráter social e de natureza política, atualmente intervém para corrigir excessos e proteger o mais fraco, sem, contudo, burocratizar a economia, impedir a iniciativa privada ou até mesmo considerar o consumidor um incapaz, dependente de proteção e assistência para todas as suas vontades.

---

[27]MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 28, p. 60-61, out./dez. 1998.

No fundo, houve a necessidade de adequação do direito tradicional às novas realidades. Pretende-se a adaptação e melhoria do direito dos contratos, do direito das obrigações.

Dessa forma, o livre jogo da oferta e da procura é substituído por um dirigismo privado. A proteção do consumidor é justificada pela desigualdade de poder (*bargaining power*).

1.4.1. Tutela do consumidor

Como visto no tópico anterior, a necessidade de regulamentação nasceu da prática da sociedade de massa, sob o manto de princípios e valores comuns, de origem constitucional. [28]

---

[28]Guido Alpa e Mario Bessone destacam os problemas da sociedade de massa: "Queste due finalità sono particolarmente evidenti in materia di circolazione di prodotti difettosi. I fenomeni di produzione e distribuzione di massa espongono, il pubblico a rischi sempre più gravi, dovuti ad errori tecnici, *defaillances* del processo produttivo, negligenze dei dipendenti, che, in vario modo, sono imputabili all'organizzazione dei fattori produttivi. In assenza di una legislazione adeguata, è compito delle regole di diritto privato (e, in particolare, dei principi di responsabilità civile) disciplinare questi fenomeni, e distribuire, nel modo più economico, tra tutti i soggetti della catena di produzione e diffusione della merce, i costi connessi con le conseguenze dannose dell'uso di prodotti difettosi. Ed esaminata nella prospettiva della tutela del consumatore, la disciplina vigente non apare soddisfacente.
In ogni ordinamento la circolazione di prodotti difettosi infatti è stata assoggettata alla disciplina prevista – in materia di vendita o di responsabilità civile – dai codici e dalle regole consolidate dalla tradizione. Ed è evidente che principi e regole accreditati in epoca risalente non possono risultare adeguati ai complessi fenomeni del consumo, che, nei sistema capitalisti, richiedono norme intese a realizzare un delicato compromesso tra tutela del pubblico e interessi dell'impresa, protezione dei valori della salute e dell'integrità fisica e dei valori di libertà dell'iniziativa privata.
Ovunque si assiste, pertanto, ad una revisione delle regole della tradizione, che costituisce uno degli aspetti più rilevanti dell' evoluzione che contrassegna ordinamenti codificati e sistemi di *case law.* Informata ad esigenze di tutela del pubblico, questa revisione ha portato all'affermazione di princìpi di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) che accollano all'impresa il rischio di danni ai consumatori. Diverse le tecniche e le regole aplicate, diverso il processo storico di adeguamento delle norme ai fenomeni del consumatore che investono anche il problema della diffusione di prodotti difettosi." Em tradução livre: "Estas duas finalidades são particularmente evidentes em matéria de circulação de bens defeituosos. Os fenômenos de produção e distribuição de massa expõem o público a riscos sempre mais graves, devido a erros técnicos, *defaillances* do processo produtivo, negligências dos empregados, que, de forma variada, são imputáveis à organização dos fatores produtivos. Na ausência de uma legislação adequada, é dever das regras de direito privado (e, particularmente, dos princípios de responsabilidade civil) disciplinar esses fenômenos, e distribuir, no modo mais econômico, entre todos os sujeitos da cadeia de produção e difusão das mercadorias, os custos vinculados com as consequências danosas do uso dos produtos defeituosos. E examinada na perspectiva da tutela do consumidor, a disciplina vigente não parece satisfatória. Em cada ordenamento, a circulação de produtos defeituosos de fato estava submetida à matéria prevista – matéria de venda ou de responsabilidade civil nos códigos e nas regras tradicionalmente consolidadas. E é evidente que princípio e normas válidas em épocas passadas não podem resultar adequados aos complexos fenômenos do consumo, que, nos sistemas capitalistas, clamam por normas destinadas a realizar delicado

