

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL PUCPR/UNIOESTE**

LUIS MIGUEL BARUDI DE MATOS

**RISCO DE DESENVOLVIMENTO, RESPONSABILIDADE CIVIL DO
FORNECEDOR DE PRODUTOS E SEGURANÇA DA SOCIEDADE DE
CONSUMO**

CURITIBA

2011

LUIS MIGUEL BARUDI DE MATOS

**RISCO DE DESENVOLVIMENTO, RESPONSABILIDADE CIVIL DO
FORNECEDOR DE PRODUTOS E SEGURANÇA DA SOCIEDADE DE
CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Efig

CURITIBA

2011

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

M433r
2011

Matos, Luis Miguel Barudi de
Risco de desenvolvimento, responsabilidade civil do fornecedor de produtos e segurança da sociedade de consumo / Luis Miguel Barudi de Matos ; orientador, Antônio Carlos Efig. – 2011.
106 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011
Bibliografia: f. 101-106

1. Defesa do consumidor. 2. Responsabilidade (Direito). 3. Sociedade de consumo. 4. Fornecedores. I. Efig, Antônio Carlos. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Universidade Estadual do Oeste do Paraná. IV. Título.

LUIS MIGUEL BARUDI DE MATOS

**RISCO DE DESENVOLVIMENTO, RESPONSABILIDADE CIVIL DO
FORNECEDOR DE PRODUTOS E SEGURANÇA DA SOCIEDADE DE
CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestrado Interinstitucional PUCPR/UNIOESTE, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof^ª. Dr^ª. Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira
Centro Universitário Curitiba

Curitiba, 30 de junho de 2011.

À Michele, sol da minha vida e luz do meu caminho.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Antônio Carlos Efig, pela forma simples e objetiva de sua orientação, sempre transmitindo confiança e incentivando a realização deste trabalho, mesmo nos momentos de dificuldade.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR pelo comprometimento e dedicação durante o curso e, em especial, pelo auxílio e apoio em momentos decisivos.

Aos amigos Marcos e Alda Affornalli, Andréa Benedetti, Oscar Maciel e Priscila Lini, pelo apoio nas horas de incerteza e por compartilhar os momentos de alegria.

Às queridas Eva Curelo e Verônica Krauss pela atenção e carinho que me foi dispensado.

Às amigas e colegas de Unioeste, Maria Erni, Áurea e Flávia, pela paciência e compreensão nesse período.

Ao meu pai, José Luiz (*in memoriam*), que, apesar de não possuir educação formal avançada, sempre primou pela necessidade e importância desta para a formação dos filhos como indivíduos e cidadãos. À minha mãe, Maria Dominga, pelas horas dispensadas na árdua tarefa de nos tornar melhores.

Aos meus filhos, Luis Guilherme e Maria Vitória, pela compreensão e amor incondicional.

RESUMO

A sociedade contemporânea caracterizada pela exacerbação da produção de riscos e do consumo massificado e globalizado exige do Direito respostas e atitudes inovadoras frente às demandas sociais e jurídicas surgidas a partir dessa realidade. Nesse contexto sobressai a criação do microssistema do Direito do Consumidor, trazendo consigo uma abordagem protetiva e impositiva específica e adequada ao trato das relações de consumo. Nesse ramo jurídico autônomo se inserem institutos que são comuns a outros ramos do direito, tendo como exemplo a responsabilidade civil, incluída no Código de Defesa do Consumidor sob regime de imputação objetiva, mitigada pela exposição taxativa de hipóteses excludentes. No âmbito da responsabilidade civil do fornecedor persiste a discussão quanto à adoção ou não da teoria do risco de desenvolvimento dentro dessas excludentes de responsabilidade frente à vulnerabilidade do consumidor e às garantias de segurança e adequação dos produtos dispostos no mercado de consumo. A análise realizada conclui que não se pode reconhecer o risco de desenvolvimento como eximentes de responsabilidade civil dos fornecedores, sob pena de serem atingidos os direitos e as garantias do consumidor. Um dos fundamentos encontrados para essa leitura é a conclusão de que o princípio da precaução, a par de outros fundamentos doutrinários, é instrumento apto a imputar a responsabilidade ao fornecedor, considerando para tanto, que ambos os institutos, da precaução e do risco de desenvolvimento têm seu fundamento na incerteza científica e na evolução tecnológica, estando intimamente relacionados.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-modernidade. Sociedade de risco e Sociedade de consumo. Segurança e proteção do consumidor. Responsabilidade civil. Risco de desenvolvimento. Princípio da precaução.

ABSTRACT

Contemporary society, characterized by the exacerbation of risk production and the globalized and massive consumption, demands from the Law innovative answers and attitudes to face social and juridical demands resultant from this reality. In this context the creation of a micro system of Consumers Law excels, bringing along an specific protective and imposing approach towards the tract of consumption relations. In this autonomous juridical field, institutes which are common to other fields of Law are inserted, as for example, civil responsibility, included in the Consumers Defense Code under the principles of objective imputation, mitigated by the restrictive exhibition of excluding hypothesis. In the area of the supplier's civil responsibility implies the discussion on whether adopting or not the development risk theory inside those which are responsibility excluding in face of the consumers vulnerability and the safety and appropriate guaranties of the products available in the consumer market. The present analysis concludes that one cannot recognize the risk of development as excluding the civil responsibility of the suppliers, on the risk of affecting the rights and guaranties of the consumers. One of the foundations of this reading is the conclusion that the principle of precaution, in parallel with other doctrinaire principles, is the apt instrument to input the responsibility to the supplier, and for achieving so, it is important that both institutes, precaution and development risk have as foundation the scientific vagueness and technological evolution, which are intimately intertwined.

KEYWORDS: Post-modernity. Risk society and consumers society. Consumers safety and protection. Civil responsibility. Development Risk. Principle of Precaution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 PÓS-MODERNIDADE, SOCIEDADE DE RISCO E SOCIEDADE DE CONSUMO	15
2.1 O SURGIMENTO DA PÓS-MODERNIDADE, ALTERAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O PAPEL DO DIREITO NESSA NOVA CONJUNTURA SOCIAL	15
2.1.1 Modernidade, pós-modernidade ou transmodernidade.....	16
2.1.2 Pós-modernidade e globalização	18
2.1.3 A reestruturação das relações sociais na pós-modernidade e o papel do direito	19
2.2 SOCIEDADE DE RISCO E SOCIEDADE DE CONSUMO: EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E SUAS INCERTEZAS	22
2.2.1 A sociedade de risco	23
2.2.2 A incerteza da razão científica.....	27
2.2.3 A sociedade de consumo.....	29
2.2.4 Princípio da precaução: conceito e abrangência	34
3 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INSERÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	41
3.1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	41
3.1.1 Da responsabilidade sem culpa à culpa como fundamento da responsabilidade civil: da vingança à reparação	41
3.1.2 Da responsabilidade civil subjetiva à responsabilidade civil objetiva: da vinculação do dano exclusivamente à existência da culpa à presunção ou desconsideração da culpa para reparação do dano	50
3.1.3 Responsabilidade civil no código civil brasileiro: a influência dos valores constitucionais e a inserção de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva ..	55

3.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL: SEGURANÇA DO CONSUMIDOR COMO PARADIGMA DE RESPONSABILIZAÇÃO.....	58
3.2.1 Código de defesa do consumidor e responsabilidade civil	58
3.2.2 Segurança das relações de consumo e incorporação do princípio da precaução pelo código de defesa do consumidor em observância do paradigma da dignidade humana.....	74
4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DE DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO	80
4.1 RISCO DE DESENVOLVIMENTO E PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....	81
4.1.1 A ampliação da aplicação do princípio da precaução ao sistema de responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento objetivando a prevenção da ocorrência de danos.....	81
4.1.2 Teoria do risco de desenvolvimento: seu acolhimento ou não como excludente de responsabilidade civil do fornecedor pela doutrina brasileira	87
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS	102

1 INTRODUÇÃO

O contexto social contemporâneo é marcado pela constante evolução científica e tecnológica, percebida por meio da descoberta de novos medicamentos, compostos químicos e produtos alimentares; pela inovação tecnológica em máquinas e equipamentos, sistemas de informação e comunicação, que, aliados a novas técnicas de produção industrial e agrícola, inserem no mercado de consumo produtos e serviços altamente avançados para padrões que até pouco tempo serviam de parâmetro para as decisões dos consumidores.

Essa constelação de novos produtos e novas tecnologias é produzida e disponibilizada ao consumo de forma massificada, auxiliados que são os fornecedores pelo sistema de mercado global, no qual tanto produção como comercialização não mais adotam os limitadores espaciais e temporais que se viam antigamente.

Tal realidade social é denominada majoritariamente como pós-modernidade, sendo que suas características se sobressaem a partir de um momento de evolução da própria industrialização capitalista decorrente da Revolução Industrial e da globalização do mercado.

Concomitantemente com os avanços científicos e tecnológicos e em decorrência desses, a pós-modernidade impõe à sociedade global uma série incomensurável de riscos, que podem, a contar de sua dimensão, afetar o meio ambiente e as pessoas nos mais diversos aspectos. Numa visão mais aprofundada, pode-se afirmar que alguns desses riscos apresentam potencial destruidor de tamanha envergadura que, em caso de sua concretização, os danos decorrentes seriam capazes de determinar até mesmo o extermínio da vida no planeta.

Esses mesmos riscos, determináveis ou não, acabam por ter sua proliferação aumentada exponencialmente pelo acesso facilitado dos consumidores aos bens e à tecnologia advindos da evolução científica e distribuídos pela comercialização em massa e globalizada. Assim, tem-se que a sociedade pós-moderna se apresenta em dimensões diversas e inter-relacionadas, sendo que o presente trabalho abordará a pós-modernidade em suas dimensões como sociedade de risco e sociedade de consumo, adotando essas premissas como motivadoras do estudo do tema da responsabilidade

civil do fornecedor pelo risco do desenvolvimento e a aplicação do princípio da precaução nas relações de consumo.

Partindo desse ponto, tem-se que risco e consumo analisados de forma interativa acabam por evidenciar a importância social, econômica e jurídica dessa relação, fato que foi percebido pela doutrina jurídica, que passou ao estudo das relações de consumo com base nas suas características e na sua influência no contexto social, estudando os conflitos de interesses envolvidos e as soluções dadas e possíveis para buscar o equilíbrio entre as partes e a almejada paz social.

Percebeu-se que o Direito, no patamar em que se encontrava não atendia a essas novas demandas da sociedade de consumo e de risco, em especial quanto ao tratamento dado ao tema pelo Direito Civil e suas premissas obrigacionais, contratuais e de responsabilização. Em razão dessa constatação nasce o microsistema do Direito do Consumidor, com natureza de norma cogente, de ordem pública e interesse social.

O novo ramo do Direito passa a tutelar as relações de consumo sob prisma próprio e adequado às suas especificidades, adotando princípios que buscam, acima de tudo, proteger o consumidor quanto à sua saúde e segurança, com a adoção da presunção legal da vulnerabilidade deste frente ao fornecedor. Nessa nova abordagem jurídica, também o instituto da responsabilidade civil teve adequações à realidade consumerista, com a exclusão da culpa como fundamento de responsabilização, adotando o regime de responsabilidade objetiva mitigada, alicerçada na teoria do risco da atividade.

No âmbito da responsabilidade civil surge o questionamento quanto aos riscos de desenvolvimento de novos produtos e serviços, decorrentes da aplicação da ciência e da técnica a serviço da produção de bens. A questão tem relevância ao se constatar que, em muitas ocasiões produtos e serviços considerados inicialmente seguros à saúde e segurança dos consumidores, com o uso e o surgimento de novas tecnologias e do avanço científico, se mostraram capazes de provocar danos substanciais às pessoas, especialmente no campo dos medicamentos e alimentos.

Entretanto, a princípio, os fornecedores, no momento da inserção desses produtos e serviços no mercado consumidor, não tinham ciência dos possíveis danos que posteriormente se produziram e não possuíam condições de conhecê-los em face do estágio da técnica e da ciência naquele momento.

Daí o questionamento se essa condição específica, do risco de desenvolvimento, poderia ser tratada como excludente da responsabilidade civil objetiva do fornecedor no âmbito do CDC e, ainda, se a essa responsabilidade pode ser aplicado o princípio da precaução, advindo inicialmente do Direito Ambiental. E é essa a problemática a ser analisada pelo presente trabalho.

Propõe-se, assim, a abordagem do tema sob o ponto de vista jurídico doutrinário e da legislação, mas com vistas aos aspectos sociológicos expostos inicialmente, que se referem à sociedade de risco e de consumo, buscando responder ao questionamento indicado. Utilizando o método dedutivo, o estudo se concentra em algumas ideias centrais: a pós-modernidade e suas dimensões como sociedade de risco e sociedade de consumo, a segurança do consumidor e sua vulnerabilidade, a evolução do instituto da responsabilidade civil e sua inserção no Código de Defesa do Consumidor, a teoria do Risco de Desenvolvimento e sua adoção ou não pelo Código de Defesa do Consumidor e o Princípio da Precaução como pressuposto de responsabilização do fornecedor. Para esse fim, o trabalho divide-se em três capítulos.

O primeiro capítulo destina-se a abordar o atual estágio da sociedade contemporânea, analisando os pressupostos da pós-modernidade, sua complexidade e reflexividade, com as incertezas da ciência advindas da evolução reflexiva, adentrando ao tema da sociedade de risco e de consumo e o surgimento do princípio da precaução como instrumento de gestão de riscos nesse contexto social.

O segundo capítulo aborda o instituto da responsabilidade civil, seu início na antiguidade e a evolução percebida até o atual momento. Inicialmente a análise se dá pelo prisma do Direito Civil, passando à sua adoção e ao regime adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, passando pela análise de seus fundamentos na culpa e no risco, chegando na objetivação da responsabilidade inserida no Direito do Consumidor.

O terceiro capítulo aborda a teoria do risco de desenvolvimento desde seu surgimento até a atualidade, com sua adoção pela legislação estrangeira e sua inserção no Código de Defesa do Consumidor. Dessa primeira contextualização, passa-se a analisar a possibilidade de adoção do risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade do fornecedor e a possibilidade de aplicação do princípio da precaução como fundamento de responsabilidade civil objetiva nas relações de consumo.

Ao final, como resultado do estudo dos temas propostos e dos questionamentos iniciais, expõem-se as considerações acerca das muitas dúvidas surgidas no caminho traçado e as respostas obtidas. Respostas que servem muito mais a incitar novos questionamentos do que a dar uma solução definitiva às discussões apresentadas.

2 PÓS-MODERNIDADE, SOCIEDADE DE RISCO E SOCIEDADE DE CONSUMO

2.1 O SURGIMENTO DA PÓS-MODERNIDADE, ALTERAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O PAPEL DO DIREITO NESSA NOVA CONJUNTURA SOCIAL

A opção deste estudo por contextualizar de forma sintética o atual momento no qual se insere a sociedade, com vistas a conceitos como modernidade, pós-modernidade ou transmodernidade tem por objetivo situar a discussão acerca do tema central proposto que é a responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento de produtos e sua comercialização sem a devida comprovação da segurança de sua utilização, colocando em risco a vida e a saúde do consumidor¹.

Com esse fim, não se propõe o aprofundamento nas teorias sociais fundamentadoras de tal assertiva, tomando-se por marco teórico deste tópico a concepção de pós-modernidade, com a adoção das diversas concepções doutrinárias² sobre a formulação de novas formas de relações sociais decorrentes do atual estágio da sociedade, entendida em suas dimensões como *sociedade de risco*³ e *sociedade de consumo*⁴. Sob esse prisma é que se analisa o papel do Direito nessa conjuntura socioeconômica, sendo aquele entendido como a instituição capaz de mediar as relações sociais contemporâneas, já com vistas ao desenvolvimento do restante do estudo, objetivando a análise do tema *responsabilidade civil do fornecedor frente ao risco de desenvolvimento*.

O Direito, em especial no que se refere ao objeto proposto para o presente trabalho – responsabilidade civil do fornecedor – tende a se apresentar como protagonista nessa inter-relação entre sociedade e mercado, ou de forma específica,

¹ Conforme Ney Stany Morais Maranhão é preciso se afastar do ideal de análise do Direito apartado de sua ambiência social, cultural, política ou filosófica, adotando, ao contrário, uma visão interdisciplinar que tornará possível uma análise madura e coerente com a complexidade própria do homem. (MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Método, 2010, p. 9)

² Sobre o tema se utilizarão as obras de Anthony Giddens, Boaventura Souza Santos, Luiz Fernando Coelho e Jean-François Lyotard como orientação doutrinária.

³ Acerca da *sociedade de risco*, utiliza-se a obra de Ulrich Beck como marco teórico.

⁴ Para o estudo da *sociedade de consumo*, utiliza-se a obra de Jean Baudrillard e de Livia Barbosa.

entre consumidor e fornecedor, mediando as relações de consumo por meio da responsabilização destes últimos pelos riscos potenciais e danos concretos imputados aos consumidores.

2.1.1 Modernidade, pós-modernidade ou transmodernidade

Considera-se que a humanidade, atualmente, se encontra em período evolutivo social e econômico denominado por Luiz Fernando Coelho de *transmodernidade*⁵, sendo este novo ciclo marcado pela transição da *modernidade/pós-modernidade* para um estágio posterior, sendo que essa transição não provocou, propriamente, rompimento com o anterior, apenas momento de transição para um futuro incerto e indefinido.

Segundo o autor, para compreensão do fenômeno da transmodernidade se faz necessário examinar os vínculos históricos que unem a realidade social atual às épocas anteriores. Nesse contexto⁶, a passagem da modernidade para a pós-modernidade se dá quando se soma ao domínio da tecnologia o domínio da informação.

Nesse mesmo raciocínio, de que o atual momento social decorre da evolução da própria modernidade, encontra-se Boaventura de Souza Santos⁷⁻⁸, para

⁵ Segundo o autor: “Embora em geral se fale em modernidade para aludir às grandes transformações ocorridas no século passado, as ciências humanas caracterizam a contemporaneidade como *pós-modernidade*. Mas esta já é em si uma fase de transição, que, ao consolidar-se à medida que se estratificam as novas formas de vida social desenvolvidas nesse período, perde as características historiográficas que a caracterizaram como pós-modernidade, e transformam-se em nova fase. A esta, pelos motivos a seguir expostos, prefiro empregar o termo *transmodernidade*. (COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**. 2ª ed., 1ª reimpr.. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30).

⁶ Para o Coelho, “a modernidade teve seu momento culminante no consumismo, entendido como a necessidade incutida nos indivíduos de buscar incessantemente novos produtos, fomentado pela concepção de riqueza das nações como a capacidade de produzir bens em escala, somando-se a esses fatores o estímulo ao consumo de massa mediante a utilização de meios de comunicação e informação. A utilização da informação proporciona a introdução de novos produtos no mercado de consumo, dotados dos avanços tecnológicos advindos da ciência, produzindo um nova revolução industrial, que caracteriza a pós-modernidade.” (COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**, p. 31-32).

⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 41-42.

⁸ Nesse sentido o pensamento de Gilles Lipovetsky, que utiliza o termo “hipermodernidade”, caracterizado pela percepção de exacerbação de algumas características da própria modernidade, não sendo percebida uma clara ruptura entre ambas realidades sociais (LIPOVETSKY, Gilles. **Em tempos**

quem vive-se numa sociedade de transição paradigmática que traz desafios por uma nova racionalidade ativa, divorciada de certezas paradigmáticas, movida pela inquietude que ela própria propicia. Segundo o autor, o termo pós-modernidade é equivocado, mas na ausência de outro mais adequado permanece em uso, não caracterizando, entretanto, a ruptura da modernidade, apenas uma transição a estágio ainda desconhecido⁹.

Por esse prisma de evolução ou transição, altera-se drasticamente o modo de vida dos indivíduos, o funcionamento das sociedades e o papel das instituições, dentre elas do Direito. Com o advento do capitalismo pós-industrial e da globalização, com a relativização das fronteiras geográficas e temporais ocorre uma quebra de paradigma, que determinaria a chegada da *pós-modernidade* e suas conseqüências para o sistema social.

Nessa realidade, tem-se o avanço exponencial das tecnologias de informação e de comunicação, que se consubstancia no fator decisivo para a implementação da sociedade globalizada, na qual a existência de fronteiras geográficas e a contagem do tempo são relativizadas frente à liberdade e celeridade na troca de informações e do conhecimento.

Sobre essa transformação da sociedade e a velocidade com que se implementa, Mark Latham¹⁰ afirma que, ao contrário das mudanças trazidas pela Revolução Industrial e que foram absorvidas pela sociedade ao longo de várias gerações, a era da informação é incutida em apenas uma, percebendo-se a tendência de definir a sociedade como ela costumava ser, utilizando-se os termos pós-industrial, pós-fordista, pós-tradicional.

Essa nova sociedade globalizada, sem precedentes na história da humanidade, potencializa o papel desempenhado pelo Direito, dentro de uma realidade de relativização do papel dos Estados nacionais e a supervalorização da função do mercado global. O Direito encontra então sua função primordial de garantidor da ordem social, apresentando normas para orientar a atuação dos demais atores sociais e econômicos.

hipermodernos: individualismo, mercado e tecnologia. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2007).

⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**, p. 49.

¹⁰ LATHAM, Mark. Terceira via: um esboço. In: GIDDENS, Anthony (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução: Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p. 53.

2.1.2 Pós-modernidade e globalização

A utilização do termo globalização se expande a partir da década de 1980, associado aos aspectos financeiros e econômicos que se verificam naquele momento histórico. A partir daí o processo de globalização passou a ser considerado como característica do mundo moderno. Entretanto, o fenômeno não se limita apenas aos aspectos econômicos, financeiros e comerciais. Além das relações econômicas, o processo de globalização envolve as demais áreas da vida social, atuando sobre aspectos sociais, culturais e políticos.

Como todo fenômeno complexo, a globalização pode ser estudada sob diferentes aspectos ou dentro de diferentes sistemas. Nota-se, porém, a tendência predominante a estudá-la como uma época histórica; como um fenômeno sociológico; como vitória dos valores liberais; ou como fenômeno socioeconômico. Para o presente estudo, interessa as duas últimas abordagens.

A idéia de globalização como superposição dos valores liberais se apresenta como forma de legitimar o sistema capitalista e os ideais liberais na ordem internacional, como único modelo possível de levar o desenvolvimento a todos os países e indivíduos. A abordagem da globalização como fenômeno socioeconômico traz a interação de processos distintos, que afetam as relações sociais no âmbito financeiro, produtivo, comercial e tecnológico em escala internacional.

Dessa forma, pode-se conceituar *globalização* como sendo um processo de integração de mercados locais, regionais e nacionais, formando um grande mercado global, integrado pelos avanços tecnológicos na área da informação e a tendência a adoção de formas *padronizadas* de cultura, modelos econômicos e relações sociais. A partir da concepção de globalização, cabe trazer algumas observações acerca da definição de mercado.

O *mercado*, segundo a teoria econômica clássica, pode ser conceituado como uma determinada forma de organização, em que predomina a livre formação dos

preços, regulada pelo movimento agregado de oferta e procura de bens e serviços disponíveis.

Para Ricardo Abramovay¹¹, esse conceito encontra-se ultrapassado e restrito apenas à abordagem economicista do assunto, afirmando que a ênfase no conhecimento do mercado como mecanismo de formação de preços a partir dos quais a sociedade se reproduz e desenvolve, partindo de atributos universais e reconhecidos de maneira dedutiva não traduz a complexidade do fenômeno.

Com o avanço da globalização, a concepção de mercado recebe uma carga superlativa, ou melhor, seu espectro de abrangência, antes definido pelas fronteiras geográficas dos diversos Estados nacionais, passa a não obedecer limites espaciais impostos, alcançando o globo terrestre como um todo.

Assim considerados, os benefícios e mazelas que o sistema de mercado é capaz de produzir passam a afetar a grande maioria dos países e suas populações, sem respeitar fronteiras e em velocidade nunca vista.

Outro efeito que surge com a globalização é a formação de grandes empresas ou conglomerados empresariais transnacionais, com imenso poder econômico, capacidade de investimento e acesso à tecnologia inovadora. Essas empresas, por vezes com capital superior a de muitos Estados nacionais, apresentam-se com capacidade de submeter o mercado global a seus interesses econômicos, seja criando novos mercados, aumentando a demanda ou diminuindo a oferta de seus produtos e serviços.

2.1.3 A reestruturação das relações sociais na pós-modernidade e o papel do direito

A pós-modernidade apresenta uma alteração nas relações sociais como um todo. As teorias evolucionistas tratam a evolução social em termos de grandes narrativas, na forma de uma linha ininterrupta de evolução. Contrário a essa concepção,

¹¹ ABRAMOVAY, Ricardo. Entre Deus e o diabo: mercados e interação humana nas ciências sociais. **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**. [online]. 2004, vol.16, n.2, pp. 35-64. ISSN 0103-2070. Disponível em: <http://www.econ.fea.usp.br/abramovay/artigos_cientificos/2004/Formas%20de%20organiza%20E7%E3o%20dos%20mercados.pdf>. Acesso em: 07 set. 2009.

Jean-François Lyotard¹², caracterizado pelo esvaziamento dos *grandes relatos*, desacreditados pelo sentimento de negação das garantias absolutas dadas anteriormente pela ciência, pela constante busca por novas tecnologias e saberes, pela obsolescência do sentido de progresso.

Para Anthony Giddens¹³, essa teoria não deve ser adotada de forma absoluta, tendo em vista que existiram descontinuidades nessa evolução, marcadamente o que o autor chama de *descontinuidades da modernidade*, referentes à era moderna. Cabe razão ao autor quando se refere à dimensão das mudanças trazidas pela modernidade, com seu sentido de desvinculação das definições e determinantes tradicionais, vivenciadas na era pré-moderna. Para tanto, define Giddens como três as características principais da modernidade que conduzem à descontinuidade: o ritmo de mudança, o escopo da mudança e natureza intrínseca das instituições modernas¹⁴.

De forma muito sintética, essas características podem ser assim traduzidas: a velocidade extrema com que as mudanças ocorrem na modernidade, especialmente no que tange às inovações tecnológicas. Essas mudanças, decorrente da velocidade da informação ocorre em ondas de transformação social, atingindo diferentes áreas do globo terrestre. Por fim, tem-se a forma inédita que algumas instituições modernas apresentam, sem precedentes em outras eras, tendo como exemplo maior as concentrações urbanas modernas.

¹² LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. 3ª ed.. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988, p. 69 e s.

¹³ Segundo o autor, “existem indiscutivelmente descontinuidades em várias fases do desenvolvimento histórico — como, por exemplo, nos pontos de transição entre sociedades tribais e a emergência de estados agrários. Não estou preocupado com estas. O que quero sublinhar é aquela descontinuidade específica, ou conjunto de descontinuidades, associados ao período moderno. Os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não tem precedentes. Tanto em sua extensionalidade quanto em sua intensionalidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudança característicos dos períodos precedentes. Sobre o plano extensional, elas serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos intensionais, elas vieram a alterar algumas das mais íntimas e pessoais características de nossa existência cotidiana. Existem, obviamente, continuidades entre o tradicional e o moderno, e nem um nem outro formam um todo à parte; é bem sabido o quão equívoco pode ser contrastar a ambos de maneira grosseira. Mas as mudanças ocorridas durante os últimos três ou quatro séculos — um diminuto período de tempo histórico — foram tão dramáticas e tão abrangentes em seu impacto que dispomos apenas de ajuda limitada de nosso conhecimento de períodos precedentes de transição na tentativa de interpretá-las.” (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 10-11).

¹⁴ Op. Cit., p. 12.

O Direito¹⁵ que se apresenta como um dos pilares das relações individuais e coletivas em todas as etapas do desenvolvimento social, e dotado de maior relevância na pós-modernidade, entendida como uma era de incertezas e riscos. A reestruturação da vida social ou das relações sociais está sempre acompanhada do Direito, seja como regulador dessas relações, seja como orientador das ações futuras ou, ainda, como detentor dos meios coercitivos que fazem com que essas relações alcancem as expectativas geradas e punam aqueles que não respeitem essas orientações. A dificuldade que se apresenta é que, o Direito como sistema lógico, filosófico e sociológico, também sofre as influências da pós-modernidade, em especial quanto às incertezas acerca do futuro e a exacerbação de determinadas áreas do conhecimento jurídico em detrimento de outras, outrora predominantes¹⁶.

Como afirma Luiz Fernando Coelho¹⁷, a dimensão jurídica da transmodernidade afeta os conceitos, categorias e instituições por meio de seus fatores preponderantes, transformando o que aprende a respeito de norma jurídica, ordenamento jurídico, relação jurídica, Estado e sujeitos de direito, e o papel dos operadores do direito, exigindo a revisão desses conceitos e funções, abrindo novas perspectivas para a hermenêutica jurídica.

Para Daniel Sarmento¹⁸ a influência da pós-modernidade no Direito ainda é incerta e gera controvérsias, podendo ser destacado o movimento em direção ao relativismo em contrapartida ao universalismo anterior, valorizando tradições locais e culturas jurídicas não-ocidentais. Ademais, o Direito pós-moderno é contrário à abstração conceitual e à axiomatização, preferindo o concreto ao abstrato, o pragmático ao teórico, rejeitando as grandes categorias jurídicas (direito subjetivo, interesse público, etc.). Direito e Justiça retomam concepções antigas, com o retorno da tópica e da retórica jurídicas. Reconhecem-se cada vez mais as fontes não-estatais do Direito.

E segue o autor afirmando que o Direito pós-moderno pretende ser mais flexível e adaptável às contingências sociais, afastando-se do caráter coercitivo e sancionatório da Modernidade. Por esse novo modelo, o Estado atua não no sentido de

¹⁵ Adota-se a definição de Direito de José Afonso da Silva, trazido como “sistema normativo orientador da conduta dos indivíduos em sociedade”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33).

¹⁶ COELHO, Luiz Fernando. **Saudade do futuro**, p. 93.

¹⁷ Op. cit., p. 79-80.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 40-43.

impor ou proibir condutas simplesmente, mas de negociar, induzir, incitar comportamentos. Na resolução de conflitos surge a tendência de utilização de mecanismos substitutivos do Judiciário, como a mediação e a arbitragem¹⁹.

Sob essas premissas é que se busca o desenvolvimento de uma concepção adequada à nova realidade social no que tange à responsabilidade civil do fornecedor frente ao risco de desenvolvimento, deslocando a perspectiva clássica da reparação do dano para a prevenção do dano, analisando a utilização do princípio da precaução, trazido do âmbito do Direito Ambiental para as relações de consumo e com fundamento geral na proteção da dignidade humana.

2.2 SOCIEDADE DE RISCO E SOCIEDADE DE CONSUMO: EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E SUAS INCERTEZAS

Como dito nos tópicos anteriores, o atual estágio da sociedade contemporânea, seja este considerado como pós-modernidade, transmodernidade ou modernidade tardia²⁰, traz consigo novas demandas e perspectivas no âmbito das relações sociais. Perspectivas estas que internalizam elementos decorrentes do processo de globalização e de modernização²¹.

Nesse contexto social, percebe-se a existência de características marcantes que, analisadas separadamente podem ser consideradas como determinantes dessa nova sociedade, a exemplo do que se denomina de sociedade pós-industrial, da informação, de consumo, de risco²².

¹⁹ Idem, ibidem.

²⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad.: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 11.

²¹ O conceito adotado pelo estudo é o de Ulrich Beck, para quem *modernização* significa “o salto tecnológico de racionalização e transformação do trabalho e da organização, englobando a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas.” (BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**, p. 23).

²² Segundo Anthony Giddens, “uma estonteante variedade de termos tem sido sugerida para esta transição, alguns dos quais se referem positivamente à emergência de um novo tipo de sistema social (tal como a “sociedade de informação” ou a “sociedade de consumo”), mas cuja maioria sugere que, mais que um estado de coisas precedente, está chegando a um encerramento (“pós-modernidade”, “pós-modernismo”, “sociedade pós-industrial”, e assim por diante).” (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**, p. 8).

Para fins deste trabalho, adota-se o posicionamento de que estas definições são parte ou dimensões da mesma realidade social – a pós-modernidade – sendo assim estudadas, em especial as denominadas *sociedade de consumo* e *sociedade de risco*. Ademais, sendo essas dimensões intrínsecas à realidade social pós-moderna, essas serão objeto de análise interdependente, correlacionadas, pois, em suas características e definições.

Em decorrência da alteração das características da sociedade pós-moderna com a exacerbação dos riscos produzidos pela evolução da sociedade industrial e sua concepção como sociedade de risco, introduz-se neste capítulo a definição do princípio da precaução como resposta do Direito a esses novos riscos e a possibilidade de ocorrência de danos de grandes proporções e para os quais a ciência não apresenta certeza quanto à ocorrência ou não desses danos.

2.2.1 A sociedade de risco

Para Teresa Ancona Lopez²³, a sociedade vive com medo e os meios para controle dos diversos riscos são ilusórios, servindo apenas para apaziguar psicologicamente seus membros, considerando que o risco, em verdade, só existe se a sociedade o percebe como tal. Sem a construção social dos diversos tipos de riscos eles simplesmente não existiriam, pois, num primeiro momento o risco é uma abstração da coletividade, com fundamentos verdadeiros ou não, com papel essencial da mídia, ou seja, dos canais de informação de massa, na formação desse medo. Já a verdadeira ideia de risco é a incerteza do que ainda está por vir em decorrência do avanço científico e tecnológico, considerando que essa incerteza nasce com a globalização e se alimenta da comunicação em tempo real.

Como prelúdio da análise da sociedade de risco da forma proposta por Ulrich Beck, cabe uma breve inserção do atual estágio da sociedade sob o ponto de vista desse autor, em especial ao que se refere à modernização, idealizada em dois momentos:

²³ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 22.

modernização simples e modernização reflexiva²⁴. Percebe-se o sentido de evolução dado pelo autor a ambos conceitos de modernização, determinando dois momentos distintos inseridos no contexto do que se denomina de modernidade. O que ocorre é a exacerbação ou potencialização dos efeitos da modernização original, com a adoção das formas sociais industriais por essa outra modernidade, retirando da sociedade sua formação dividida em classes sociais, gêneros e funções para uma sociedade denominada de sociedade de riscos, com potencial de autodestruição.

Nessa sociedade altamente desenvolvida no aspecto produtivo e tecnológico, característico da modernidade reflexiva, é que surge o conceito de sociedade de risco, na qual a distribuição de riquezas decorrente da primeira modernização e, conseqüentemente da primeira modernidade, dá lugar à distribuição de riscos, decorrentes da modernização reflexiva e da segunda modernidade ou pós-modernidade. Essa nova realidade social se consuma, ainda segundo Beck, quando a autêntica carência material é objetivamente reduzida e socialmente isolada pela evolução das forças produtivas e avanços técnico-científicos, bem como pelas garantias jurídicas vigentes. E, decorrentes dessas circunstâncias de modernização exacerbada, são criados e desencadeados riscos, reais e potenciais, em medidas jamais vistas e desconhecidas no contexto social²⁵.

A par da sobreposição da distribuição de riscos frente à distribuição inicial de riquezas trazida pela modernização, o próprio conceito de risco, concebido em momentos anteriores sofre uma alteração em sua essência. Na pós-modernidade o risco tem nova definição e abrangência. O risco nessa nova conjuntura social é apresentado por Giddens²⁶ como inerente à globalização quanto à sua intensidade e capacidade de ameaçar a sobrevivência da própria humanidade, bem como quanto à expansão do

²⁴ Conforme Beck: “Se, no fundo, a modernização simples (ou ortodoxa) significa primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, então a modernização reflexiva significa primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade. Assim, em virtude do seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis dos sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com os pré-requisitos e as formas contínuas do progresso técnico-econômico. Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva. (BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich *et. al. Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad.: Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 12).

²⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*, p. 23.

²⁶ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*, p. 111-112.

número de eventos potencialmente danosos, sendo esses novos riscos derivados das ações humanas e conhecidos de grande parte da coletividade. Por fim, refere-se o autor à consciência da limitação da ciência como provedora de certeza quanto aos riscos e à sua evitabilidade.

Teresa Ancona Lopez²⁷, em conformidade com as ideias de Giddens e Beck, afirma que estamos frente a frente com *novos riscos*, à evidência que perigos sempre existiram desde a antiguidade, entretanto não existia o conceito de risco²⁸. Beck²⁹ trata desses novos riscos, afirmando que a noção de risco advém da era moderna, diferenciando-se nesta pela desconexão do seu sentido pessoal e até romântico, tida a assunção de riscos como sinal de ousadia e aventura. Já em sua nova essência, característica da pós-modernidade, os riscos assumem caráter global, com potencial de atingir a humanidade como um todo e não apenas aqueles diretamente envolvidos na atividade de risco, bem como se destaca do romantismo de antes para assumir o potencial de autodestruição da vida no planeta.

Em síntese, a noção pós-moderna de risco traz em seu conteúdo as ideias de probabilidade³⁰ e incerteza, apresentando-se, entretanto com vários significados, podendo variar de graus e sentidos, existindo *riscos* e não *o risco*. Há riscos morais, sociais, políticos, econômicos, médicos, hospitalares, de desenvolvimento, do credor, do devedor, etc., sendo a *incerteza* seu sentido nuclear. No seu sentido jurídico, risco é tratado como acontecimento danoso futuro e incerto, o que permite concomitantemente conter os eventos previsíveis ou não e atribuir a cada um deles o devido tratamento. Risco não é conceito normativo, como a culpa, que implique um julgamento de valor sobre a conduta humana, sendo, por outro lado descritivo e objetivo³¹.

²⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 22.

²⁸ A autora traz em sua obra uma interessante e didática distinção conceitual entre risco, álea e perigo. Trata do *perigo* como tudo aquilo que ameaça ou compromete a segurança de uma pessoa ou uma coisa, sendo conhecido e concreto. *Álea*, por sua vez, é um acontecimento totalmente inevitável para o qual não há, geralmente, possibilidade de previsão, sendo que os perigos daí advindos são incalculáveis. São decorrentes, em sua maioria de ventos da natureza mas podem decorrer da ação humana quando do uso de produtos ou desempenho de atividades. Já o *risco* é o perigo eventual, mais ou menos previsível, diferente da álea (imprevisível) e do perigo (concreto), ou seja, é abstrato. (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 24-25).

²⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**, p. 25-27.

³⁰ Conforme definição do Dicionário Aurélio *on-line*, *probabilidade* tem o seguinte significado: razão ou indício que faz supor a verdade ou possibilidade de um fato. Adota-se, portanto, essa definição quando tratar-se do sentido comum de probabilidade. (Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/Probabilidade>>. Acesso em: 19 jul. 2011).

³¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 24.