J. M. Othon Sidou, na década de 70, antes mesmo da elaboração do Código, já identificava a necessidade de proteger o consumidor na sociedade de consumo. Segundo o autor, a proteção ao consumidor importa num complexo no qual se manifesta uma multidão de situações e problemas que, se por um lado identificam-se na natureza econômica e em certos aspectos jurídicos, por outro, diversificam-se em configuração polimórfica, importância incalculável e intensidade imponderável.[29]

Diante da constatação da desigualdade de posição e de direitos entre o consumidor e o fornecedor, houve a constatação da insuficiência de outros ramos do direito, como por exemplo, direito civil e direito comercial, no âmbito do direito privado e no direito público, penal e administrativo para a proteção do consumidor.

É possível explicar o direito do consumidor pela evolução e relativização dos dogmas do próprio direito privado, tais como, a autonomia da vontade, o contrato, os poderes do crédito e o *pacta sunt servanda*.

Para Claudia Lima Marques, existem três maneiras de analisar o direito do consumidor, no Brasil. A primeira foi por meio de introdução sistemática, sistema de valores e direitos fundamentais que a Constituição Federal de 1988 impôs no Brasil. A segunda, mediante a filosofia de proteção dos mais fracos ou do princípio tutelar *favor debilis*, que orienta o direito dogmaticamente, em especial as normas do direito que se aplicam a esta relação de consumo. Por fim, para a autora, a terceira poderia ser denominada de introdução socioeconômica ao direito do consumidor.

Sob a ótica sistemática, o direito do consumidor é reflexo dos direitos constitucionalmente garantidos. Em outras palavras, a CF de 1988 seria a origem de codificação tutelar dos consumidores no Brasil, sob mandamento constitucional, o de promover a defesa dos consumidores, nos termos do inciso XXXII artigo 5º da CF; de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio

---

compromisso entre a tutela do interesse público e os interesses da empresa, proteção dos valores da saúde e da integridade física e dos valores de liberdade da iniciativa privada.
Em todo lugar se presencia, portanto, a uma revisão das regras da tradição, que constitui um dos aspectos mais relevantes da evolução que distingue os ordenamentos codificados e sistemas de *case law*.
Informada pela exigência da tutela do público, esta revisão trouxe a afirmação dos princípios de responsabilidade (contratual e extracontratual) que (....) à empresa e risco dos danos aos consumidores. Diversas as técnicas e as regras aplicadas, diverso é o processo histórico da adequação das normas aos fenômenos do consumo que assumem também o problema da difusão de produtos defeituosos. (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità del produttore.* Milano: Giuffrè, 1987. p. 1-2).

[29]SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 1.

imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária "defesa" do sujeito de direitos do "consumidor".

A supracitada autora entende que certos são aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade - um direito privado solidário. Em sua opinião, a Constituição seria a garantia e o limite, centro valorativo, de um direito privado construído sob seu sistema de valores e no qual se inclui a defesa do consumidor.[30]

A proteção do consumidor consistiria da autonomia da vontade dos fortes em relação aos vulneráveis *debilis,* para construir um novo direito privado mais consciente de sua função social.

O princípio do *favor debilis* é a superação da ideia de que basta a igualdade formal, como se encontrava no direito civil do século XIX; é o próprio reconhecimento de que alguns são mais fortes ou ainda que possuem posição jurídica favorável, transferem mais facilmente seus riscos e custos profissionais para os outros.[31]

É a presunção de vulnerabilidade, prevista no inciso I do artigo 4º do CDC, seja porque têm mais informações, são profissionais ou têm posição jurídica mais forte, pois em geral os outros são leigos e supostamente vítimas mais fáceis de abusos.

De fato, para alcançar a igualdade material é necessário limitar também a liberdade de alguns e estabelecer uma maior solidariedade no mercado *favor debilis* e assegurar direitos indisponíveis por vontade das partes, ou seja, direitos de ordem pública aos mais fracos.[32][33]

---

[30]MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

[31]Id. Ibid., p. 31.