No âmbito do Direito Civil das Obrigações, em especial no Direito contratual, o risco se refere aos prejuízos que um dos contratantes pode sofrer ou já sofreu, significando que, suportar o risco é sofrer o prejuízo, suportando o dano. Mas foi na responsabilidade civil que a noção de risco ganha relevância. Com a maquinização e a invenção do automóvel, no início do século XX, percebeu a doutrina jurídica que a vítima do dano se encontrava desprotegida pela adoção da culpa como único fundamento da responsabilidade civil, sendo necessária a evolução com objetivo de proteger as pessoas dos crescentes danos ocasionados. Surge dessa necessidade a teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade civil não mais na culpa exclusivamente, mas no risco que correm as pessoas decorrentes do uso de veículos e máquinas³².

A teoria do risco invade outros campos do Direito, atendendo a outros setores sociais como as relações de consumo e o meio ambiente, tendo sempre como ideia central o perigo ou ameaça de dano a que estão expostas as pessoas em decorrência de certas atividades potencialmente perigosas. Permanece a distinção entre risco e dano ou prejuízo, sendo o risco a possibilidade de ocorrência do dano ou do prejuízo. A noção jurídica de risco se afasta de sua concepção econômica, apesar de ter na economia sua origem, considerando a ideia de que aquele que lucra com a atividade perigosa ou potencialmente danosa deve arcar com os prejuízos advindos dessa atuação. Percebe-se, desde esse momento, que o Direito cada vez mais busca tutelar os novos riscos advindos da evolução social, adentrando aos campos da saúde, dos alimentos, do ambiente e, conseqüentemente na seara das relações de consumo³³.

Assim, é possível caracterizar a sociedade de risco trazida por Beck, inserida como dimensão da pós-modernidade como realidade na qual os riscos advindos da modernização reflexiva e exacerbada, somada à globalização dos meios de produção e mercados e aos avanços técnico-científicos, assumem proporções globais e de autodestruição da espécie humana, socializados entre todas as classes e gêneros, não distinguindo em seus efeitos ricos ou pobres, desenvolvidos ou subdesenvolvidos, escassez ou fartura. Como é perceptível a resposta que o Direito busca dar às novas demandas surgidas no atual estágio da sociedade, adentrando e tutelando interesses antes deixados à autonomia da vontade dos negócios privados, sempre na tentativa de

³² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 27-28.

³³ Op. cit., p. 28.

proteger as vítimas de danos ou prejuízos, bem como, no caso do Direito do Consumo, a parte mais fraca da relação jurídica.

O paradoxo dessa realidade social contemporânea está na evolução da ciência e seus efeitos. A ciência também se torna reflexiva no sentido de que o que já foi comprovado cientificamente outrora, passa por novo processo de comprovação, também científico, sendo muitas vezes refutado o resultado anterior³⁴. Esse sentimento de incerteza ou de perda da racionalidade científica é objeto de análise do tópico seguinte.

2.2.2 A incerteza da razão científica

A questão do risco no contexto da nova realidade social demonstrada envolve diversas conjunturas, dentre elas destaca-se o papel da ciência e a pretensa segurança decorrente da confiabilidade de suas conclusões e as ameaças proporcionadas pelos novos riscos e sua abrangência social e espacial, advindos da modernização reflexiva e da globalização³⁵. A ciência moderna tinha seus fundamentos em modelos causalistas, marcada pela crença na previsibilidade das relações de causa e efeito, na linearidade da temporalidade e em uma certa previsibilidade do futuro. Em contraponto, a ciência na sociedade pós-moderna encontra-se inserida em um contexto de incerteza e complexidade, marcada pela ausência de linearidade nas relações causais e o constante enfrentamento de questões relacionadas a sistemas hipercomplexos, demonstrando a importância da separação das noções de risco e perigo³⁶.

³⁴ Para Giddens, “mesmo os filósofos que mais ferrenhamente defendem as reivindicações da ciência à certeza, tais como Karl Popper, reconhecem que, como ele o exprime, ‘toda ciência repousa sobre areia movediça’. Em ciência, nada é certo, e nada pode ser provado, ainda que o empenho científico nos forneça a maior parte da informação digna de confiança sobre o mundo a que podemos aspirar. No coração do mundo da ciência sólida, a modernidade vagueia livre. Nenhum conhecimento sob as condições da modernidade é conhecimento no sentido ‘antigo’, em que ‘conhecer’ é estar certo. (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**, p. 40).

³⁵ Conforme Boaventura Souza Santos: “No início do século XIX, a ciência moderna tinha já sido convertida numa instância moral suprema, para além do bem e do mal. Segundo Saint-Simon, a crise moral que grassava na Europa desde a Reforma, e a conseqüente separação entre os poderes secular e religioso, só poderia ser resolvida por uma nova religião. Essa religião era a ciência. (SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**, p. 51).

³⁶ CARVALHO, Déltton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 135-136.

Como defende Ulrich Beck³⁷, a definição de perigo depende de uma construção cognitiva e social, sendo que na sociedade de risco essas ameaças escapam da percepção sensorial e do imaginário dos indivíduos e, por conseguinte, da sociedade, como também não são determináveis pelo saber científico. Dessa afirmação decorre a compreensão de que a sociedade de risco tem como característica a incerteza. Incerteza quanto aos riscos, quanto às ameaças desses decorrentes e, por fim, quanto aos próprios resultados da ciência, seja na propositura de novas tecnologias, seja na garantia de segurança dessas inovações.

Esse posicionamento é compartilhado por Boaventura Souza Santos³⁸, para quem a crise do paradigma dominante é resultado de diversos condicionantes, dentre os quais se destaca a observação das limitações e insuficiências do paradigma científico moderno como resultado dos avanços da própria ciência, que ao se aprofundar revela a fragilidade de seus pilares fundamentais.

Mediando essa situação tem-se a *confiança*³⁹ - dos indivíduos e da sociedade de modo geral – depositada na ciência como sistema de certificação ou *sistema perito*, na concepção de Anthony Giddens⁴⁰. Entretanto, essa credibilidade da ciência que proporciona o sentimento de confiança da sociedade acaba por ser relativizada frente à modernização reflexiva característica da pós-modernidade e da sociedade de risco. Na sociedade de risco, conforme define Beck⁴¹, quebra-se o monopólio da racionalidade das ciências, tornando-se contraditório o desenvolvimento técnico-científico. A ciência é ao mesmo tempo, causa, expediente definidor e fonte em relação aos riscos e em decorrência disso acaba por conquistar novos mercados de cientificização.

Dito de outro modo, o desenvolvimento técnico-científico exacerbado da pós-modernidade é o causador da maior parte dos novos riscos, concretos e potenciais. A esses riscos têm na ciência também, a resposta na busca de soluções. Surge um

³⁷ BECK, Ulrich. **A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva**, p. 17.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**, p. 68.

³⁹ Utiliza-se aqui a definição de Anthony Giddens, para quem “a confiança pode ser definida como crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico). (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**, p. 36)

⁴⁰ Por sistemas peritos Giddens se refere “a sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje.” (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**, p. 30).

⁴¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**, p. 235.

círculo ininterrupto de certezas e incertezas, definições e contra-definições, problemas e soluções. Essa conjuntura, quando percebida pelo indivíduo ou pela sociedade, abala o sentimento de confiança antes depositado no conhecimento científico. Quando não percebida, considerando os riscos potenciais, aqueles não definidos cientificamente ou aqueles imperceptíveis pela cognição da sociedade, esta permanece às escuras, confiando em premissas não verdadeiras ou comprováveis.

Nesse contexto se faz necessária a configuração de um novo paradigma, ainda sob o manto da especulação com relação ao futuro, conforme Boaventura Souza Santos⁴² que o denomina de *paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente*. Para o autor, a natureza dessa nova revolução científica é diferente daquela observada na passagem para a modernidade, pois ocorre numa sociedade já revolucionada pela ciência, não sendo permitido apenas um novo paradigma científico, mas exige também um novo paradigma social.

Essa situação pontual de incerteza científica será fundamental para a análise da questão da responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento, objeto central deste trabalho, com vistas a confirmar a insuficiência do instituto da responsabilidade civil frente aos novos pressupostos da sociedade pós-moderna, especificamente no que se refere à adoção de preceitos técnico-jurídicos voltados para a proteção da dignidade humana.

2.2.3 A sociedade de consumo

A pós-modernidade como espaço de transição da sociedade moderna para um futuro desconhecido e incerto, traz como característica perceptível a sua natureza consumista, ou melhor, a internalização de uma *sociedade de consumo*⁴³. Com objetivo

⁴² SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**, p. 74.

⁴³ Para Livia Barbosa, “sociedade de consumo é um dos inúmeros rótulos utilizados por intelectuais, acadêmicos, jornalistas e profissionais de marketing para se referir à sociedade contemporânea. Ao contrário de termos como sociedade pós-moderna, pós-industrial e pós-iluminista – que sinalizam para o fim ou ultrapassagem de uma época – sociedade de consumo, à semelhança das expressões sociedade da informação, do conhecimento, do espetáculo, de capitalismo desorganizado e de risco, entre outras, remete o leitor para uma determinada dimensão, percebida como específica e, portanto, definidora, para

de trazer um recorte teórico e referencial ao presente trabalho, e necessário informar algumas premissas sobre a abordagem que se adota. Trata-se aqui de uma forma de localização do problema proposto em determinado e específico ambiente social.

Para tanto, a concepção de sociedade de consumo utilizada engloba aspectos sociológicos como o consumo de signos⁴⁴⁻⁴⁵, consumo de massa, alta taxa de consumo e de descarte de produtos, obsolescência e sentimento de insaciabilidade, bem como o surgimento do consumidor, no papel central da atividade social⁴⁶. Como realidade específica, a sociedade de consumo precisa ser analisada quanto ao seu aspecto sociológico diferenciador. A atividade de consumo em si, como forma de satisfação de necessidades – básicas e/ou supérfluas – está presente em todas as formas conhecidas de sociedade humana como modo de reprodução física e social⁴⁷.

Entretanto, apenas na pós-modernidade, em sua dimensão como sociedade de consumo, verifica-se a posição central da atividade de consumir, preenchendo uma função que vai muito além da satisfação de necessidades materiais e sociais, comuns a todas as sociedades. É neste estágio da sociedade contemporânea que o consumo serve de instrumento de análise da própria realidade social⁴⁸. Essa centralidade da atividade de consumo como instrumento de verificação social precisa ser por sua vez avaliada por sua interdisciplinaridade. Isso considerando que o consumo é objeto de estudo de diversas áreas do conhecimento. Este trabalho se restringirá a abordar a atividade de consumo pelo prisma da antropologia, da economia e do direito.

A antropologia traz duas teorias principais e concorrentes para explicar a atitude do consumidor: a teoria higiênica ou materialista e a teoria das necessidades por inveja, ambas aqui sintetizadas sob a perspectiva de Mary Douglas e Baron

alguns, das sociedades contemporâneas.” (BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 7).

⁴⁴ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Trad. Artur Morão. Reimp. Lisboa (PT): Edições 70, 2010, p. 25.

⁴⁵ Analisando a obra de Baudrillard, Verlaïne Freitas afirma que é possível distinguir três conceitos: signo, significante e significado. Signo designa qualquer coisa, objeto, imagem ou ideia capaz de representar outra coisa qualquer. O signo possui uma dualidade, um substrato material (significante) e um substrato ideacional ou conceitual (significado). (FREITAS, Verlaïne. O código social da obsolescência: um estudo de A sociedade de consumo, de Jean Baudrillard. In: **Sociedade e Consumo: múltiplas dimensões da contemporaneidade**. Solange Maria Pimenta (coord.). Curitiba: Jurua, 2010, p. 80).

⁴⁶ Nessa perspectiva, a sociedade de consumo em sua definição vai além daquela definida inicialmente por Jean Baudrillard por um tipo específico de consumo (consumo de signo ou *commodity sign*), para adotar contornos mais ampliados (BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**, p. 8).

⁴⁷ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**, p. 7.

⁴⁸ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**, p. 14).

Isherwood⁴⁹. Conforme os autores, a primeira determina que as necessidades reais e básicas do ser humano são as físicas, cuja satisfação são priorizadas em detrimento das daquelas materiais. A segunda teoria tenta explicar o consumo pelo sentimento de inveja que grassa entre os indivíduos, sendo que sempre uma pessoa busca suplantar a outra em bens e comodidades através da aquisição desses.

Os mesmos autores, analisando a posição da Economia frente à atividade de consumo afirmam que, por sua matriz cartesiana, a ciência econômica apenas se reduz ao exame utilitarista do consumo. Por esse prisma, o consumidor atuaria sempre de modo racional, considerando necessidades e utilidade dos bens, reagindo a fatores externos como oferta e demanda, preço e renda, determinando com base nesses elementos, de forma racional, a aquisição de bens. A crítica ao posicionamento clássico da doutrina econômica está na simplificação do objeto de análise, retirando dessa, fatores intrínsecos ao ser humano⁵⁰.

Passando para fatores externos que caracterizam o surgimento da atual sociedade de consumo, influenciando diretamente o consumidor em sua manifestação, Livia Barbosa⁵¹, se atém a dois em especial: a passagem do consumo familiar para o consumo individual e a transformação do consumo de pátina para o consumo de moda⁵². A adoção desses fatores como primordiais tem o condão de sintetizar algumas das teorias mais utilizadas para explicar a sociedade de consumo. Nos dizeres da autora, nas sociedades pré-modernas ou tradicionais a produção de bens era destinada ao consumo da própria família como meio de satisfação de suas necessidades de reprodução física e social. As sociedades de então eram compostas por grupos sociais definidos e estratificados, com seus padrões próprios de consumo aos quais se

⁴⁹ DOUGLAS, Mary e ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo**. Trad. Plínio Dentzien. 1ª Ed., 2ª reimpr. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009, p. 53 e s.

⁵⁰ DOUGLAS, Mary e ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo**, p. 57 e s.

⁵¹ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**, p. 18 e s.

⁵² Livia Barbosa ainda enumera mudanças generalizadas que influenciaram no surgimento da sociedade de consumo: a) surgimento a partir do séc. XVI da oferta de novas mercadorias, fruto da expansão ocidental para o oriente. Muitos desses produtos ou bens não eram de necessidade básica, mesmo para a época; b) no campo cultural, o surgimento do romance ficcional moderno, a prática da leitura silenciosa, busca por novas formas de lazer, construção de uma nova subjetividade, valorização do romantismo e a expansão da ideologia individualista; e c) o desenvolvimento de novos processos e modalidades de consumo, a criação de modernos sistemas e práticas de comercialização com objetivo de atingir novos mercados consumidores. (BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**, p. 19).

subordinavam as escolhas individuais, reguladas por leis suntuárias, que autorizavam ou proibiam o consumo de bens por determinados grupos⁵³.

O segundo aspecto, o abandono do consumo de pátina pela adoção do consumo de moda, também se vincula ao abandono da tradição. No consumo de pátina, tem-se a percepção de um ciclo de vida mais longo dos objetos, conferindo ao seu uso a tradição e *status* a seus proprietários, legitimando sua posição em uma sociedade estratificada socialmente. Ao contrário, o consumo de moda, característico da pós-modernidade, é expressão da valorização do novo e do individual em detrimento do tradicional⁵⁴.

Em síntese, o que se percebe é a mutação do consumo de grupo, tradicional em relação aos bens, que se apresentam com vida útil maior e concedem aos proprietários *status* social por esse motivo, para o consumo individual, sempre em busca de inovações e cujos bens são de uso temporário e presente, com ciclo de vida precário e, justamente por essa constante busca por novidades, também indicam o posição social de seus proprietários.

O indivíduo, consumidor moderno, alcança posição de relevância na sociedade pós-moderna não pela utilização de bens de tradição aristocrática, mas pelo consumo de novos produtos, transformados em signos, cujo uso se restringe no tempo, levando à busca constante por novos produtos, sendo o valor de representação daqueles o fator indicativo da situação social do indivíduo. A partir da alteração desses padrões, com o consumo individualizado e ávido por inovações tecnológicas, elevado a fator preponderante da inserção do indivíduo na sociedade é que se conforma a atual sociedade de consumo, na qual os signos ou objetos vão além da sua dimensão material de uso, encampando uma dimensão ideal de representação⁵⁵.

Como afirma Baudrillard⁵⁶, vive-se o tempo dos objetos, no qual a existência do ser humano é ditada pelo ritmo desses e em conformidade com sua sucessão permanente, sendo que, atualmente, o homem assiste ao seu nascimento e morte, enquanto que, em épocas anteriores eram os objetos que sobreviviam às gerações humanas. Nessa realidade social contemporânea despontam novos atores centrais – o

⁵³ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**, p. 20.

⁵⁴ BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**, p. 24-25.

⁵⁵ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 50-51.

⁵⁶ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**, p. 14.

consumidor⁵⁷ e o fornecedor⁵⁸ – partes de uma nova espécie de relação jurídica – a relação de consumo⁵⁹. Some-se à dimensão de consumo, a dimensão de risco da Sociedade Pós-moderna e desse resultado ou fatores percebe-se a necessidade de evolução do próprio ordenamento jurídico contemporâneo, adotando medidas punitivas, protetivas e preventivas quanto às ameaças e danos advindos das novas relações sociais resultantes.

Com relação ao aspecto jurídico dessa concepção social, Paulo de Bessa Antunes⁶⁰ argumenta que a ordem jurídica do capitalismo está fundada na possibilidade dada a cada indivíduo de integrar o mercado na posição de vendedor ou de comprador de mercadorias, sendo que a economia de mercado, para sua reprodução, exige uma rápida circulação de bens e produtos, entretanto, esse fluxo não é aleatório. A movimentação de bens é normatizada pelo Direito, que cria mecanismos para tanto.

O Direito, então, enfrenta um novo desafio: a proteção do consumidor como fenômeno jurídico desconhecido no passado e que, a partir do século XX, quando o homem passa a viver em função de um novo modelo associativo, a sociedade de consumo, que se caracteriza por um número inédito e crescente de produtos e serviços disponibilizados, pelo domínio do crédito e do *marketing*, pela dificuldade de acesso à justiça. Essa nova sociedade leva à criação do Direito do Consumidor como disciplina jurídica autônoma⁶¹.

Consumir é assumir os riscos advindos da criação, fabricação e disponibilização de novas tecnologias e produtos no mercado, características da sociedade de risco e de consumo. Dessa constatação decorre a análise que se busca fazer do instituto da responsabilidade civil, especificamente no âmbito das relações de

⁵⁷ Consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço. (FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.32).

⁵⁸ Fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produto ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual. (FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p.47).

⁵⁹ Relações de consumo são relações jurídicas por excelência, pressupondo, por conseguinte, dois polos de interesse: o consumidor-fornecedor e a coisa, objeto desses interesses, o que no caso consiste em produtos e serviços. (FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p.50).

⁶⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 214..

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini e BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 6.

consumo e no que se referem ao fornecedor de produtos pelo risco de desenvolvimento desses e sua disponibilização ao consumidor através do mercado globalizado.

2.2.4 Princípio da precaução: conceito e abrangência

Do que se viu na primeira parte deste estudo, quanto à sociedade de risco, pode-se resumir, conforme Délton Winter de Carvalho⁶², que “o risco é a polaridade positiva da forma risco/perigo”, sendo que a primeira distinção que se faz é do risco como tudo aquilo que não é certo, mas também não é impossível. Nessa separação, surge a questão da probabilidade⁶³. Assim o risco é modo de relação com o futuro, segundo a determinação das indeterminações com base na diferença entre probabilidade e improbabilidade. Sob essa perspectiva, o risco sempre envolve uma tomada de decisão, enquanto o perigo decorre da perspectiva do agente passivo ou da vítima, ocasionando frustrações por eventos exteriores.