[32]Claudia Lima Marques observa com acuidade: " Em outras palavras, igualdade supõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso, como na relação entre o leigo e o profissional, o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços. A igualdade só pode ser abordada sob o ponto de vista de uma comparação. Eis aqui o desafio maior do direito privado brasileiro atual, em face da unificação do regime das obrigações civis e comerciais no Código Civil de 2002 e em face do mandamento constitucional de discriminar positivamente e tutelar de forma especial os direitos dos consumidores (art.5º, XXXII, da CF/88), também em suas relações civis. A igualdade perante a lei e a igualdade na lei só podem realizar-se hoje, no direito privado brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor, e se for efetivo um direito tutelar do consumidor, daí a importância desta nova visão tripartite do direito privado, que é centrada na dignidade da pessoa humana e na idéia de proteção do vulnerável, o consumidor." (Id. Ibid., p. 33).

[33]Celso Antônio Bandeira de Mello observa: "A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma:qual o critério legitimamente manipulável – sem

Hans Kelsen elucida:

> "A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres."[34]

O princípio de proteção do consumidor fez com que alguns dogmas fossem relativizados, tais como autonomia da vontade e força obrigatória dos contratos para que ocorresse uma interpretação integrativa. As mudanças sociais e econômicas na produção e distribuição dos produtos levaram à regulação especial do consumo, não colocando mais o consumidor na posição de "rei" do mercado.[35]

A tendência é a valorização dos direitos humanos fundamentais e dos novos papéis sociais e econômicos, que a doutrina alemã denomina de *Solidarprivatrech*, ou

---

agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006).

[34]KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução francesa da 2. ed. por Ch. Einsenmann, Paris: Dalloz, 1962. p. 190.

[35]Nesse mesmo sentido Guido Alpa: "In altri termini, il consumatore non è piú il re del mercato (...); oggi (...) non soltanto non regna ma stenta a difendersi non solo dagli 'imperi' delle grandi imprese industriali, ma anche dai piccoli e pur fastidiosissimi "ducati" e "contee" che affollano la rete della distribuzione. In modi diversi, queste forze allontanano il mercato dal servizio del consumatore. Il consumatore diventa uno strumento della produzione; ed il mercato, lungi da riflettere direttive ispirate alla massima linertà degli operatori, apare come il luogo dove si registrano le prevaricazioni delle grandi imprese. In tal modo l'economia si svilupa non per canali dipendenti da libere e consapevoli scelte delle persone singole o dei grupi sociali, quali realtà autonome, ma per l' influsso continuo e assillante delle esigenze della strutura oligopolista a cui l'intera società viene, quasi inconsapevolmente, strumentalizzata."

Tradução livre: Em outros termos, o consumidor não é mais o rei do mercado; hoje não somente não reina, mas custa a defender-se dos impérios das grandes empresas industriais como também dos pequenos e exigentes "ducados" e "condados" que incluem a rede da distribuição. De modos diversos, essas forças distanciam o mercado do serviço ao consumidor. O consumidor se torna um instrumento da produção; e o mercado, longe de refletir diretivas inspiradas pela máxima clareza dos operadores, surge como o lugar onde se registram as prevaricações das grandes empresas. De tal modo, a economia se desenvolve não por canais dependentes de escolhas livres e conscientes de indivíduos ou grupos sociais, realidades autônomas, mas pelo influxo contínuo e obsessivo da estrutura oligopolista pela qual a inteira sociedade vem, quase inconscientemente, sendo explorada.

Em outro modo, estas forças afastam o mercado do serviço do consumidor. O consumidor torna um instrumento da produção; e o mercado.

(ALPA, Guido. *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa.* Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977. p. 15).

"direito privado solidário" usada por Hannes Rosler, em *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*.[36]

O inciso I do artigo 6º assegura um direito de proteção da vida, saúde e segurança, como os mais elementares direitos do consumidor, sendo que se está diante de uma sociedade de risco. Além disso, o CDC garante a liberdade de escolha na hora da contratação, até para que se evite a discriminação de consumidores, bem como o direito à informação, à transparência e boa-fé e proteção contratual.