Para Giselda Hironaka⁶⁴ o homem atual detém o domínio da teoria das probabilidades, apresentando melhores condições de administrar o risco. Por essa razão,

⁶² CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**, p. 70.

⁶³ Nesse momento, trata-se a questão da probabilidade sob ponto de vista científico, sendo necessário indicar algumas definições dadas pela Matemática sobre o tema. Conforme Paulino, Turkman e Murkeira, a inferência clássica repousa teoricamente na interpretação frequentista de probabilidade segundo a qual a probabilidade de um evento é a frequência relativa limite de ocorrência do evento numa sequência infinita de repetições da experiência em questão. Este conceito de probabilidade é inaplicável quando o evento diz respeito a uma afirmação sobre alguma característica atual da população em análise ou sobre alguma situação futura. Daí a necessidade de abarcar visões de probabilidade menos restritivas que a visão frequentista, sob pena de ficar reduzida a poucas aplicações, comprometendo a sua utilidade na realização de inferências. Os conceitos subjetivos e lógico de probabilidade têm como ponto comum a característica de representarem graus de crença, condicionados a informação disponível, numa proposição. Uma probabilidade subjetiva é uma medida de grau de crença, específico de um indivíduo. Como tal, pode variar de indivíduo para indivíduo, até porque a informação que cada um possui é geral e rigorosamente diferenciada. Sendo assim, esse conceito não acomoda a idéia de um dado volume de informação estar associado a um grau de crença único. Em oposição, o conceito lógico de probabilidade ao representar uma medida de um grau de implicação de uma proposição pela informação disponível, traduzindo assim um grau de crença objetivo, que todo o indivíduo racional necessariamente deve possuir, já partilha daquela característica de unicidade. Este conceito estende o argumento da lógica tradicional ao pretender quantificar o grau intermédio de implicação da proposição pela informação existente quando esta não permite concluir pela veracidade ou falsidade daquela. (PAULINO, Carlos Daniel, TURKMAN, Maria Antónia Amaral, e MURKEIRA, Bento. **Estatística bayesiana**. Lisboa-Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 71-76).

⁶⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 107.

passa a adotar uma postura de maior ousadia em suas ações pessoais ou em suas atividades profissionais, impulsionando o desenvolvimento científico e econômico. Esse diferencial do ser humano contemporâneo se funda na sua maior racionalidade em contraponto à superstição do homem antigo, bem como na sua opção pelo progresso e evolução em detrimento da tradição e dos costumes.

Nesse cenário surge o princípio da precaução, que tem sua origem no Direito Alemão no início da década de 1970 e foi uma de suas maiores contribuições para o Direito Ambiental. Nesse período desperta a preocupação com a necessidade de avaliação prévia das consequências ambientais dos projetos e empreendimentos em curso ou em vias de implantação. Na sua formulação original, o princípio estabelecia que a *precaução* iria desenvolver em todos os setores da economia processos que reduzissem significativamente as cargas ambientais, principalmente aquelas decorrentes de substâncias perigosas. Com o passar do tempo, outras concepções foram sendo construídas e, em curto espaço de tempo o princípio da precaução foi recepcionado pelo Direito Internacional, inserindo-se também nos ordenamentos internos de diversos países, incluído o Brasil⁶⁵⁻⁶⁶.

Na dogmática do direito ambiental, a produção de riscos concretos e abstratos pela sociedade pós-industrial (pós-moderna na concepção deste estudo) acarreta a criação de riscos ambientais e, como resposta jurídica, cuja ilicitude ocorre a partir da juridicização da noção de *prevenção em sentido amplo*, que abrange os princípios da prevenção (riscos concretos) e da precaução (riscos abstratos)⁶⁷. Assim, tanto a prevenção quanto a precaução constituem medidas antecipatórias com objetivo de evitar o dano, projetando-se para o futuro, diferentemente da reparação que se refere

⁶⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**, p. 28.

⁶⁶ Segundo Teresa Ancona Lopez⁶⁶, é essencial definir a natureza do chamado *princípio da precaução* no âmbito do Direito, considerando que o modo de atuação e abrangência dessa concepção jurídica resultará na sua inclusão ou não na sistemática de responsabilidade civil como modo de antecipação de riscos futuros. Com esse objetivo é importante defini-lo como princípio ou como *standard* jurídico. A autora define princípios jurídicos como diretrizes gerais e básicas que fundamentam e dão unidade a um sistema jurídico. Ao passo que *standard* jurídico é o fenômeno dos modelos gerais de comportamento social juridicamente relevantes. (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 90-95).

⁶⁷ Segundo Sidney Guerra, embora a finalidade última dos princípios da prevenção e da precaução seja a proteção e preservação do meio ambiente, ambos têm sido tratados pela doutrina de maneira distinta. Nessa distinção, o princípio da precaução é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de que se tenha a certeza sobre os danos que poderão ser causados, enquanto a prevenção aplica-se aos impactos ambientais já conhecidos e que sobre os quais se tenha um histórico de informações. (GUERRA, Sidney. **Direito internacional ambiental**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006, p. 82).

ao passado, atuando depois do acontecimento do dano. A diferença entre precaução e prevenção está na antecipação de riscos potenciais e riscos provados, respectivamente⁶⁸.

A prevenção *lato sensu* faz a intermediação entre o risco e decisão a ser tomada, entendida como uma preparação contra danos futuros não seguros (contingência), buscando que a probabilidade de ocorrência ou a dimensão dos possíveis danos sejam diminuídas. Essa diferenciação entre prevenção e precaução pode ser utilizada como resposta diferenciada para a gestão dos riscos industriais e pós-industriais, respectivamente⁶⁹.

Mas diversas são as concepções da definição e abrangência do princípio da precaução. Para José Rubens Morato Leite⁷⁰, com base no princípio da precaução, sempre que houver perigo da ocorrência de um dano grave e irreversível, a ausência de certeza científica absoluta não deverá ser como razão para adiar a adoção de medidas eficazes com objetivo de evitar a degradação ambiental. Ao comparar a precaução com a prevenção, o autor afirma que, no segundo caso exige que os perigos comprovados sejam eliminados, já na precaução, exige-se que a eliminação de possíveis impactos danosos ao ambiente seja realizada antes do estabelecimento científico do nexo causal entre a atividade e o dano, provável ou concreto⁷¹.

Na concepção trazida por Teresa Ancona Lopez⁷², o princípio da precaução, como princípio jurídico tem como objetivo realizar os valores do *naeminem laedere*⁷³, da prudência e da segurança e estabelece diretrizes normativas com intuito de se evitarem danos, com a apreciação dos riscos possíveis para que o pior não aconteça individualmente e socialmente. Para tanto é necessário, diante do quadro examinado, apreciar possíveis danos, examinar as fontes científicas, políticas, econômicas,

⁶⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 101.

⁶⁹ CARVALHO, Déltton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**, p. 70-71.

⁷⁰ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 46-47.

⁷¹ Essa concepção do princípio da precaução é adotada também por Marcelo Abelha Rodrigues para quem o princípio da precaução é adotado quando se pretende evitar o risco mínimo ao meio ambiente, nos casos de incerteza científica quanto à sua degradação, prevenindo um risco futuro. (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. Vol. I (parte geral), São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 150).

⁷² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 95-96.

⁷³ Conforme Sérgio Cavalieri, a partir do Direito Romano tem-se a presença ou a concepção de um dever geral de não prejudicar ninguém, expresso na máxima *naeminem laedere*. Dito de outra forma, o Direito deve defender aquele que foi prejudicado, sendo um dever geral de conduta nas relações jurídicas a manutenção das condições acordadas, sem que uma das partes cause prejuízos à outra. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª ed. rev. aument. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19).

sociológicas, éticas, estatísticas, com a utilização, ainda, dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁷⁴, analisando o tempo e no espaço em que se apresenta a situação examinada, percebendo a necessidade da aplicação da precaução nesses termos.

Nesse contexto, defende Lopez⁷⁵, “que o princípio da precaução vai se aplicar a todas as questões que dizem respeito à segurança social e a do cidadão”, em especial às situações nas quais os eventuais danos serão observados em longo prazo, depois da ocorrência de algum acidente ou após o consumo de algum produto alimentar, químico ou farmacêutico. Da mesma forma, o princípio deve ser aplicado em situações de dúvida fundada na incerteza de existência de um risco maior que aquele tido como possível, sempre nas situações em que a ciência não consiga dar um parecer definitivo sobre o tema.

A adoção do princípio da precaução, da mesma forma que sua definição, não é unânime na doutrina. Essa controvérsia é centrada na abrangência da precaução em face dos prejuízos sociais, econômicos e políticos decorrentes de sua aplicação sempre que não houver a certeza científica sobre a segurança plena de empreendimentos e produtos e, conseqüentemente, a não adoção de novas tecnologias e implantação de novos empreendimentos. Ainda, há controvérsia acerca de sua aplicabilidade como princípio jurídico, com base em uma série de argumentos que se verão a seguir.

No primeiro caso, tem-se a observação de Paulo de Bessa Antunes, para quem um aspecto do princípio da precaução tem sido pouco ressaltado. Essa perspectiva se encontra no fato de que prevenir riscos ou danos importa na escolha de quais desses se pretende prevenir e, por outro lado, quais deles se aceita suportar. O ideal seria, conforme o autor, que essa escolha fosse racional, aceitando o menor em detrimento do maior. A dificuldade que se encontra é devida em face de que a percepção dos riscos

⁷⁴ Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do princípio da razoabilidade: “Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada”. O mesmo autor assim se refere ao princípio da proporcionalidade: “Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. [...] Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado”. (MELLO, Celso Antônio B. de, **Curso de direito administrativo**. 22ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105-107).

⁷⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 102.

nem sempre está relacionada com o risco real e a escolha é feita com base nessa percepção e não no risco real, afastando muitas vezes a racionalidade da decisão. Isso se traduz na prática de análise pelo chamado *cenário do pior caso*, que seria uma probabilidade e é transformado em dano atual para fins da decisão, o que, na opinião do autor, não é racional⁷⁶.

Antunes afirma ainda que um dos pontos centrais em defesa da aplicação maximalista do princípio da precaução é a equidade intergeracional⁷⁷, no sentido de que as ações presentes devem ser pautadas por um comportamento ético, em prol das próximas gerações em relação ao meio ambiente. O autor critica esse entendimento com base no argumento de que não se tem a capacidade de previsão do futuro e, conseqüentemente, do pensamento das gerações vindouras quanto às decisões tomadas na atualidade, inclusive com dúvidas acerca do que será o próprio *futuro* e a complexidade de se prevenir o que ainda não ocorreu⁷⁸.

Para solução desse impasse o autor defende a criação de um conceito operacional para o princípio da precaução, evitando sua aplicação com base em abstrações e imputar-lhe racionalidade, evitando a insegurança jurídica advinda de sua interpretação diferenciada conforme entendimento dos diversos atores sociais e políticos envolvidos. Uma hipótese utilizada pela União Europeia seria estabelecer diretrizes para aplicação do princípio, envolvendo análises econômicas, sociais e políticas. Assim, o estabelecimento de diretrizes legais para sua aplicação traria benefícios àqueles que devem aplicar o princípio e para aqueles aos quais o princípio é direcionado, resguardando a segurança jurídica dos envolvidos⁷⁹.

No mesmo sentido, Délton Winter Carvalho⁸⁰ afirma que a comunicação do risco é compreendida em três etapas funcionais: a investigação, a avaliação e a gestão do risco. A primeira comporta a investigação científica do risco. A segunda exige a ponderação dos dados científicos resultantes e a descrição de suas prováveis conseqüências negativas. A terceira, concernente à gestão do risco, consiste nas

⁷⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**, p. 31-32.

⁷⁷ Morato Leite define a questão da equidade ou justiça intergeracional como sendo a proibição dada a uma geração “de desperdiçar aquilo que recebeu e menos ainda de degradar e comprometer o direito das gerações futuras, no que concerne aos recursos ambientais”. (LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial**, p. 24).

⁷⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**, p. 29-31.

⁷⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**, p. 44-45.

⁸⁰ CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**, p. 72-73.

decisões que estabelecem os níveis aceitáveis desses riscos, de forma não discriminatória, mas proporcional, coerente, que considerem a relação de custo e benefício e a evolução científica, de forma a mitigar os riscos ambientais prováveis de correntes de um fenômeno, atividade ou produto.

A gestão de riscos abstratos está vinculada a uma metodologia transdisciplinar que fomente a interação entre as diversas áreas de conhecimento envolvidas, como o direito, a ciência, a política e a economia, sendo que desse diálogo resulte a aplicação do princípio da precaução para avaliar a probabilidade de ocorrência desses riscos, sua provável magnitude e irreversibilidade. A aplicação do princípio da precaução não significa necessariamente a inação. Ao contrário, representa o emprego de novos produtos e tecnologias, para os quais a ciência não apresenta ainda certeza de sua segurança, de forma controlada e documentada⁸¹.

A não utilização das novas tecnologias e produtos ou a consideração de surgimento do ilícito ambiental ocorrerá quando a magnitude desse risco e a probabilidade de sua concretização sejam determinantes a ponto de justificar sua proibição e desconsiderar suas vantagens no campo do desenvolvimento econômico, geração de emprego e renda, avanços tecnológicos e científicos, ou ainda, dependendo das circunstâncias, impor medidas preventivas em relação aos possíveis riscos advindos dessa ação ou empreendimento⁸².

Na mesma linha de raciocínio, Teresa Ancona Lopez⁸³, indica que a aplicação do princípio da precaução deve ser muito bem avaliado dentro de um determinado momento social, econômico ou político, assim como devem ser calculados os riscos/benefícios e os custos sociais de sua implementação. Ressalta a autora que o princípio pode ser uma “arma perigosa nas mãos de demagogos e políticos populistas”, levando empresas que geram progresso e crescimento ao país, bem como empregos e benefícios sociais a encerrar suas atividades sob acusação de falhas no gerenciamento de seus riscos por não adotarem medidas de segurança preventivas.

Em síntese, como norma jurídica, o princípio da precaução, se não aplicado quando necessário, dará razão à atuação do Direito com sua força coercitiva, sancionando as ações por meio da obrigação de indenizar ou de outras medidas de

⁸¹ Idem, *ibidem*.

⁸² Idem, *ibidem*.

⁸³ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 103.

sanção para aqueles que não se desincumbiram do dever de prevenir ou evitar o dano. Da mesma forma, o Direito atuará coercitivamente se e quando o princípio da precaução não for corretamente aplicado, também ensejando a responsabilização e punição dos agentes⁸⁴.

⁸⁴ Op. Cit., p. 96.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA INSERÇÃO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em consonância com o objetivo geral proposto e em decorrência deste, bem como dos objetivos específicos, é necessário tratar do tema da responsabilidade civil, num primeiro momento, por meio de uma verificação de seus primórdios, passando a discussão de sua abordagem pelo ordenamento jurídico brasileiro e, ao final, de forma específica, pelo prisma adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, com vistas a análise crítica do instituto e a possibilidade de propor, ao final, um fundamento diverso do que atualmente se utiliza a ciência jurídica⁸⁵.

Para o desenvolvimento desse diagnóstico, optou-se pela apreciação dos precedentes históricos da responsabilidade civil, passando, por fim, ao exame da própria estrutura interna do instituto, com ênfase no fundamento da responsabilidade civil na teoria da culpa e na teoria do risco e nas suas funções de reequilíbrio econômico-social, reparação da vítima e prevenção de danos.

3.1.1 Da responsabilidade sem culpa à culpa como fundamento da responsabilidade civil: da vingança à reparação

Alvino Lima⁸⁶ afirma que “a crença antiga e divulgada de que a teoria das obrigações e do contrato constitui uma ilha inacessível à evolução, tendendo à perenidade, à uniformidade e à universalidade, em virtude de seu caráter científico e

⁸⁵ Como afirma Luiz Edson Fachin, “crítica e ruptura não abjuram, *tout court*, o legado, e nele reconhecem raízes indispensáveis que cooperam para explicitar o presente e que, na quebra, abrem portas para o futuro”. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5).

⁸⁶ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p. 13.

lógico, não resiste hoje a mais simples análise”. Da mesma forma o instituto da responsabilidade civil, atrelado em seu âmbito técnico à noção de obrigação e de contrato e, portanto, não imune à evolução social decorrente da pós-modernidade em suas dimensões de sociedade de risco e de consumo⁸⁷.

Para adentrar à análise dos antecedentes históricos da responsabilidade jurídico, cite-se Giselda Hironaka⁸⁸, para quem, “duas são as grandes referências para uma concepção, ainda que analógica, dos antecedentes históricos da responsabilidade civil: o *conceito de responsabilidade* e a *codificação de um sistema de compensação*”. Nesse sentido, segue a autora, independentemente da consideração da existência de um conceito preciso de responsabilidade civil, todos os sistemas jurídicos, antigos ou contemporâneos, indicam a existência de um *dever de compensação* em razão de um prejuízo ao direito de outrem. A partir dessas premissas é possível traçar, em linhas gerais, um cronograma histórico dos antecedentes do conceito contemporâneo de responsabilidade civil, iniciando pelo *período de talião* até aportar na contemporaneidade.

Nesse primeiro estágio civilizacional, no qual as instituições humanas eram tão pouco desenvolvidas e, por conseguinte, não se cogitava qualquer forma de organização social que não fosse decorrência do uso da força, vigorava a autotutela pela prática da vingança pessoal como única forma de compensação por danos causados por outro indivíduo⁸⁹. A vingança pura e simples, feita pelas próprias mãos da vítima, seria a *pena privada perfeita*, segundo Alvino Lima⁹⁰.

O denominado *período de talião*, caracterizado pelo sentido de justiça como o de vingança pessoal não pode ser considerado como prática de um determinado grupo

⁸⁷ Segue Alvino Lima: “Não há, sem dúvida, assunto mais atual, mais complexo e mais vivo, como observa Jossierand, do que o estudo da responsabilidade aquiliana, centro do Direito Civil, ponto nevrálgico de todas as instituições. René Savatier, estudando a evolução geral da responsabilidade civil, observa que sua expansão é hoje revolucionária. Inúmeras são as causas que os doutrinadores apontam para justificar aquela asserção; umas de natureza puramente material, como as que decorrem dos novos inventos mecânicos, como o automóvel, o avião, as estradas de ferro, os maquinismos em geral, provocando situações jurídicas novas. Vivemos mais intensamente (Roosevelt) e mais perigosamente (Nietzsche), e, assim, num aumento vertiginoso, crescente e invencível, de momentos e de motivos para colisões de direitos. [...] Ao lado das causas materiais apontadas, fatores econômicos, sociais, políticos e influências de ordem moral vieram precipitar a evolução da responsabilidade extracontratual, a ponto de se afirmar que, em nenhuma outra matéria jurídica, o movimento de ideias foi tão acentuado nestes últimos dez anos.” (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 15-17).

⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 44.

⁸⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 45.

⁹⁰ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 20.

social ou povo específico. A prática da violência pela violência é comum aos povos do mundo antigo, antes do advento das formas civilizacionais mais evoluídas⁹¹. Como descreve Wilson Melo da Silva⁹², a reparação se materializava na retaliação, que era instintiva e reflexa, com a reação desordenada e violenta do ofendido, sem qualquer regra ou limite posto, traduzindo-se como primarismo do homem bárbaro, não sendo cogitada qualquer ideia de culpa, persistindo apenas a punição do causador do dano, de maneira instintiva, automática.