Deu-se nova roupagem ao direito privado ao se priorizar a igualdade dos mais fracos, com concretas medidas de proteção e com o objetivo de se alcançar a solidariedade, que seria intermediária entre o interesse centrado em si e o interesse voltado para o outro. Houve a conscientização da função social do direito privado onde a Constituição é o ápice de todo o direito.[37]

Nos artigos posteriores houve a consagração da teoria da qualidade, não apenas qualidade-segurança, mas também qualidade-adequação dos produtos. Os fornecedores têm o dever de colocar no mercado produtos e serviços que sejam considerados seguros e, em razão disso, foi possível afirmar que houve a quebra da *summa divisia* entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Com efeito, o fator principal consiste em

---

[36]MARQUES, Claudia Lima. op. cit., p. 27.

[37]Claudia Lima Marques com acuidade ensina que: "Esta elevação à Constituição Federal de matérias originariamente apenas tratadas em leis infraconstitucionais de direito privado, como as relações privadas e de consumo, facilita identificar eficácias das normas constitucionais às relações privadas, isto é, uma influência recíproca entre os direitos públicos e privado, a partir da CF 88, destacando a função social do direito privado, como previa Gierke. Mencione-se que este fenômeno, de "migração" dos princípios do direito civil para o direito constitucional, pode ser visto de duas maneiras. Ou *negativamente*, seja como uma perda de "autonomia" valorativa do direito privado, antes centro científico do direito, uma vez que sua racionalidade teria sido "colonizada" pelos valores da Constituição, seja como uma abertura sistemática ampla para uma superrevisão (*Superrevision* – Schwabe, P. 470), que afetaria a "segurança juridica" dos negócios entre privados. Ou pode ser vista, como aqui estamos a fazer, *positivamente*, como uma garantia reforçada da *instituição* do direito privado, por exemplo, uma garantia da proteção dos interesses do consumidor na relação frente aos agentes do sistema financeiro nacional em suas relações obrigacionais contratuais e extracontratuais, uma garantia da própria segurança jurídica (proteção dos direitos adquiridos, proibição de retrocesso, proibição de exagero ou *Übermassverbot* ou proporcionalidade – veja SARLET, Ingo. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: BERMUDES, Sérgio et al. *Constituição e segurança jurídica:* direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, cit, p. 85 e ss.). E também como um *limite à atuação dos privados* (veja MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: analise da Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 33 e ss., abr./jun. 1999), que assegura proteção aos mais fracos e ordem harmônica na sociedade, segundo valores máximos constitucionalizados, garantindo uum direito de proteção contra o abuso do direito, contra o exercício para lá dos fins sociais e econômicos do contrato, dos bons costumes ou da boa-fé, que assegura a própria autonomia do indivíduo e a dignidade nas relações com os mais fortes." (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 29).

assegurar proteção a toda cadeia de consumidores, sejam eles contratantes diretos, por meio da responsabilidade contratual ou não. Sendo assim, o mercado de consumo exige que haja qualidade e segurança dos produtos e serviços, fruto do princípio de confiança e de segurança.[38]

Por outro lado, Newton de Lucca com precisão pondera que o direito do consumidor não pode ser compreendido apenas como disciplina tutelar e a ponto de apenas reconhecer que o fundamento axiológico de todo o direito nada mais seria do que a *submissão estrutural* mencionada por Norbert Reich.[39]

Afirma que, a par dessa inquestionável *submissão estrutural* diante da vulnerabilidade do consumidor e da realidade da empresa, o consumidor deve ser encarado como um elo fundamental para que o ciclo das relações econômicas seja completado. Indaga-se, ainda, a extensão, o conteúdo e o significado do movimento deflagrado no mundo, em favor do consumidor, mesmo porque a própria empresa, com o seu dinamismo e poder de transformação, até mesmo pode servir como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea.

---

[38]Roger Bowles com acuidade pondera: "La regolamentazione della qualità del prodotto è molto estesa. Il significato del termine prodotto è in questo caso estremamente ampio e comprende ogni sorta di beni e di servizi. La base logica per imporre um minimo di standard qualitativi su molti tipi di prodotto poggia non tanto sul fatto che il bene abbia una qualità adeguata quanto sul fatto che può essere meno costoso e più sicuro che i test qualitativi siano espletati da ispetori pubblici piuttosto che dai consumatori stessi. I soggetti che comprano un'automobile non devono preoccuparsi tropo, giacché se la macchina dovesse dare dimostrazione di essere difettosa, grazie alla struttura dei contratti che regolano tali vendite, possono facilmente pretendere che questa sia riparata o sostituita. Quando un soggetto compra una nuova casa può però essere più costoso fare ricorso ai mezzi di tutela accordata all'acquirente contro gli eventuali inconvenienti. Questi ultimi possono manifestarsi dopo molto tempo o può essere difficile stabilire con chiarezza se il difetto è dovuto alla negligenza dell'apaltatore o, peggio, del subapaltatore. Ispettori pubblici che controllano la costruzione durante la sua edificazione e che assicurano il rispetto delle norme dettate dalla disciplina edilizia potrebbero rapresentare una soluzione poco costosa a questo problema. I costruttori onesti per esempio accoglieranno favorevelmente questa regolamentazione poiché ridurrebbe il campo d'azione di chi costruisce case di cattiva qualità per poi scomparire dalla scena e andare a commerciare in un posto diverso o sotto falso nome." Em tradução livre, o autor: A regulamentação da qualidade do produto é muito ampla. O significado do termo produto, é neste caso, extremamente extenso e compreende toda a sorte de bens e serviços. A base lógica para impor um mínimo de patamar qualitativo a muitos tipos de produtos se fundamenta não tanto no fato de que o bem tenha uma qualidade adequada quanto no fato de que pode ser menos custoso e mais seguro que os testes de qualidade sejam levados a cabo por inspetores públicos do que pelos próprios consumidores. Os indivíduos que compram um automóvel não devem se preocupar muito, já que se o carro der demonstração de ser defeituoso, graças à estrutura dos contratos que regulam tais vendas, podem facilmente pretender que este seja consertado ou substituído. Quando um sujeito adquire uma casa nova pode ser mais custoso recorrer aos meios de tutela atribuída ao adquirente contra os eventuais inconvenientes. Estes últimos podem se manifestar depois de muito tempo ou pode ser difícil estabelecer com clareza se o defeito se deve à negligência do empreiteiro ou pior, do subempreiteiro. Inspetores públicos que controlam a construção durante sua edificação e que asseguram o respeito às normas impostas pela disciplina edílica poderiam representar uma solução menos custosa a este problema. Os construtores honestos, por exemplo, acolherão favoravelmente essa regulamentação, pois reduziria o campo de ação de quem constrói casas de má qualidade para depois desaparecer de cena e comercializar em outro lugar ou sob nome falso. (BOWLES, Roger. *Diritto e economia.* Bologna: Il Mulino, 1985. p. 233).

[39]DE LUCCA, Newton. op. cit., p. 66.

O supracitado autor, ainda assim, admite que o direito mercantil moderno não está mais confinado a legitimar a estrutura de poder econômico apenas representada pela classe empresarial, pois o Estado Social tem o direito de deslocar, das mãos dos empresários, o eixo de rotação do mercado, não o deixando apenas no cerne exclusivo da produção, mas deslocando-o para o binômio produção/consumo.[40]

Jean Calais-Auloy mostra que existem duas concepções básicas, sendo uma aplicável ao ato de consumo e a outra, que o direito do consumo seria o conjunto de regras aplicáveis à proteção dos consumidores.[41]

De fato, o poder econômico tem sua função social, de serviço à coletividade e, em última análise, o mercado é sempre organizado em razão do consumidor, mesmo porque está fundamentado em um regime de produção essencialmente concorrencial. Com efeito, o monopólio é sempre combatido.[42]

Dessa forma, impõe-se esclarecer que o direito do consumidor, muito embora esteja fundamentalmente voltado a protegê-lo, já que se encontra em posição de vulnerabilidade, não pode ser o único amparado, na medida em que não é o personagem exclusivo dessa relação jurídica.

---

[40]DE LUCCA, Newton. op. cit., p. 68.

[41]Vale transcrever as palavras do autor: "Le droit de la consommation comprendra, dans cet ouvrage, non seulement les règles aplicables aux actes de consommation, mais encore celles qui tendent à protéger les consommateurs, même si elles n s'apliquent pas directement à eux." (CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation.* 4. ed. Paris: Dalloz, 1996. n. 2).
Em tradução livre: "O direito do consumo compreende, nesta obra, não somente as regras aplicáveis aos atos de consumo, mas também aquelas que objetivam proteger os consumidores, mesmo se elas não se aplicam diretamente a eles."