Essa vingança é posteriormente regulamentada de forma incipiente pelo Código de Hamurábi, que traz a legitimação do talião – olho por olho, dente por dente – através de sua codificação ou positivação. O Código de Hamurábi positiva a ideia de obrigação de reparação ou compensação em decorrência da causação de um dano a outrem, mesmo que ainda com base no talião antigo, mas de maneira que retira do indivíduo o poder de julgar e executar a vingança através da relação de danos específicos e sua forma de compensação, entretanto sem apresentar um princípio geral de compensação⁹³. A retaliação violenta gera mais violência, sendo que essa equação acaba sendo percebida conforme evoluem os grupos sociais, descobrindo-se que o sentimento de vingança pode ser aplacado em face de uma compensação econômica⁹⁴.

Para Hironaka⁹⁵, importante considerar nessa evolução o Código de Manu, fundado em princípios brâmanes, portanto de origem religiosa, e que representa a fundação de uma noção não violenta de reparação dos danos, substituindo a vingança pessoal pelo pagamento de uma soma em dinheiro⁹⁶, apresentando semelhanças com institutos ocidentais posteriores. De retorno às civilizações ocidentais portanto, necessário abordar o período da Grécia antiga e suas noções gerais de direito, em especial quanto ao tema dano e sua reparação, considerando que essa civilização é

⁹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 45.

⁹² SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 15.

⁹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 45.

⁹⁴ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**, p. 15.

⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 47-48.

⁹⁶ Sobre essa etapa, interessante o posicionamento de Wilson Melo da Silva: “É quando o ofensor paga um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo. Surgem as mais esdrúxulas traífações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações pré-estabelecidas por acidentes de trabalho. [...] no Código de Manu, onde se pagam cem *panas* por uma simples escoriação de epiderme ou seis *nishkas* pela ferida penetrante.” (SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**, p. 15-16).

fundadora de todo arcabouço cultural e racional do Ocidente, bem como da relação entre política e direito, bem como entre este e a ética, nos dizeres de Giselda Hironaka⁹⁷.

Nas linhas gerais traçadas pela autora, os gregos antigos, como precursores do Direito Natural, pregavam que a natureza vive em equilíbrio conforme uma ordem imutável regida pelas leis naturais, sendo que o homem, através de suas ações artificiais, é o único ser capaz de alterar esse equilíbrio. Em razão dessa concepção, todo dever e obrigação instituídos devem se traduzir em ações humanas em prol do reequilíbrio da natureza⁹⁸.

Sob essa perspectiva, o dano constitui uma ação contrária à natureza de alguém ou à própria natureza inteira, surgindo obrigatoriamente o dever de reparação, pensado de forma racional com base na necessidade de manutenção ou restauração do equilíbrio natural das coisas e dos homens. E essa compensação ou reparação do dano causado, deixa a esfera privada para adentrar à esfera pública, sendo determinada por um critério maior do que o arbítrio individual, para que fosse mantida a ordem civil e social⁹⁹. Quanto à forma de compensação ou reparação, no direito grego estas poderiam ser o cumprimento da obrigação ou dever originário ou a imputação de um castigo, que poderia ser físico, incluindo a morte, ou pecuniário através de multa. Entretanto a própria autora argumenta que não existem registros suficientes para determinar essas formas de reparação quanto aos danos privados causados a outra pessoa¹⁰⁰.

Passando à Roma Antiga pode-se considerar que é neste estágio de evolução jurídica que se encontram as bases fundamentais de todos os sistemas jurídicos ocidentais, mesmo daqueles que não derivam diretamente do Direito Romano¹⁰¹. Essa tendência se percebe tanto na doutrina geral do Direito, quanto nas obras referenciais acerca da responsabilidade civil, difundida ainda nos manuais acadêmicos sobre o tema. É do direito romano que as legislações modernas retiraram a teoria clássica da culpa e da qual nasceu o princípio genérico da responsabilidade extracontratual concretizado no

⁹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 49.

⁹⁸ Op. cit, p. 50.

⁹⁹ Op. cit, p. 52.

¹⁰⁰ Op. cit, p. 52.

¹⁰¹ Op. cit, p. 49.

Código Civil de Napoleão¹⁰². É do Direito Romano e a partir desse, a concepção de um dever geral de não prejudicar ninguém, expresso na máxima *naeminem laedere*¹⁰³.

Dito de outra forma, o Direito deve defender aquele que foi prejudicado, sendo um dever geral de conduta nas relações jurídicas a manutenção das condições acordadas, sem que uma das partes cause prejuízos à outra. Entretanto, mesmo no Direito Romano, assim como nas civilizações anteriores, se percebe inicialmente ainda a noção de vingança privada de um indivíduo como reação contra o mal sofrido e causado por outrem¹⁰⁴. O Direito Romano adotava a noção de delito, ou seja, de mal imposto por um indivíduo a outro, como premissa, para regulamentar por meio da intervenção estatal na sociedade, a vingança do ofendido. Essa manifestação estatal inicial se deu ainda pela concepção de Talião, cujos traços ainda se encontram na Lei das XII Tábuas¹⁰⁵. Nesta fase permanece a noção de vingança pessoal, porém regulada pelo Estado e não se tem diferença entre responsabilidade civil e penal¹⁰⁶.

Este período apresenta o surgimento da compensação econômica, pela qual a vingança pessoal é substituída pelo pagamento pecuniário, inicialmente voluntário, posteriormente obrigatório e tarifado pela lei em conformidade com a extensão ou abrangência do dano sofrido¹⁰⁷. Percebe-se então a valoração econômica do dano, sendo diferenciado o valor pago em consequência da pessoa do ofensor e do ofendido, bem como em razão do bem atingido pela ofensa¹⁰⁸.

Porém, a distinção entre *pena e reparação* é esboçada com a separação entre o que seriam delitos privados e delitos públicos¹⁰⁹, tidos estes últimos como mais graves e que traziam a possibilidade de causar ofensas à ordem pública. Determinava-se que a pena pecuniária imposta por um delito público deveria ser recolhida aos cofres do Estado, enquanto a pena por um delito privado era destinada ao ofendido, com clara natureza reparatória¹¹⁰.

¹⁰² LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 19.

¹⁰³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª ed. rev. aument. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

¹⁰⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. rev. atual. e aument.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.

¹⁰⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 20.

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

¹⁰⁷ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 20-21.

¹⁰⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 26.

¹⁰⁹ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 341 e s..

¹¹⁰ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**, p. 16.

Com o advento da *Lex Aquilia*, ainda no Direito Romano, é que se reconhece um princípio geral aplicável à reparação do dano – no caso o *damnum injuria datum*¹¹¹ –, transformando-se em marco jurídico essencial para o tema da responsabilidade, passando a denominar, inclusive, uma espécie desta: a *responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana*. Esta traz consigo a noção de *culpa* como elemento subjetivo da responsabilidade¹¹².

Tem-se, então, que na antiguidade a noção de responsabilidade passa por um período de resposta individual e violenta ao mal sofrido, causando um dano através do castigo ao ofensor. Em seqüência, introduz-se a possibilidade de reparação pecuniária, que posteriormente é dada como obrigatória e tarifada em conseqüência das partes envolvidas e os bens jurídicos atingidos. Determina-se a distinção entre delitos públicos e privados, separando a responsabilidade entre civil e penal, e finalmente, surge a culpa como elemento subjetivo da responsabilidade¹¹³.

Nesse mesmo sentido, Giselda Hironaka¹¹⁴ afirma que foi a *lex aquilia de damno* que introduziu a inovação sem precedentes da ideia todo autor de um ato ilícito – contrário à lei ou ao direito de outrem – está obrigado de antemão a indenizar em decorrência da causalidade da ação levada a cabo.

Entretanto, a autora argumenta, com propriedade, que a culpa moldada pela *lex aquilia* não mantém relação com o sentido de culpa¹¹⁵ que se adota contemporaneamente na concepção de responsabilidade civil. Na visão aquiliana, o fator fundamental é a *causalidade do agente*¹¹⁶ em relação ao dano, ou seja, a obrigação

¹¹¹ “O *damnum injuria datum* consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpori*, sem direito ou escusa legal (*injuria*). Concedida, a princípio, somente ao proprietário da coisa lesada, é mais tarde, por influência da jurisprudência, concedida aos titulares de direitos reais e aos possuidores, como a certos detentores, assim como aos peregrinos; estendera-se também aos casos de ferimentos em homens livres, quando a lei se referia às coisas e ao escravo, assim como às coisas imóveis e à destruição de um ato instrumentário (testamento, caução), desde que não houvesse outro meio de prova.” (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 22).

¹¹² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 28.

¹¹³ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 21.

¹¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 55.

¹¹⁵ Conforme Marcelo Junqueira Calixto, modernamente “é possível formular o conceito de culpa nos seguintes termos: erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31).

¹¹⁶ Ainda Marcelo Junqueira Calixto, acerca da culpa do período romano, afirma que “acredita-se que o significado originário da *culpa* estivesse mais próximo de uma questão de *imputação objetiva* do dano ou de *nexo de causalidade* entre a conduta e o resultado danoso, o que explicaria, igualmente, a

de reparar está fundada no fato de o agente ter causado o dano e não na possibilidade de ter desejado causar o dano que efetivamente causou¹¹⁷. Portanto, diferentes as concepções de culpa percebidas nos diferentes momentos de evolução social e jurídica¹¹⁸.

Mesma opinião expressa Wilson Melo da Silva, para quem a questão vista sob prisma do direito romano, se apresenta com valor relativo, histórico, não exercendo influência sobre os problemas da responsabilidade extracontratual atual, considerando que os tempos modernos, com a crescente modernização alocam na realidade jurídica consequências econômicas, políticas e sociais desconhecidas dos romanos e, portanto, distantes da concepção de responsabilidade aquiliana¹¹⁹.

No interstício entre o período romano e a modernidade, percebem-se alterações profundas no modo de organização das sociedades e do Estado, conseqüentemente, essas mudanças influenciam diretamente o Direito nesse transcorrer histórico-social¹²⁰. Esse mesmo período histórico-evolutivo assistiu ao surgimento do cristianismo como movimento religioso hegemônico do mundo ocidental, não sendo permitido excluir sua forte influência sobre sociedades e Estados na análise aqui proposta, conforme entendimento de Giselda Hironaka¹²¹ e Dalmo de Abreu Dallari¹²².

O que demonstra de forma mais marcante a influência da Igreja sobre o Direito, no entendimento de Hironaka, é a criação do termo *responsabilitas*, até então inexistente. Assim a responsabilidade propriamente dita é criação do mundo cristão medieval, vinculado a sua ética própria, estabelecendo uma conexão direta com a ideia

responsabilidade das crianças e dos loucos pelos danos causados”. (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**, p. 129).

¹¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 57.

¹¹⁸ Segundo Aguiar Dias: “A culpa genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável. A conduta reprovável, por sua parte, compreende duas projeções: o dolo, no qual se identifica a vontade direta de prejudicar, configura a culpa no sentido amplo; e a simples negligência (*negligentia, imprudentia, ignavia*) em relação ao direito alheio, que vem a ser a culpa no sentido estrito e rigorosamente técnico.” (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 133-134).

¹¹⁹ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**, p. 19.

¹²⁰ Sobre o assunto ver: Dalmo de Abreu Dallari – Elementos de teoria geral do estado; Darcy Azambuja – Introdução à ciência política; José Geraldo Brito Filomeno – Manual de teoria geral do estado e ciência política; Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes – Ciência política & teoria do estado.

¹²¹ Nos dizeres da autora: “Ora, jamais houve, por parte da Igreja católica, a imposição de um sistema jurídico laico que, por exemplo, substituísse em dimensões e importância o direito romano. Todavia, desde suas fundações, a Igreja se constituiu numa instituição de pressão sobre o governo político e os costumes sociais e jurídicos.” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 58).

¹²² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 73-76.

de livre-arbítrio, também surgida no período informado. Não se trata da criação do instituto jurídico da responsabilidade, mas reflete, em termos, o ideal de justiça da época, distinta por conseguinte do ideal romano¹²³.

Enquanto no direito romano a compensação era fundada na propriedade e na existência de um dano voluntário, o culpado estaria obrigado à reparação, no pensamento cristão, a compensação não se funda exclusivamente na propriedade, mas também na ideia de *piedade*. Por essa concepção se altera substancialmente o sentido da culpa, seu fundamento e sua posição para aferição da responsabilidade, surgindo como fundamento próprio dessa¹²⁴.

Quanto à concepção jurídica de culpa como instituto jurídico que define o dever de indenizar, durante a idade média se observará de forma crescente a transposição do sentido de *causalidade* para o sentido de *manifestação de vontade*, com a capacidade de prevenção e previsão do dano como decorrente de um desvio moral do que se considerava a obrigação moral típica de um *homem justo*, nos termos da moral cristã da época¹²⁵.

Já na modernidade, como dito antes, percebe-se o surgimento de nova realidade social, advinda da crescente modernização decorrente da revolução industrial, da hegemonia do capitalismo como forma de produção e, por consequência, novos contextos relacionais entre indivíduos e a consolidação dos Estados nacionais, levando a demanda por alterações também no domínio do Direito¹²⁶. No âmbito do direito moderno, em específico nos países da Europa, percebe-se o surgimento de duas realidades jurídicas distintas – a *common law*¹²⁷ e a *civil law* – que apesar da influência

¹²³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 58-59.

¹²⁴ Conforme Giselda Hironaka, o cidadão honesto não é apenas aquele que cumpre as leis da cidade, mas aquele que o faz dentro das práticas cristãs, ou seja, a culpa não é determinável por um simples querer contra a lei, mas é determinável por um querer contra o bom caminho, conforme os costumes da sociedade cristã; a culpa não é consequência da prática do ilícito, mas o fundamento da prática do ilícito e causa da imputabilidade, independente da produção do dano, sendo punível a intenção, conforme ditames religiosos. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 59).

¹²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 59.

¹²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**, p. 77-79.

¹²⁷ Sobre o direito inglês e anglo-americano, nos dizeres de Alvino Lima, por sua estrutura estes não possuem um princípio geral de responsabilidade civil semelhante ao adotado pelos Códigos Civis existentes, sendo que a evolução do instituto se deu através de ações judiciais (*writs*), cujo rol era limitado a alguns poucos procedimentos, todos fundados em violações à obrigações impostas por lei e independentes do sentido de culpa (*tort*). (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 29-34).

recebida do direito romano, se aperfeiçoam atendendo às características e peculiaridades de cada nação e de cada povo¹²⁸.

Aos objetivos deste estudo interessa analisar o sistema da *civil law*, caracterizado nesse primeiro momento pela codificação das leis¹²⁹, cujo movimento se inicia na França com a edição do Código Civil francês – Código de Napoleão – datado de 1804 e que acaba por influenciar diretamente o Direito Civil moderno, seja pelos conceitos adotados, seja pela forma codificada¹³⁰.

No que se refere à responsabilidade civil, o racionalismo sistêmico adotado pelo Código Francês, indica na culpa o elemento sempre presente na obrigação de reparar o dano: sem vontade de causar o dano, não há como ter previsto outra ação senão aquela que o causou e somente quando o dano é causado pela culpa do agente é possível exigir reparação. A culpa, então, ocupa posição além de causa ou critério, ao lado de outros, da responsabilidade civil, apresentando-se como verdadeira condição de existência dessa responsabilidade. Não existiria, assim, responsabilidade sem culpa¹³¹.

Essa percepção também traz Aguiar Dias¹³² quando afirma que no direito francês evoluído, independe da gravidade da culpa do responsável, sendo estabelecidas categorias de culpa das quais advêm os danos: a que acarreta a responsabilidade penal do agente perante o Estado e a responsabilidade civil perante a vítima; aquela das pessoas que descumprem obrigações (culpa contratual) e a que não está vinculada a crime ou delito, mas tem origem na negligência ou imprudência do agente (culpa extracontratual).

Dessa forma, a culpabilidade como elemento subjetivo da responsabilidade civil e a adoção plena da noção de reparação do dano em detrimento da penalização do

¹²⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 60.

¹²⁹ Pela definição de Pietro Perlingieri: “Por ‘código’, em geral, entende-se o documento (que é uma lei) contendo um conjunto de proposições prescritivas (das quais se extraem normas) consideradas unitariamente, segundo uma ideia de coerência e de sistema, destinadas a constituírem uma disciplina tendencialmente completa de um setor. A experiência da codificação – que encontra suas raízes na Revolução Francesa e não é característica típica de todo ordenamento estatal [...]”. (PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad.: Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4).

¹³⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 30.

¹³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 61.

¹³² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 30.

ofensor, inserida no Código Civil de Napoleão, influenciou a legislação civil de grande parte da humanidade, incluído nesse rol o Código Civil Brasileiro de 1916¹³³.

Entretanto, a teoria clássica fundada na culpa se mostrou insuficiente para atender às demandas concretas decorrentes do convívio social com a evolução da sociedade moderna, deixando sem reparação casos nos quais não se conseguia a comprovação desse elemento subjetivo. Esse novo contexto social¹³⁴ deu início a um movimento jurisprudencial que alargava a interpretação do elemento subjetivo, levando à reformulação da teoria clássica da responsabilidade civil fundada na existência de culpa do ofensor, que deu lugar a novas teorias dogmáticas que se posicionam pela necessidade de reparação dos danos em decorrência direta do fato ou do risco criado, sem a consideração da culpa¹³⁵.

3.1.2 Da responsabilidade civil subjetiva à responsabilidade civil objetiva: da vinculação do dano exclusivamente à existência da culpa à presunção ou desconsideração da culpa para reparação do dano

Conforme define Aguiar Dias, a teoria da culpa resumida por Ihering na fórmula “sem culpa, nenhuma reparação”, foi suficiente por muito tempo para satisfazer a dogmática jurídica como fundamento da responsabilidade e ainda inspira parte da doutrina que resiste em declarar sua insuficiência frente às demandas da modernidade,

¹³³ Acerca da adesão do Código Civil de 1916 à teoria da responsabilidade com fundamento na culpa do agente, interessante verificar a obra de Carvalho Santos, que assim se refere ao tema: “O nosso legislador, não se afastando da doutrina tradicional, conserva a responsabilidade civil com fundamento na culpa, provada ou presumida, não acolhendo a nova teoria da responsabilidade sem culpa, tal como a querem Unger e outros juristas de não menor porte. [...] O certo é que o nosso Direito não admite a responsabilidade puramente objetiva, resultando do mero fato danoso.” (CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático**. Vol. III: parte geral (arts. 114-179), 11ª ed. Rio de Janeiro: Feitas Bastos, p. 321.

¹³⁴ Conforme Cavalieri Filho, “costuma-se apontar, em apertada síntese, a revolução industrial do século passado, o progresso científico do nosso século e a explosão demográfica que nele ocorreu como sendo os principais fatores que ensejaram nova concepção de responsabilidade civil. Com efeito, se o desenvolvimento do maquinismo fez surgir a indústria, mudando a base econômica do País, trouxe como consequência os acidentes de trabalho. O progresso científico fez aparecer um sem-número de inventos, encheu as ruas de veículos que, se, por um lado, facilitam a vida em sociedade, por outro, dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito diariamente. O crescimento da população, com milhões de pessoas migrando do Interior para os grandes centros em busca de trabalho, levou ao caos os sistemas de transportes urbanos.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 141-142).

¹³⁵ Idem, *Ibidem*.

sem menção ainda aos defeitos da própria concepção teórica¹³⁶. Como se verá adiante, a própria evolução da teoria da culpa para a teoria do risco, com adoção da responsabilidade civil objetiva também irá demonstrar sua insuficiência, dessa vez frente aos pressupostos da pós-modernidade, nas dimensões dadas pela sociedade de risco e pela sociedade de consumo.

Como se percebe, a transição da responsabilidade subjetiva para a objetiva não foi tarefa simples ou célere¹³⁷. O movimento dos julgados, num primeiro momento, passou a admitir de forma menos onerosa para a vítima a comprovação da culpa, evoluindo para a admissão da culpa presumida. Houve ainda o alargamento de situações consideradas como de responsabilidade contratual, até que se chegou à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos¹³⁸.

Para contextualizar a situação que se observava então, Marcelo Junqueira Calixto¹³⁹ afirma que ao final do século XIX se constata que a exigência da prova da culpa pela vítima do dano dificultava, quando não impedia, a reparação do próprio dano¹⁴⁰, sendo iniciado o movimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de relativizar o ônus probatório da vítima, sem abolir formalmente a culpa ou sua prova como fundamento da responsabilidade civil. Surgem assim, segundo o autor, as primeiras teorias favoráveis à presunção da culpa do ofensor pelos danos causados por sua ação.

Para aportar na concepção atual de responsabilidade civil, necessário se faz analisar seus fundamentos na teoria clássica, seu alargamento técnico, analisando as teorias da culpa nesse ínterim, para chegar-se à teoria do risco, fundante da responsabilidade objetiva, que rompe, inicialmente, o paradigma subjetivo. A partir dessa premissa, inovadora, mas ainda insuficiente, como se pretende comprovar por este

¹³⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 57.

¹³⁷ Alvino Lima denomina esse movimento de transição de “processos técnicos” de ampliação da teoria da culpa. (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 70-71). Wilson Melo da Silva também se utiliza dessa definição para processo de alargamento da concepção de culpa. (SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**, p. 80-94).

¹³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 142-143.

¹³⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**, p. 150.

¹⁴⁰ Para Ney Stany Morais Maranhão, “a dificuldade probatória era tão intensa e injusta que acabou sendo considerada como uma verdadeira *maldade* às vítimas, que, diante do dissabor de um já previsível fracasso probatório no interior de uma demanda judicial, no mais das vezes restavam totalmente iressarcidas. Daí o porquê dessa frustração técnico-probatória ter sido batizada na doutrina de *probatio diabolica*.” (MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**, p. 180).

estudo, cabe à ciência jurídica propor novas soluções, adequadas à realidade social contemporânea.

Com esse intuito, inicia-se a análise pela definição clássica de *culpa*, a se confrontar com a concepção moderna já informada anteriormente. A acepção clássica traz a culpa como ato violador do direito de outrem praticado com negligência e imprudência¹⁴¹.

Essa significação é criticada por Alvino Lima¹⁴², que ao considerar a responsabilidade como fenômeno complexo que apresenta elementos diversos e que nela se integram, afirma que um desses elementos é o fato violador do direito – o ato ilícito – que deve ser considerado em si mesmo e não confundido com a culpa, que é elemento distinto da responsabilidade.

Assim também se posiciona Aguiar Dias¹⁴³, que afirma que a culpa não se confunde com o ato ilícito, mas o qualifica como tal a partir da sua percepção volitiva no ato lesivo do direito de outrem, causador de um dano concreto. Essa crítica, segundo o autor, se expandia pela doutrina da época, fazendo surgir diversas teorias acerca da culpa.

Essas teorias da culpa, advindas da doutrina francesa, alemã e italiana¹⁴⁴, transitam pela discussão entre a possibilidade de apreciação da conduta do agente deve ser apreciada *in concreto* ou *in abstracto*, sendo que, no primeiro caso, se considera a consciência do autor do dano, seu íntimo; e no segundo, se leva em conta a conduta do agente em face da conduta normal dos indivíduos em geral, colocados na mesma posição daquele que infligiu o dano¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

¹⁴¹ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 52.

¹⁴² LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 52-53.

¹⁴³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 133-134.

¹⁴⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 136.

¹⁴⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 57-61.

¹⁴⁶ Segundo Marcelo Calixto Junqueira, o primeiro grupo de doutrinadores visualiza a culpa como a “violação de um dever legal ou contratual pré-existente”, traz a grande virtude de formular um conceito unitário de culpa – aplicável no âmbito contratual como no extracontratual. O mesmo autor informa que a crítica maior à teoria encontrava-se no fato desta não definir o dever violado, sendo comum a referência, na culpa extracontratual, a um dever geral de não lesar. Um segundo grande grupo de autores vê a culpa como *erro de conduta*, que tem a virtude de afastar a necessidade de demonstrar o dever violado, mas tem o grande desafio de estabelecer *um padrão de conduta*, retomando o padrão de diligência do Direito Romano que tem no *bom pai de família* a referência, admitindo sua contextualização ao caso concreto. (CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**, p. 9-11).

Como dito por Alvino Lima¹⁴⁷, o movimento evolutivo da sociedade introduzida na industrialização leva o direito a buscar respostas para as novas demandas surgidas das relações sociais, sendo imprescindível perquirir um novo fundamento para a responsabilidade civil extracontratual que melhor resolvesse o problema da reparação do dano, evitando a injustiça de permanecerem as vítimas sem compensação, o que deve ser repudiado pela consciência humana e jurídica, e que não era mais possível resolver completamente no âmbito da responsabilidade fundada unicamente na culpa.

Para tanto se fez necessário abordar a responsabilidade não mais sob o prisma do elemento moral e passar a análise do aspecto exclusivo da reparação do dano. Sendo que dano e reparação não devem ser medidos pela culpabilidade, mas surgir do próprio fato causador da lesão ao bem jurídico¹⁴⁸.

Esse movimento é influenciado, para além dos fatores sociais e materiais já citados, por questões de ordem moral, fundados no crescente número de vítimas decorrentes das atividades econômicas geradoras de riscos, que muitas vezes suportavam o ônus da lesão sem possibilidade de reparação por ausência de condições de comprovação da culpa¹⁴⁹.

Wilson Melo da Silva¹⁵⁰, de maneira sintética, descreve a atuação dos juristas da época afirmando que uns com fundamento na equidade genérica, outros no dever de segurança, no de garantia, no risco proveito ou no risco criado; alguns na anormalidade da ação, no risco determinado por energias acumuladas, no preceito amplo de *neminem laedere* e até na caridade, cada qual buscando fundamentar a superação da antiga regra da culpa subjetiva, que se mostrava insuficiente para conceder a reparação em muitos casos advindos da modernização.

Como é próprio da ruptura, a nova doutrina do risco foi comprometida, inicialmente, pelo extremismo de seus defensores que, no afã de demonstrar sua resistência aos velhos conceitos, acabaram por levar a inovação para além dos limites que ela própria poderia ser sustentada¹⁵¹. Esse fenômeno, o do extremismo, se percebe também na trajetória das teorias da culpa, não sendo, portanto, diferente no caso da teoria do risco, posto que influencia diretamente o tema da responsabilidade civil e este,

¹⁴⁷ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 113-115.

¹⁴⁸ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 115-116.

¹⁴⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁵⁰ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**, p. 27.

¹⁵¹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 65.

por sua vez, atinge as relações sociais e jurídicas, interferindo no sentimento de equilíbrio e paz social decorrente¹⁵².

Pode-se afirmar que a teoria da responsabilidade objetiva se funda no risco, concebido como perigo ou probabilidade de dano, sendo que aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os riscos dela decorrente e reparar os eventuais danos que possa ocasionar. Dito de outra forma, todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por este, independentemente de ter agido com culpa ou não. O problema da reparação se resolve pela *causalidade*, dispensado qualquer juízo de valor sobre a ação do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano¹⁵³.

Teresa Ancona Lopez¹⁵⁴ afirma que o risco está no centro do Direito e da sociedade moderna, não sendo possível entender a ambos sem a presença constante do risco. Entretanto, segue a autora, é na responsabilidade civil que o risco demonstra sua maior relevância, destacando-se o risco da atividade ou risco empresarial como a principal teoria de fundamentação do direito de danos.

Por certo que se percebe a quebra do paradigma da culpa como único fundamento da responsabilidade civil com o surgimento da teoria do risco e da concepção de responsabilidade objetiva dessa decorrente. Entretanto, apesar da evolução, a responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco, ao lado da responsabilidade subjetiva, tampouco é suficiente para atender às demandas sociais que emergiram e emergem da sociedade pós-moderna, sendo necessária uma nova quebra de paradigma, que é o que se busca demonstrar neste estudo.

¹⁵² Teresa Ancona Lopez identifica, inicialmente a teoria do risco-proveito (quem lucra põdo em risco a vida e os bens de outrem deve arcar com a indenização), passando à teoria do risco-criado (mais ampla e englobando quaisquer atividades, nos casos de inaplicabilidade do proveito), ao lado da teoria do risco profissional (fundada nos acidentes de trabalho), chegando, por fim, à teoria do risco-atividade, de fundamento econômico da distribuição dos riscos, pelo qual o custo dessa garantia de reparação, seja através de seguro de indenizações, seja pelo pagamento direto, acaba sendo embutido no custo de produtos e repassado ao consumidor e à sociedade. (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 45-47). Para aprofundamento no tema das diversas teorias fundantes da doutrina do risco ver: Alvinio Lima – Culpa e risco; Aguiar Dias – Da responsabilidade civil; Wilson Melo da Silva – Responsabilidade sem culpa.

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 143.

¹⁵⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 44-45.

3.1.3 Responsabilidade civil no código civil brasileiro: a influência dos valores constitucionais e a inserção de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva

Expressos, de forma sucinta, os antecedentes históricos da responsabilidade civil, bem como as teorias de fundamentação de sua atribuição, adentra-se à análise do instituto da responsabilidade civil da forma como é recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Nessa tarefa, iniciando pelo Código Civil de 1916 e a legislação esparsa, mesmo que em breve incursão, passando ao Código Civil de 2002 e suas alterações no que se refere à responsabilidade civil, em especial quanto à elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da obrigação de reparar o dano.

Com relação ao Código Civil de 1916, como dito antes, revela-se a adoção da culpa como única a ensejar o dever de indenizar, em concordância com o posicionamento doutrinário da época de sua elaboração. As possibilidades de responsabilização e reparação sem culpa surgem, a partir desse marco inicial, na legislação especial, destinada a regular matérias e atividades específicas, que por sua natureza exigiam um novo paradigma de fundamentação da responsabilidade.

Recorrendo a Alvino Lima¹⁵⁵, tem-se que a medida que crescem as necessidades de proteção às vítimas de acidentes, decorrentes ainda da primeira modernidade, percebe-se a adoção da teoria do risco na regulação de atividades específicas. Dessa percepção, segundo o autor, os defensores da culpa tentam convencer e confirmar o princípio genérico da responsabilidade decorrente da culpa como regra geral, em contraposição à excepcionalidade da legislação especial¹⁵⁶.

De retorno ao Código de 1916, tem-se que este, em sua primeira redação de 1900, se mantém inicialmente distante da influência de outros códigos, mas, decorrente dos 15 anos de discussão parlamentar, até sua aprovação em 1916, acaba por internalizar as mudanças trazidas pela modernização e industrialização do período, em

¹⁵⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 260.

¹⁵⁶ O mesmo autor cita, a título de exemplo e premissa de estudo, algumas dessas leis especiais como a lei de acidentes de trabalho, a de acidentes de aeronaves, de automóveis, de minas, de estradas de ferro e por eletricidade. Para os objetivos deste estudo, não se vislumbra a necessidade do tratamento individualizado da legislação especial, sendo sua indicação suficiente para informar que, a par do princípio geral do Código Civil de 1916, surgiram disposições legais que adotaram a teoria do risco, ainda que de forma excepcional.

especial as questões sociais e econômicas, bem como das tradições doutrinárias e jurisprudenciais europeia e latino-americanas que se formavam¹⁵⁷.

Entretanto, mesmo não sendo essas influências suficientes para que se adotasse explicitamente a teoria do risco como fundamento de responsabilidade civil, o Código de 1916, em algumas passagens considera a adoção da responsabilidade objetiva, sendo que ambas as posições acabaram por coexistir. Entretanto, a regra geral ainda era a da responsabilidade subjetiva¹⁵⁸.

Analisado sob essa perspectiva, o Código Civil de 1916 já nasce antigo no que se refere à responsabilidade civil, adotando como fundamento único a teoria da culpa, já vista como inadequada pela doutrina avançada da época. No seu longo ciclo de vida, sendo substituído apenas no ano de 2002 pelo atual código em vigor, o Código de 1916 sofreu tentativas de atualização, seja pela criação de um Código das Obrigações, seja pela atualização do próprio Código Civil, esta proposta inicialmente em 1975¹⁵⁹.

Novamente, em razão do longo e tortuoso processo legislativo num primeiro momento, decorrente da estrutura política do Estado brasileiro e, num segundo momento em face do processo de redemocratização em curso na década de 1980, a reformulação do Código Civil brasileiro acaba por não ser finalizada até o ano de 2002, com a entrada em vigor do atual diploma civil. Nesse ínterim, fruto do movimento de redemocratização do país, é promulgada a Constituição Federal¹⁶⁰ em vigor, no ano de 1988. A Constituição Federal de 1988, portanto, nasce sob o manto da Democracia, exacerbada pelo momento político vivido na transição do autoritarismo para o regime democrático.

Nessa perspectiva, Ney Stany Maranhão¹⁶¹ afirma que a Constituição de 1988 nasce com o intuito de revolucionar o ordenamento jurídico, com vistas a

¹⁵⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 66-67.

¹⁵⁸ Giselda Hironaka aponta como os artigos 1527 a 1529, do Código Civil de 1916 como exemplos de responsabilidade objetiva, atinentes à responsabilidade do dono de animal, do edifício e ao habitante da casa. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 137-139). Para aprofundamento do tema, incluindo uma proposta de subdivisão da responsabilidade objetiva em pura e impura, ver Alvaro Villaça de Azevedo – Teoria geral das obrigações.

¹⁵⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, p. 35.

¹⁶⁰ Conforme José Afonso da Silva, a constituição do Estado seria um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras a forma de Estado e estrutura de governo, direitos e garantias fundamentais, se traduzindo em organização dos elementos constitutivos do Estado. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 37-38).

¹⁶¹ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**, p. 148-150.

concretizar o sentido de justiça e promover a dignidade humana¹⁶². Com isso, toda ordem jurídica deve ser lida e relida sob sua ótica, num processo denominado de *constitucionalização do Direito*, internalizando no texto constitucional, muitas vezes, matérias antes tratadas unicamente pela legislação ordinária, mas especialmente, como fenômeno pelo qual os princípios constitucionais se deslocam rumo à legislação infraconstitucional, impondo a esta seus valores e obrigando uma releitura crítica a seus institutos e dispositivos.

Com relação ao Código Civil em gestação desde 1975 não foi diferente. Após a promulgação da Constituição de 1988 e a retomada dos trabalhos de discussão do que viria a ser o novo código, os valores e princípios da nova carta constitucional acabaram por ser inseridos na redação da lei civil, influenciando diretamente nos conceitos e dispositivos adotados pelo legislador e imprimindo-lhe um perfil humanista em substituição ao caráter patrimonialista do anterior Código de 1916¹⁶³⁻¹⁶⁴.

No que se refere ao instituto da responsabilidade civil, o Código Civil de 2002 congrega as duas teorias de fundamentação para o dever de indenização: a subjetiva e a objetiva. Na sua Parte Geral, nos dispositivos relativos aos atos ilícitos¹⁶⁵ e

¹⁶² Segundo afirma Rizzatto Nunes, a dignidade humana é um valor já preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa, apesar da dificuldade semântica do sentido de dignidade, isso não implica em permissão à sua violação, sendo a dignidade a primeira garantia das pessoas e última guarida dos direitos fundamentais, sendo visível sua violação quando esta ocorre. (RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79).

¹⁶³ Acerca dessa alteração de perspectiva, interessante a posição de Gagliano e Pamplona Filho que assim afirmam: “O CC-16, sem diminuir a sua magnitude técnica, em sua crueza, é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo, naturalmente, a sociedade do século XIX. Preocupa-se com o ‘ter’, e não com o ‘ser’. Ignora a dignidade da pessoa humana, não se compadece com o sofrimento do devedor, esmaga o filho bastardo, faz-se de desentendido no que tange aos direitos e litígios pela posse coletiva de terras, e, o que é pior, imagina que as partes de um contrato são sempre iguais. Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como *dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo d atividade econômica*, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária”. (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. I: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48).

¹⁶⁴ Com relação à *supremacia da Constituição Federal*, tem-se a lição de José Afonso da Silva: “Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. [...] Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 46).

¹⁶⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

no arcabouço da responsabilidade civil¹⁶⁶, permanece a regra geral da responsabilidade por culpa, inserindo como complemento a responsabilidade objetiva, nos casos expressos em lei ou em decorrência de atividade, que por sua natureza, implicar em risco aos direitos de outras pessoas.

Especificamente com relação à responsabilidade civil objetiva, nos moldes adotados pelo Código de 2002, tem-se que este abraçou a *teoria do risco da atividade* como cláusula geral¹⁶⁷ daquela, inserida na parte final do parágrafo único do artigo 927, de igual forma que as legislações europeias e norte-americana¹⁶⁸.

Ultrapassada, inicialmente a análise acerca do instituto da responsabilidade civil, desde seus antecedentes históricos, passando pelas teorias de fundamentação e o posicionamento adotado pela legislação civil nacional, desde o Código de 1916 até o atual em vigor a partir de 2002, o estudo passa a análise específica da responsabilidade e sua adoção pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL: SEGURANÇA DO CONSUMIDOR COMO PARADIGMA DE RESPONSABILIZAÇÃO

3.2.1 Código de defesa do consumidor e responsabilidade civil

Conforme dito antes, a sociedade de consumo, ao lado da sociedade de risco, como dimensões da pós-modernidade, desafiam o Direito a responder satisfatoriamente à eclosão de novas relações sociais e jurídicas decorrentes da evolução

¹⁶⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹⁶⁷ Cláusula geral entendida conforme Cláudio Luiz Bueno de Godoy, como aquela que encerra um preceito normativo cujos termos são propositadamente vagos, em razão de utilização de uma técnica legislativa que se afasta do casuismo descritivo em favor do uso de termos semânticos abertos, possibilitando a adaptação da norma à diversidade das situações fáticas. (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

¹⁶⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 47.

dos riscos e do consumo concomitantemente. Essa realidade social se coloca de frente às antigas concepções e dogmas jurídicos da modernidade, influenciando como se viu no surgimento de um novo ramo de estudos jurídicos – o Direito do Consumidor – e também no que se refere ao instituto da responsabilidade civil, que por sua vez, encontra sua base no Direito Civil, mas tem aplicabilidade plena e necessária no direito consumerista.

Para elaboração deste trabalho, não se farão maiores incursões na origem do Direito do Consumidor, resumindo-se analisar o caminho traçado pelo Direito do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, à guisa de introdução ao tema da abordagem utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor para inclusão da responsabilidade civil em seus dispositivos. Retomando o tema da sociedade de consumo, pode-se afirmar que esta, ao contrário do que se propunha e que se imagina, não trouxe apenas benefícios aos que nela se encontram. A posição do consumidor, encantado com os benefícios prometidos, de acesso a bens e serviços, novas tecnologias e produtos, possibilidade de obtenção de ascensão social através da propriedade e uso desses objetos, acabou por ser inferiorizada.