[42]Fabio Konder Comparato também elucida a questão do binômio produção/consumo: Os economistas contemporâneos modernos estão em vias de liquidar a noção clássica de mercado, sobre a qual se fundou toda a análise econômica não marxista desde Adam Smith. Na concepção tradicional, o mercado sempre organizado em função do consumidor, cujas decisões fundamentam, em última análise, a correspondência entre ofertas e demandas, num regime de produção essencialmente concorrencial. A situação de monopólio é considerada excepcional e combatida como autêntica aberração. Hoje, reconhece-se que o mercado de bens, serviços e de força-trabalho é formado pelas decisões do conjunto de empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem todas as demais unidades, pequenas ou médias. As relações que se estabelecem entre esses setores, o nuclear e o periférico, são em tudo análogas ao relacionamento entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. O poder econômico, portanto, é a regra e não a exceção. Ora, a finalidade última desse poder, do qual todos nós dependemos, não pode ser apenas, nem principalmente, a produção e a partilha de lucros entre proprietários e capitalistas; não deve ser, tampouco, assegurar ao empresário um nível de elevada retribuição econômica e social. O poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade. (COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975. Tese de concurso para provimento do cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 406).

CAPÍTULO VI. CONCLUSÃO

O trabalho procurou demonstrar a importância do estudo do risco do desenvolvimento, na medida em que inúmeros danos decorrentes da utilização de produtos no mercado, dos quais não foi possível detectar a capacidade lesiva.

A discussão é acirrada e ambos os lados, tanto o da responsabilização do fornecedor, quanto o da excludente de responsabilidade, têm motivos consistentes para embasar suas teorias. Por isso a análise deve ser feita com cautela, na medida em que o problema é facilmente identificado, principalmente, na atividade das indústrias farmacêuticas. Com efeito, muitas vezes, ao ser elaborada uma fórmula não foi possível a visualização dos perigos de determinada substância.

A legítima expectativa de segurança deve ser protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com os conhecimentos científicos de determinada época da imprevisibilidade do defeito. Com efeito, o critério decisivo é que o produto satisfaça as legítimas expectativas de segurança do público consumidor no momento de sua colocação no mercado.

Além disso, o fornecedor não pode se tornar um “segurador universal” do próprio produto, ao menos, não isoladamente, pois o Estado, muitas vezes participa, nem que seja apenas na autorização da comercialização.

O ordenamento jurídico brasileiro não adotou expressamente a excludente, muito embora alguns doutrinadores entendam que o rol de excludentes de responsabilidade do CDC seja taxativo, o que, não parece ser o mais correto, pois o caso fortuito e a força maior também podem ser elencados como causas de excludente de responsabilidade. Da mesma forma, pode ser considerado o risco do desenvolvimento, o que parece ser o mais razoável, caso contrário, a legítima expectativa do consumidor será supervalorizada.

Diante da omissão na legislação pátria, a controvérsia se mostra viva e longe de ser resolvida da forma mais justa, seja para os consumidores, seja para os fornecedores e até mesmo para a sociedade.

De fato, a comprovação de que o fornecedor não tinha conhecimento do alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, de acordo com parâmetros universais, consubstancia, justificadamente, isenção de sua responsabilidade. Essa

conclusão se obtém da interpretação, *a contrario senso*, do artigo 10 do CDC que proíbe o fornecedor de colocar no mercado produto ou serviço que sabe, ou deveria saber, apresentar algum grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. Logo, se o fornecedor comprovar que havia impossibilidade objetiva da identificação dos riscos do produto, diante do mais avançado estágio da ciência e da técnica, a exoneração de responsabilidade parece ser o caminho mais correto.

A imprevisibilidade e a impossibilidade de se calcular os danos decorrentes de tais riscos tornaria a carga pesada para o fornecedor e impediria, da mesma forma, a realização de seguro. Seria um desestímulo para o desenvolvimento de novos produtos, ou seja, haveria a paralisação do progresso tecnológico.

Porém, a discussão não se limita na aplicação ou não da excludente de responsabilidade, mas talvez na necessidade de se criar um novo perfil para a responsabilidade civil, voltado para a diluição dos danos, consequentemente, para a solidariedade. Com efeito, a repartição dos riscos parece ser a melhor solução em casos como o da total incognoscibilidade do defeito, principalmente, nos casos de remédios, tendo em vista todos os recursos necessários para sua elaboração.

A fim de se encontrar um equilíbrio na controvérsia, talvez, fosse viável a criação de um fundo garantidor para que todas as empresas fabricantes de determinado produto e, da mesma forma, o Estado, sejam obrigados a contribuir para que, na eventualidade de um dano ocasionado pelo risco do desenvolvimento, as vítimas não ficassem desamparadas. E, assim, não se desrespeitaria o princípio fundamental do CDC, qual seja, a proteção do consumidor, hipossuficiente. De outro lado, nenhum fornecedor seria obrigado a arcar com ônus excessivo, decorrente de dano que não tinha condições de evitar.

É impossível eliminar totalmente os acidentes de consumo, a não ser com a supressão do próprio bem, em algumas hipóteses, ou, em outros casos, com a destruição de uma ou algumas de suas qualidades essenciais.

Não se pode esquecer que a própria vida humana é uma atividade de driblar riscos, é impossível viver sem a assunção daqueles. O direito não tem força para eliminá-los totalmente, a sua função é de apenas controlá-los ou minimizá-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo.* Milano: Giuffrè, 1971. v. 1.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores.* Coimbra: Almedina, 1982.

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALPA, Guido. *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa.* Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977.

_____; BESSONE, Mario. *La responsabilità del produttore.* Milano: Giuffrè, 1987.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências.* São Paulo: Saraiva, 1965.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Responsabilidade civil por fato do produto no Código de Defesa do Consumidor.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALVIM, Pedro. O contrato de seguro. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Riscos de desenvolvimento à luz das novas tendências da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 31, jul./set. 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Revista Trimestral de Direito Civil,* Rio de Janeiro, v. 32, out./dez. 2003.

BEAUCHARD, Jean. *Droit de la distribuition et de la consommation.* Paris: PUF, 1996. (Coll. Thémis).

BENJAMIN, Antônio Herman. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

BOWLES, Roger. *Diritto e economia.* Bologna: Il Mulino, 1985.

CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation.* 4. ed. Paris: Dalloz, 1996.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra, 1984. v. 1.

CARVENALI, Ugo. *La responsabilitá del produttore.* Milano: Giuffrè, 1974.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade*: o poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAVES, Richard E.; FRANKEL, Jeffrey A.; JONES, Ronald W. *Economia internacional*: comércio e transações globais. Tradução Cecília Camargo Bartalotti, Celio Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. In: NERY, Rosa Maria; DONINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil*: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975. Tese de concurso para provimento do cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 29, n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DE CICCO, Maria Cristina. A pessoa e o mercado. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. Atlas, 2008.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1996. v. 1.

DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*: teoria geral da relação jurídica de consumo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 11. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil comentado.* Coordenador até a 5. ed. Ricardo Fiuza., 6. ed. rev. e atual., coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

DORNELES, Renato Moreira. A intervenção estatal brasileira nas relações de consumo: estrutura legislativa e fundamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 54, abr./jun. 2004.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 70, jul./set. 2009.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. O concorrente como consumidor equiparado: proteção ao consumidor contra práticas abusivas por meio do diálogo entre o CDC e as normas concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, ano 17, n. 67, jul./set. 2008.

FERRAZ, Antônio Camargo; MILARÉ, Édis; NERY JÚNIOR, Nelson. *Ação civil pública:*aspectos sócio-jurídicos de sua imprescindibilidade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor.* São Paulo: Atlas, 2007.

FORGIONI, Paula. *A evolução do direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004.