Se nas sociedades anteriores, consumidor e fornecedor se encontravam em relativo equilíbrio de negociação, muitas vezes pela proximidade existente entre ambos, decorrente de um mercado pré-globalização, atualmente o fornecedor assume um papel preponderante na relação de consumo, ditando regras e condições, em contraposição à vulnerabilidade do consumidor. O mercado, nos seus moldes atuais, não apresenta mecanismos para superar ou mitigar essa posição de inferioridade relacional do consumidor, sendo imprescindível a intervenção do Estado com tal objetivo. Seja editando e implementando normas jurídicas, seja solucionando conflitos decorrentes das relações de consumo¹⁶⁹.

Essa condição desfavorável do consumidor se apresenta de forma complexa, multifacetada, não sendo plausível a aceitação de que o Direito proteja apenas em parte o consumidor. Faz-se necessário, ao contrário, que a proteção ao consumidor – elo mais fraco da relação de consumo – seja integral, sistemática e dinâmica, com o regramento de todos os aspectos dessa relação jurídica específica. E na vulnerabilidade do consumidor, pretendendo sua proteção integral, é que se fundamenta o Direito do

¹⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini e BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 6-7.

Consumidor como nova disciplina jurídica, com objetivo precípua de reequilibrar a relação de consumo¹⁷⁰.

O que se verifica é que nenhum país do mundo, segundo Grinover e Benjamin¹⁷¹, deixa a proteção dos consumidores exclusivamente para o mercado, ou seja, no campo privado. Ao contrário, todos os países, em maior ou menor grau e de formas distintas, através de leis esparsas ou sistemas codificados, intervêm nas relações de consumo com o intuito de proteger o consumidor em sua vulnerabilidade. O modelo de proteção sistemática, positivada em um conjunto de normas gerais, em detrimento das leis esparsas foi adotado pelo Brasil de forma pioneira em todo o mundo, em decorrência de uma determinação constitucional.

Antônio Carlos Efig¹⁷², em análise histórica, recorda que, em que pese o modelo atual de tutela ao consumidor no Brasil advir da ordem constitucional, em períodos anteriores já se percebia a ideia de proteção desses interesses desde o Brasil Império, passando pelas normas de proteção à economia popular na Constituição de 1934, pelo Decreto-lei n° 869/1938¹⁷³, a Lei n° 1.521/1951¹⁷⁴ e outras tantas. Entretanto, o autor reitera que a proteção do consumidor só adquiriu protagonismo com a Constituição de 1988. E com a edição do Código de Defesa do Consumidor que se consolidaram os direitos dos consumidores, de forma clara e precisa, por meio da criação do microsistema das relações de consumo e de novas normas e princípios jurídicos atinentes à matéria¹⁷⁵.

Dessa forma, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor compõe um sistema autônomo inserto no sistema constitucional brasileiro, estando suas normas submetidas aos princípios constitucionais e, por outro lado, todas as outras normas do sistema constitucional somente se aplicarão às relações de consumo em caso de lacuna

¹⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini e BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 7.

¹⁷¹ Op. Cit., p. 8.

¹⁷² EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 22-23.

¹⁷³ Como exemplo de medida protetiva do consumidor no Decreto-lei n° 869/1938, tem-se o art. 3º, inciso V (fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados).

¹⁷⁴ Na Lei n° 1.521/1951, que altera a legislação anterior referente aos crimes contra a economia popular tem-se o art. 2º, incisos III (expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição) e V (misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo).

¹⁷⁵ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 24.

no sistema de defesa do consumidor. Sob esse aspecto, sua interpretação deve ser lógico-sistemática, com base teleológica, integrando suas regras e princípios com as finalidades para as quais fora proposto¹⁷⁶.

Com a edição do Código de Defesa do Consumidor, as circunstâncias e especificidades que envolvem a relação de consumo passam a receber tratamento inovador em nossa ordem jurídica, com suas normas atingindo, de forma direta e positiva, protegendo todos os membros da sociedade consumidora contra produtos e serviços que lhes causem danos.

Com sua aceitação plena pela sociedade brasileira e garantida sua eficácia pelo Poder Judiciário, será cumprida a mudança de mentalidade e atitude, das partes envolvidas na relação de consumo e da própria sociedade, que foram inspiração do legislador no momento de sua elaboração. Esse protagonismo se deve, em especial, pelo fato do Código consumerista possuir característica de norma cogente, ordem pública e interesse social que confere aos seus dispositivos caráter impositivo, não podendo ser derogados pela vontade das partes da relação de consumo¹⁷⁷.

Em sua dimensão teleológica, o Código de Defesa do Consumidor se apresenta didático ao definir expressamente a *relação de consumo* e suas partes integrantes – *consumidor e fornecedor*. Na definição de consumidor utiliza-se o conceito econômico, enquanto se amplia ao máximo a outra parte, o fornecedor de produtos e serviços. Busca ainda em seu íntimo a harmonia das relações de consumo através da implantação de uma *política nacional de relações de consumo*. Essa harmonia será concretizada pelo tratamento favorecido à parte vulnerável da relação, o consumidor, compatibilizando-a com os *princípios constitucionais da ordem econômica* e de *educação*, pela informação das partes quanto aos seus *direitos e obrigações*¹⁷⁸.

Dito de outra forma por Antônio Carlos Efig¹⁷⁹, os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor são instrumentos de prevenção e repressão com vistas ao aprimoramento das relações de consumo. Não visam a *demonização* do fornecedor ou se tornar a *tábua de salvação* dos consumidores frente aos abusos na relação de consumo. Objetiva, por outro lado, extirpar as desigualdades por meio de alternativas

¹⁷⁶ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**, p. 156.

¹⁷⁷ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 24-28.

¹⁷⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p.17.

¹⁷⁹ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 88-90.

legais disponibilizadas ao consumidor, ensinando-o a utilizá-las. A partir do momento em que o consumidor tenha conhecimento de seus direitos e de como defendê-los, torna-se exigente em sua ação de consumo e essa exigência influencia a atitude do fornecedor, aprimorando, por fim, a relação de consumo.

Dessas anotações se obtém a confirmação de um pensamento muito simples: toda relação, e assim a dita relação jurídica de consumo, prevê a existência de mais de uma parte e, a princípio, o equilíbrio entre essas deve ser buscado. Se essa equiparação não existe de fato, cabe ao Direito proporcionar sua consecução adotando tratamento desigual para a parte desigual. Na relação de consumo, além desse tratamento diferenciado à parte vulnerável, na tentativa de igualar as posições, deve o Direito conformar as duas posições, protegendo o consumidor em sua vulnerabilidade, mas de forma conjunta, preservando a viabilidade da atividade econômica do fornecedor. Não há de existir produção e consumo sem seus protagonistas, por isso a necessária harmonia na relação entre esses.

Para esse fim, a *política nacional das relações de consumo* é regida por determinados princípios próprios, elencados no art. 4º¹⁸⁰, do Código de Defesa do Consumidor, sintetizados por James Marins¹⁸¹ em seis princípios fundamentais que têm

¹⁸⁰ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

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

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

¹⁸¹ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1993, p. 37-38.

por objetivo atender e proteger os consumidores em sua dignidade, saúde e segurança, em seus interesses econômicos, promovendo a transparência e harmonia das relações de consumo. São eles: I) princípio da vulnerabilidade; II) princípio do dever governamental; III) princípio da garantia de adequação; IV) princípio da boa-fé nas relações de consumo; V) princípio da informação; e VI) princípio do acesso efetivo e diferenciado à justiça.

Desse sistema principiológico, destaca Efig¹⁸² a importância do *princípio da vulnerabilidade* e do *princípio da informação*, sendo que desses é possível extrair os demais princípios informadores do Direito do Consumidor no Brasil, positivado pelo Código do Consumidor. Para contextualizar a importância do princípio da vulnerabilidade é preciso ter em mente a condição de submissão do consumidor na relação de consumo. Essa submissão tem por base o poder dos fornecedores em limitar a escolha do consumidor em face dos produtos por aqueles disponibilizados no mercado, concluindo que se o consumidor depende do fornecedor para manifestação de sua vontade, à essa esta submisso e, portanto, torna-se o elo mais fraco da relação.

O reconhecimento dessa vulnerabilidade é a primeira medida para realização do princípio constitucional da isonomia e, essa fragilidade é afirmada pela lei como real e concreta, bastando ser consumidor para ser vulnerável e gozar dos benefícios de proteção instituídos pela lei¹⁸³. Como afirmação legal e não mera presunção, a vulnerabilidade não admite prova em contrário. Dito de outra maneira, a vulnerabilidade se configura pelo simples fato de o cidadão se encontrar na situação de consumidor, não sendo relevantes, para os fins de proteção seu grau de formação ou cultura, sua capacidade econômica ou jurídica¹⁸⁴.

Quanto ao princípio da informação, este é considerado por Antônio Carlos Efig¹⁸⁵ como a mais importante baliza norteadora da Política Nacional de Relações de Consumo em razão de sua abrangência no sistema de defesa do consumidor, sendo que, paralelamente, quanto mais informado o consumidor, maiores serão suas possibilidades de defesa e tutela no âmbito das relações de consumo. O princípio da informação, nessa função, pode ser considerado como de cunho educacional, como conscientização dos

¹⁸² EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 91.

¹⁸³ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**, p. 194.

¹⁸⁴ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 38.

¹⁸⁵ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 91.

consumidores sobre seus direitos e formas de defesa de seus interesses; ou ainda, em relação à informação sobre produtos e serviços disponibilizados pelos fornecedores no mercado de consumo.

As matérias referentes à educação, informação, divulgação e publicidade são tratadas pelo Código de Defesa do Consumidor em diversos dispositivos, evidenciando sua relevância para o legislador, preocupado com a proteção máxima do consumidor. Ademais, cabe ressaltar que o Código do Consumidor adota o princípio da veracidade, ao qual deve obedecer o fornecedor¹⁸⁶. Para Rizzato Nunes¹⁸⁷, o princípio da informação está associado ao dever de transparência do *caput* do art. 4º, e se traduz na obrigação do fornecedor em dar conhecimento ao consumidor acerca dos produtos e serviços que oferece e, aplicado aos contratos de consumo, obriga a que se dê conhecimento prévio ao consumidor sobre seu conteúdo.

Para José Geraldo Filomeno¹⁸⁸ a obrigação ou tarefa imposta pelo Código do Consumidor não é apenas dos fornecedores, estendendo-se ao Estado, órgãos públicos e entidades privadas de proteção do consumidor. O Estado desempenharia sua função educativa e informativa por meio da educação formal, incluindo a matéria dos direitos do consumidor nos currículos escolares em todos os níveis, bem como através dos órgãos públicos de defesa do consumidor. Estes órgãos públicos, por sua vez, atuariam em conjunto com entidades privadas no sentido de disponibilizar material informativo direcionado à sociedade consumidora, com objetivo de disseminar e dar conhecimento sobre direitos e prerrogativas atinentes ao tema das relações de consumo.

Outro dos princípios informadores do Direito do Consumidor é o *princípio da garantia de adequação*, definido por Antônio Carlos Efig¹⁸⁹ como aquele que determina ao fornecedor o dever de garantir a adequação dos produtos e serviços à demanda legalmente constituída pela saúde, segurança, qualidade de vida e demais bens jurídicos inerentes aos consumidores. Conforme James Marins¹⁹⁰, essa adequação dos

¹⁸⁶ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 38.

¹⁸⁷ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**, p. 194.

¹⁸⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p.79-82.

¹⁸⁹ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 94.

¹⁹⁰ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 41.

produtos e serviços está vinculada ao binômio *segurança/qualidade*¹⁹¹ e atende concretamente aos objetivos do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, que consistem no atendimento das necessidades dos consumidores, respeitando sua dignidade, saúde e segurança, melhoria da qualidade de vida e protegendo seus interesses econômicos.

O princípio da garantia de adequação é destinado, em primeira mão, aos fornecedores, que são obrigados a buscar a adequação de seus produtos e serviços com vistas à segurança e satisfação dos consumidores. Entretanto, dita garantia de adequação deve ter no Estado o agente fiscalizador da atuação dos fornecedores, através de ações consagradas pelo *princípio do dever governamental*¹⁹².

O referido princípio de ação governamental deve ser entendido sob dois aspectos principais. O primeiro aspecto se refere à responsabilidade atribuída ao Estado como ente máximo da organização da sociedade, em proporcionar ao consumidor mecanismos aptos a propiciar sua efetiva proteção. Essa atribuição é desempenhada por iniciativa direta, coibindo abusos; pelo fomento a entidades representativas de consumidores e até mesmo amparando os fornecedores no desenvolvimento correto de suas atividades. No segundo aspecto, cabe ao Estado, no papel precípua de fornecedor de serviços, a racionalização e constante melhoria na oferta de serviços públicos¹⁹³.

Acrescenta-se a essa abordagem, o dever do Estado de ampliar os mecanismos e ações de proteção ao consumidor, evitando pela sua atuação qualquer retrocesso – legislativo ou administrativo – no padrão de defesa dos consumidores brasileiros implantados pelo sistema vigente¹⁹⁴.

Passando ao *princípio da boa-fé nas relações de consumo*, este vem expresso no Código de Defesa do Consumidor como regra geral de comportamento e encontra-se invocado em diversas passagens da referida lei. A *transparência* e *harmonia* previstas no *caput* do seu art. 4º serão decorrentes da conduta geral de boa-fé de ambas as partes da relação de consumo, ainda que na defesa de interesses

¹⁹¹ Segundo José Geraldo Brito Filomeno, “hodiernamente o conceito de qualidade não é mais a adequação às normas que regem a fabricação de determinado produto ou a prestação de um determinado serviço, tão-somente, mas principalmente a satisfação de seus consumidores [...]”. (FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 82).

¹⁹² EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 94.

¹⁹³ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 39-40.

¹⁹⁴ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 95.

aparentemente confrontantes. Para tanto, ambos – consumidor e fornecedor –, devem ter em vista um objetivo comum que é o de tornar mais eficiente e justo o mercado de consumo¹⁹⁵.

Assim, tem-se que a boa-fé inserida no Código de Defesa do Consumidor é *objetiva*, definida por Rizzatto Nunes¹⁹⁶ como o dever das partes de agir conforme determinados parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer e preservar o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, mas o equilíbrio entre suas respectivas posições contratuais. A boa-fé objetiva funciona, nesse contexto, como um modelo, que não depende de qualquer verificação de má-fé subjetiva do fornecedor ou do consumidor.

Como corolário dos demais princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor, encontra-se o *princípio do acesso à justiça*, por sua função concretizadora dos direitos afetos ao tema. De nada adiantaria a previsão de direitos e garantias formais sem a facilitação de sua materialização através da prestação jurisdicional acessível e o tratamento diferenciado do consumidor em juízo, ainda com vistas a sua vulnerabilidade e ao equilíbrio na relação de consumo.

Para esse fim, o princípio propicia aos consumidores meios processuais efetivos e contundentes para a busca da defesa de seus interesses e possibilitando a plena utilização dos direitos *subjetivados* e *positivados* no Código do Consumidor e legislação correlata. Com esse objetivo, o Código cria instrumentos de facilitação da posição processual do consumidor, dentre os quais, a vulnerabilidade, a inversão do ônus da prova, a impossibilidade da intervenção de terceiros nas lides de consumo, o sistema de responsabilidade civil mitigada do fornecedor e a antecipação de tutela¹⁹⁷.

Segundo James Marins¹⁹⁸, a criação de instrumentos processuais adequados para a proteção do consumidor atinge dois planos de incidência. O primeiro cria possibilidades de efetivação da proteção do consumidor em juízo, contribuindo para a obtenção de resultados concretos das demandas relativas aos direitos de consumo. O segundo plano de incidência decorre não do uso desses instrumentos processuais, mas

¹⁹⁵ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 41-42.

¹⁹⁶ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**, p. 196.

¹⁹⁷ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 95.

¹⁹⁸ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 46.

de sua simples potencialidade de uso, com a necessidade de criação de uma nova mentalidade, que se afaste do paternalismo estatal e pugne pelo surgimento de uma sociedade mais consciente e participativa.

No microssistema dos direitos do consumidor, com suas inovações de natureza jurídica material e processual destaca-se o instituto da responsabilidade civil como instrumento vital de concretização desses novos direitos. Não há como se falar em plena concretização dos direitos do consumidor sem que haja a previsão da reparação dos danos causados no âmbito das relações de consumo e, mais importante, sem que se instituem instrumentos processuais que garantam a efetiva, integral e célere reparação desses danos.

Portanto, para o estudo das relações de consumo é imprescindível a percepção da forma de recepção da responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como sua operacionalização em juízo em decorrência das prerrogativas processuais destinadas ao consumidor para consecução do princípio do acesso à justiça em todos os seus aspectos.

Inicialmente, quanto à responsabilidade civil inserida no Código de Defesa do Consumidor cabe aludir a Zelmo Denari¹⁹⁹ que afirma decorrer da relação de consumo uma relação de responsabilidade, com a inversão dos polos ativo e passivo, adentrando o consumidor no polo ativo da relação de responsabilidade, levando consigo todas as suas prerrogativas subjetivas. Essa inversão de posição relacional que permitiu ao Código do Consumidor afastar a bipartição clássica entre *responsabilidade contratual e extracontratual*, dando ensejo à unificação do instituto em sua aplicação às relações de consumo.

Segue Denari²⁰⁰, informando que a responsabilidade civil adotada pelo Código de Defesa do Consumidor é objetiva, não sendo relevante para sua determinação investigar a conduta do fornecedor de produtos ou serviços, considerando-se apenas o fato da colocação destes no mercado de consumo, dando causa aos danos causados por esses.

Entretanto, a responsabilidade do fornecedor, da forma como adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, não é absoluta, mas mitigada, sendo previstas

¹⁹⁹ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 182-183.

²⁰⁰ Op. Cit., p. 188 e 203.

hipóteses de exclusão dessa responsabilidade, previstas na lei e cujo ônus da prova é do fornecedor²⁰¹. Essa opção legislativa segue a melhor doutrina que prevê que um sistema equânime de responsabilização no âmbito das relações de consumo deve imputar o risco aquele que tenha melhores condições de prevê-lo e que tenha melhores condições de distribuir, diluir e reduzir tais riscos, recaindo, por fim, esse risco sobre aquele que o originou, sem que isso signifique em responsabilidade absoluta, com vistas à harmonia na distribuição de riscos²⁰².

O Código de Defesa do Consumidor, por opção legislativa, adota a concepção ampla de fornecedor, conforme já dito antes²⁰³. Entretanto para fins de estudo da responsabilidade do fornecedor, somada à necessidade de buscar a harmoniosa distribuição dos riscos da atividade e, conseqüentemente, da responsabilidade civil dessa advinda, leva Marins²⁰⁴ a classificar as espécies de fornecedor em três grupos: fornecedor real, fornecedor aparente e fornecedor presumido.

A mesma classificação é acolhida por Antônio Carlos Efig²⁰⁵, que assim sintetiza os sistemas de responsabilização aplicáveis a cada uma dessas categorias de fornecedores:

a) FORNECEDOR REAL é a pessoa física ou jurídica que participa da realização e criação do produto acabado ou parte componente do mesmo, inclusive a matéria-prima. O fabricante do componente ou da matéria-prima responde solidariamente, isto é, autoriza o regresso (através de ação própria e não pela denúncia da lide que é expressamente vedada pelo art. 88 do CDC) ao fornecedor que efetuar o ressarcimento ao consumidor;

²⁰¹ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 135.

²⁰² MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 97.