FREITAS, Juarez. *Direitos humanos e democracia.* Coordenadores Clèmerson Merlin, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Coutinho Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GATES, Bill. *A empresa na velocidade do pensamento*: com um sistema nervoso digital. Tradução Pedro Maia Soares, Gabriel Tranjan Neto; assessoria técnica Sylvia Meraviglia Crivelli. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

GIANASI, Anna Luiza de Castro. As relações de consumo e o princípio da transparência: uma proposta de integração jurídico-normativa para o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 15, abr./jun. 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos.* 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GRAU, Eros. *Contribuição para a interpretação e a crítica da ordem econômica na Constituição de 1988*. 1990. Tese (Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

_____. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, p. 183-189, jan./mar. 1993.

GRINOVER, Ada Pelegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* - Comentados pelos autores do anteprojeto, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*: cumprimento imperfeito do contrato. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

HENKE, Wilhelm. *Das subjektive öffentliche Recht*. Tübingen, 1968.

HERNANDEZ, Carlos A; FRUSTAGLI, Sandra A. Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 243-265, jul./set. 2008.

HIRATA, Mario Hiroyuki; MANCINI FILHO, Jorge. *Manual de biossegurança.* Barueri: Manole, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Responsabilidade pressuposta.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Uma análise da autonomia privada e o fenômeno da globalização e seus efeitos no direito constitucional e no direito internacional privado. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional:* cadernos 1. São Paulo: Max Limonad, 1999.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione.* Milano: Giuffrè, 1976.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução francesa da 2. ed. por Ch. Einsenmann, Paris: Dalloz, 1962.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco.* 2. ed. rev.e atual. pelo Prof.Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos:* a experiência brasileira do tabaco. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional.* São Paulo: Max. Limonad, 1999. (Cadernos 1).

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais.* Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

MANTOUX, Paul. *A revolução industrial no século XVIII.* São Paulo: Unesp, 1985.

MARCONDES, Sylvio. *Da atividade negocial*: empresários e sociedades Problemas de Direito Mercantil, Max Limonad.

_____. *Problemas de direito mercantil.* São Paulo: Max Limonad.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito administrativo.* 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 28, p. 59-67, out./dez. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: analise da Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 33-44, abr./jun. 1999.

MERLIN, Clèmerson; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords). *Direitos humanos e democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTEIRO, Antonio Pinto. *RTDC*: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 30, abr./jun. 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional.* 15. ed. São Paulo: Altas, 2004.

_____. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORALES, Mirta. *Un estudio comparativo de la protección legislativa del consumidor en el ambito interno de los paises del Mercosur.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NASCIMENTO, Tupinambá. *Comentários à Constituição Federal.* Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Direito ambiental e direito do consumidor: polêmica dos transgênicos. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, ano 17, n. 66, abr./jun. 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito.* Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

PISANO, Gary P. *Science business*: the promisse, the reality, and the future of biotech. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 2006.

PUSCHEL, Flavia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no CDC*: acidentes de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.* Campinas: Bookseller, 2000.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo.* Coimbra: Almedina, 1981.

SARLET, Ingo. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes. et al. *Constituição e segurança jurídica:* direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2ª edição. São Paulo: Ed. Forum.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de segurança.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Flexibilização do nexo causal em relações de consumo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de direito do consumidor.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *RTDC*: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, n. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de direito do seguro.* São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA**,** João Calvão da. *Compra e venda de coisas defeituosas*: conformidade e segurança. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Responsabilidade civil do produtor.* Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa.* São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUZA, James Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, n. 6, p. 118-133, abr./jun. 1993.

_____. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, ano 17, n. 67, jul./set. 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SOWELL, Thomas. *Basic economics*: a common sense guide to the economy. 3. ed. New York: Basic Books, 2007.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*: (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TADEU, Silney Alves. As dimensões do consumo: reflexões para uma teoria compreensiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 56, out./dez. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. *Problemas de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O futuro da responsabilidade civil. In: _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.

_____. A responsabilidade por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: _____. *Temas de direito civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. 3.

TOMAZETTE, Marlon. *Direito societário.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TRENTINI, Flávia. *Fauna, políticas públicas e instrumentos legais* = Wildlife protection: policy and legal instruments. Organizado por Antonio Herman Benjamin. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004.

UMBREIT, Myron; HUNT, Elgin; KINTER, Charles. *Economia*: princípios e problemas. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1957.

ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparada entre o CDC e o CC/2002. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 58, abr./jun. 2006.