²⁰³ Sobre o assunto, Filomeno afirma que são considerados como fornecedores todos quantos propiciem a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo, mediante desempenho de atividade civil ou mercantil e de forma habitual, sendo relevante sua distinção apenas para fins de responsabilização por danos causados aos consumidores ou, na cadeia de responsabilização, para que os próprios fornecedores utilizem seu direito de regresso, em vistas da solidariedade entre esses, imposta como garantia de efetividade da proteção dos mesmos consumidores. (FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 47).

²⁰⁴ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 98.

²⁰⁵ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 136.

b) FORNECEDOR APARENTE é o que se apresenta como tal, lançando no produto seu próprio nome, marca ou sinal distintivo. Pela Teoria da Aparência o fornecedor aparente responde, já que não se pode exigir do consumidor a identificação do fornecedor real neste caso;

c) FORNECEDOR PRESUMIDO é aquele que importa produtos para venda, locação, *leasing*, ou qualquer outra forma de distribuição, bem como, aquele fornecedor que entrega mercadoria sem identificação ou com identificação imprecisa. São exemplos de fornecedores presumidos:

c.1) importador: o importador responde pelo produto que colocou no mercado nacional, possuindo o direito de regresso contra o produtor, etc, pela solidariedade da sua responsabilidade;

c.2) comerciante de produto anônimo: o comerciante responde por fato do produto, somente em casos especiais, já que a ele não é possível exigir que tenha pleno conhecimento da periculosidade e grau de lesividade do produto. Inclusive o comerciante – se possuir tal conhecimento – deve informar a autoridade competente sob pena de configurar crime sua omissão (art. 64 do CDC). Assim, comercializando produtos sem identificação da fonte (produtor, construtor, etc.) responde o comerciante solidariamente pelos danos, ficando autorizado a buscar o ressarcimento contra o fornecedor real se puder fazer a sua identificação. Por esse motivo, deveria o comerciante realizar ou complementar a identificação do fornecedor real, para evitar sua responsabilização direta pelo consumidor.

Importante salientar que, apesar da necessária categorização das diversas espécies de fornecedores, a sua responsabilidade é solidária como participantes da mesma cadeia de fornecimento do produto ou serviço. Com essa determinação legal, seja qual for o fornecedor acionado pelo consumidor a responder pelos danos causados, sua concorrência para a realização do evento danoso é irrelevante, bastando sua inserção na cadeia de fornecimento²⁰⁶.

Por óbvio também que se faz necessária a comprovação da *existência do defeito*, do *dano efetivo* – moral ou patrimonial – e, do *nexo de causalidade entre o defeito do produto e a lesão*. Não se comprovando ou inexistindo qualquer desses elementos não se pode cogitar a responsabilidade civil do fornecedor no âmbito da

²⁰⁶ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 144-145.

relação de consumo²⁰⁷. Quanto aos danos causados pelo fornecedor de serviços, sua responsabilidade encontra fundamento nos mesmos elementos do caso dos produtos, em razão do fornecimento de serviços defeituosos, como informa Zelmo Denari²⁰⁸.

Com relação aos defeitos dos produtos a doutrina indica três modalidades: a) *defeitos de concepção* ou *de criação*, envolvendo os vícios de projeto, formulação ou *design* dos produtos; b) *defeitos de produção*, que envolvem os vícios de fabricação, construção, montagem, manipulação e acondicionamento dos produtos; e c) *defeitos de informação* ou *de comercialização*, que se referem à apresentação, à informação insuficiente ou inadequada, inclusive à publicidade. As duas primeiras consideradas modalidades de *defeitos intrínsecos* aos respectivos produtos e a última considerada como modalidade de *defeitos extrínsecos*, pois dizem respeito a instruções e informações que devem acompanhar, externamente, qualquer produto disponibilizado no mercado de consumo²⁰⁹.

Quanto aos serviços, Zelmo Denari²¹⁰ relaciona três hipóteses em que esses serão considerados defeituosos: a) quando é mal apresentado ao público consumidor; b) quando sua fruição é capaz de suscitar riscos acima do nível de razoável expectativa; e c) quando, em razão do decurso do tempo, desde a sua prestação, é de se supor que não ostente sinais de envelhecimento. Esses critérios de aferição encontram-se elencados no art. 14, § 1º, do CDC e são, segundo o autor, a simples adequação da norma prevista no art. 12, § 1º, também do CDC e que se refere aos produtos defeituosos.

Interessante o posicionamento de Rizzatto Nunes²¹¹ quanto aos fatos do produto e serviço, muitas vezes denominados de *acidentes de consumo*. O autor defende a utilização do termo *fato* em detrimento de *acidente*, sendo que este último poderia confundir o entendimento da conotação desejada pelo CDC, não se adequando a determinados acontecimentos ensejadores de responsabilidade por danos aos consumidores. Já a própria palavra *fato* permite a conexão com acontecimento,

²⁰⁷ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 108-109.

²⁰⁸ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 202.

²⁰⁹ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 192-193.

²¹⁰ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 203.

²¹¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**, p. 243-244.

implicando no entendimento de que seria *qualquer acontecimento* e não apenas aqueles decorrentes de acidentes, no sentido estrito do termo.

Quanto ao *fato do produto e do serviço* é necessária sua definição e a distinção entre tais modalidades e os *vícios do produto e do serviço*. Em síntese, acolhendo o posicionamento de Antônio Carlos Efig²¹², fato do produto ou serviço diz respeito à manifestação em forma de dano causado ao consumidor dos defeitos juridicamente relevantes elencados, respectivamente no art. 12 e art. 14, do CDC, relacionados com a ausência de segurança dos produtos e serviços ofertados pelo fornecedor, colocando em risco a vida ou a saúde do consumidor. Já quando se fala em *vício do produto ou do serviço*, refere-se à satisfação das expectativas do consumidor para com o produto ou serviço adquirido, podendo ser descritos como vícios de qualidade, de quantidade ou de indicações. Os fatos do produto ou serviço trazem consequências mais gravosas ao consumidor do que a constatação de vícios e, suas consequências para o fornecedor seguem a mesma lógica.

Como dito antes, a responsabilidade civil adotada pelo CDC é objetiva porém mitigada quanto à possibilidade de observação e comprovação de causas excludentes, sempre a cargo do fornecedor o ônus da prova, isso em decorrência do princípio da vulnerabilidade, da aplicação do conceito de hipossuficiência do consumidor e da inversão do ônus da prova em seu favor, quando restar presente o convencimento do julgador²¹³.

Com relação às excludentes de responsabilidade, James Marins²¹⁴ defende sua inclusão no CDC com vistas à justa distribuição do risco entre as partes da relação de consumo para que se obtenha um sistema de proteção dessas relações não apenas eficaz, mas harmônico e equilibrado, sem que a carga de responsabilidade se sobreponha de forma desmesurada sobre um dos polos da relação, o fornecedor, mas preservando o tratamento favorável ao consumidor. O art. 12, § 3^o²¹⁵, do CDC relaciona

²¹² EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 137-142.

²¹³ Denari adverte para o fato de que a inversão do ônus da prova não se aplica a todas as situações jurídicas derivadas das relações de consumo, pressupondo o juízo de verossimilhança das alegações do consumidor. (DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 197).

²¹⁴ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 145.

²¹⁵ Art. 12. [...]

§ 3^o O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

de modo taxativo as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor de produtos, assim como o § 3º, do art. 14²¹⁶, também do CDC, enumera as excludentes de responsabilidade do fornecedor de serviços.

Da leitura do § 3º, do art. 12, em seu inciso I, tem-se a necessidade de prova pelo fornecedor de que não colocou o produto no mercado. Ou seja, embora tenha produzido o referido produto causador do dano, este foi introduzido no mercado sem seu conhecimento²¹⁷. A circunstância de o produto ter sido introduzido no mercado voluntariamente pelo fornecedor, mesmo que a título gratuito, como donativo para instituições de caridade ou com objetivos publicitários não exime o fornecedor de sua responsabilidade²¹⁸.

A hipótese de exclusão de responsabilidade do fornecedor elencada no inciso II, do § 3º, está relacionada a prova da inexistência de defeito, também a cargo do fornecedor. Segundo Marins²¹⁹, a prova, portanto da inexistência de defeito, num primeiro momento em sentido amplo, incluindo aqueles elencados como juridicamente relevantes pelo art. 12 e os demais irrelevantes para o direito, exclui a responsabilidade. Num segundo momento, de interpretação científica, objetiva-se apenas na inexistência de defeito juridicamente relevante, posto que a regra determina a responsabilidade com fundamento unicamente nesses, conforme classificação anterior.

Por último, no caso dos fornecedores de produtos, a hipótese descrita no inciso III, do § 3º, art. 12, do CDC, que trata da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. A consideração da conduta culposa do consumidor ou de terceiro só é admitida no caso de se comprovar a excludente de responsabilidade do fornecedor fundada na exclusividade dessa culpa. Não se pode confundir, ainda, *culpa exclusiva* com *culpa concorrente*, esta não considerada como excludente de responsabilidade²²⁰.

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

²¹⁶ Art. 14. [...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

²¹⁷ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 146.

²¹⁸ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 197.

²¹⁹ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 149.

²²⁰ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 197-198.

Com a concorrência de culpa, permanece, no âmbito do CDC, a responsabilidade integral do fornecedor. Quanto à culpa de terceiro, este deve ser pessoa estranha à relação de consumo, sendo que se o terceiro participar da relação de consumo, de plano não seria assim considerado. Mas, da mesma forma, se o terceiro estiver relacionado com a cadeia de fornecimento, como empregado, preposto ou representante autônomo do fornecedor, este se mantém como responsável integral pelo dano causado²²¹.

As causas excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços se coadunam com as do fornecedor de produtos, sendo também a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Por conta dessa constatação, não se faz necessário maiores explanações sobre o tema, adotando-se os comentários anteriores.

Em contrapartida, é importante analisar a questão da consideração da excludente genérica de responsabilidade consubstanciada pelo *caso fortuito ou força maior* e elencadas no Código Civil, art. 393²²² e inexistente no rol trazido pelo CDC. Zelmo Denari²²³ e James Marins²²⁴ adotam a tese majoritária²²⁵ de que a ocorrência do caso fortuito ou força maior deve ser analisado sob dois aspectos, decorrentes do momento do acontecimento. Em caso de ocorrência em fase de concepção ou produção do produto, o fornecedor permanece responsável pelo dano causado quando da sua inserção no mercado e utilização pelo consumidor, mantendo-se intacto o nexo causal. Entretanto, em caso de acontecimento em momento posterior, quando o produto já estiver inserido no mercado, o fornecedor já não será responsabilizado pelos danos causados por este, já que o nexo causal que liga o defeito ao dano não estaria mais sob seu controle.

²²¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**, p. 261-262.

²²² Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

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

²²³ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 199-200.

²²⁴ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 153-155.

²²⁵ Apresentando posicionamento contrário tem-se Rizzatto Nunes, que defende a responsabilidade integral do fornecedor na ocorrência de caso fortuito ou força maior, independentemente do momento do acontecimento. (RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**, p. 261).

A par das excludentes de responsabilidade civil do fornecedor elencadas no CDC e aquelas adotadas como válidas pela doutrina e jurisprudência, encontra-se a responsabilidade do fornecedor pelo risco de desenvolvimento, que é objeto central do presente estudo e que se passa a analisar no tópico seguinte.

3.2.2 Segurança das relações de consumo e incorporação do princípio da precaução pelo código de defesa do consumidor em observância do paradigma da dignidade humana

A noção de dignidade humana encontra-se presente desde a antiguidade, vinculada ao pensamento religioso e à filosofia, não sendo objeto nem pretensão deste estudo o aprofundamento na análise de sua evolução²²⁶. Para esse objetivo, se fará a indicação do sentido dado à dignidade humana no sistema constitucional brasileiro, na sua aceção de princípio constitucional fundante e orientador do ordenamento jurídico e da atuação do Estado e da sociedade. Como dito antes, a constitucionalização do Direito é a tônica do novo momento histórico-jurídico vivido em nosso país.

Desde a década de 1980 faz-se menção, de forma reiterada nos textos jurídicos no Brasil, à dignidade da pessoa humana, período em que se presenciou a elaboração e promulgação da Constituição Federal, em 1988, que deu extrema importância normativa aos direitos e garantias individuais e coletivos e, nesse conjunto, papel proeminente à dignidade. A partir da promulgação da CF de 1988 e, em especial no decênio posterior, que coincide com os cinquenta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, vivenciou-se no Brasil a discussão sobre o tema em proporções jamais vistas. Esse fato foi alimentado, de certa forma, pelo histórico recente de desrespeito aos direitos humanos em nosso país e acabou por propiciar grande produção doutrinária sobre o tema, resultando numa grande conquista do pensamento jurídico brasileiro²²⁷.

²²⁶ Para maior aprofundamento na questão ver: Ingo Wolfgang Sarlet – Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

²²⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 159-160.

Nesse contexto histórico e político, a Constituição Federal de 1988, como reação ao período autoritário anterior e seguindo os passos de outras ordens constitucionais, incluiu um título próprio para o tratamento dos princípios fundamentais, inserido na parte inaugural do texto, em homenagem ao seu vital significado e função. Por esse expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma inequívoca sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de todo ordenamento constitucional, em especial àquelas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que ao lado desse princípios integram o núcleo essencial da nossa Constituição formal e material²²⁸.

E nesse contexto indicativo trazido pelo núcleo essencial de nossa Constituição, tem-se a *dignidade da pessoa humana* como fundamento do modelo de Estado democrático de Direito, conforme art. 1º, inciso III²²⁹ da CF de 1988. A própria CF faz menção expressa ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana em outras passagens do texto constitucional. Assim se torna evidente que a dignidade da pessoa humana mereceu a devida atenção por parte da ordem jurídica positiva no Brasil²³⁰.

José Afonso da Silva²³¹ define a dignidade da pessoa humana como valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Dessa apreensão decorre que a disposição constitucional de que ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos uma existência digna²³²; a ordem social visará a realização da justiça social²³³; a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 71.

²²⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 72.

²³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 105.

²³² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

²³³ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

preparo para o exercício da cidadania²³⁴, não são meros enunciados formais, mas indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Pela dimensão que possui a dignidade da pessoa humana entende-se que, ao ser positivada como princípio constitucional pela CF de 1988, esta passa a obrigar de forma irrestrita e incontrastável o Estado e demais atores da cena política nacional, sendo que qualquer ação contrária a essa há de ser considerada juridicamente nula. Considera-se, assim, que no âmbito constitucional, nenhum princípio é mais valioso na função de sintetizar a unidade material da Constituição do que o da dignidade da pessoa humana²³⁵.

Importante frisar, como afirma Ingo Sarlet²³⁶, que dignidade da pessoa humana é inerente ao próprio ser humano pelo simples fato de o ser. A sua ascensão a princípio fundamental pela CF de 1988 não quer dizer que essa dignidade só passa a existir após o seu reconhecimento jurídico-constitucional. O que se pode afirmar, por outro lado, é que a sua proteção contra eventuais violações decorrentes da ação do estado ou de outros indivíduos. Ou seja, quando se fala em *direito à dignidade*, se está considerando o direito ao reconhecimento, respeito, proteção, promoção e desenvolvimento da dignidade, através da garantia de uma vida digna.

Nessa dimensão, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana acaba permeando, senão embasando, os demais direitos e garantias fundamentais que lhe são conexos, iniciando pelos direitos da personalidade, perpassando pelo direito à propriedade, influenciando os direitos econômicos, sociais e culturais, atingindo os princípios de ordem econômica e, dessa forma limitando a livre iniciativa²³⁷. Nesse movimento de permeabilização, a dignidade da pessoa humana fundamenta a proteção jurídica do consumidor no âmbito das relações de consumo, em especial no que se refere à segurança e adequação dos produtos e serviços inseridos no mercado de consumo, à proteção da vida e saúde, ao objetivo de equilíbrio das relações, à facilitação do acesso à justiça e também no que tange à responsabilidade civil do fornecedor.

²³⁴ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 365.

²³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 79-80.

²³⁷ Op. cit., p. 96-106.

Quanto à garantia de adequação dos produtos e serviços colocados no mercado, este é trazido pelo CDC no art. 8º, que o vincula, ainda, à garantia de informação, prevista no seu art. 9º²³⁸. Para Antônio Carlos Efig²³⁹, a imperatividade imposta aos fornecedores quanto à qualidade dos produtos e serviços, prevendo imputações legais para repressão da inobservância desses preceitos acaba por criar um padrão mínimo para os fornecedores que devem primar pela qualidade, segurança e adequação de seus produtos e serviços às demandas e expectativas do mercado, sob pena de sofrer as sanções legais impostas pelo sistema de defesa do consumidor.

Em relação à informação, está deverá ser apta a prestar todos os esclarecimentos necessários para que o consumidor tenha possibilidade de escolha, tenha noção da periculosidade ou nocividade do produto a ser consumido e, também seja adequada a instruí-lo quanto à forma de utilização e consumo desse produto, sendo que a Organização das Nações Unidas recomenda a utilização de símbolos para veicular as informações ao consumidor, expediente que tem se demonstrado útil e eficaz para fins de facilitar a compreensão do conteúdo informacional disposto em produtos que apresentem riscos em sua utilização²⁴⁰.

Considerando esses pressupostos, cabe aos órgãos administrativos de proteção ao consumidor e de regulação das atividades econômicas envolvidas no processo a averiguação e controle dos riscos e perigos inerentes aos produtos postos no mercado de consumo, mas, antes da atuação do Estado, cabe aos produtores e fornecedores verificar e garantir a adequação de seus produtos e serviços. A *obrigação de segurança* é inicialmente dirigida à indústria que, em caso de dúvida deve se abster do lançamento do produto no mercado consumidor ou, em caso de já haver ocorrido o lançamento, recolhê-los, retirando-os do mercado. Dessa forma, percebe-se a presença

²³⁸ Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

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

²³⁹ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 216-217.

²⁴⁰ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 177-178.

dos princípios da prevenção e da precaução como fundamentos também do microsistema de direitos do consumidor²⁴¹.

Assim, a segurança do consumidor, como um dos principais objetos de tutela do CDC e da Política Nacional das Relações de Consumo, presente em vários de seus princípios norteadores, pretende, a par de enfatizar a proteção do consumidor e estimular o fornecedor a buscar a adequação de produtos e serviços aos padrões de mercado. Some-se a esses objetivos, o de possibilitar a responsabilização do fornecedor em caso de ocorrência de dano ao consumidor em decorrência da não observância das normas de segurança, bem como da frustração das legítimas expectativas do consumidor quando da aquisição de produtos e serviços²⁴².

Isso porque a obrigação de segurança no direito do consumidor é de natureza eminentemente preventiva, cabendo ao fornecedor a verificação prévia da adequação e segurança de seus produtos, em vista das expectativas do consumidor e daquelas advindas das normas técnicas de segurança existentes. E ainda, o controle de riscos deve prosseguir após a comercialização ou introdução do produto no mercado, sendo obrigado o fornecedor a relatar os órgãos administrativos competentes e, principalmente, os consumidores os possíveis efeitos danosos que seus produtos potencialmente produzirão, também no sentido de evitar os danos eventuais e antes desconhecidos. Estando os fornecedores ainda obrigados a substituir os produtos defeituosos ou perigosos por outros que correspondam às expectativas de segurança impostas²⁴³⁻²⁴⁴.

A não observância desses quesitos – segurança e expectativa – dá ensejo à responsabilização civil do fornecedor, seja no âmbito material, seja moral, perfazendo o sistema de responsabilidade civil objetiva adotada pelo CDC. Essas garantias, portanto, trazem como fundamento primeiro a dignidade da pessoa humana, protegendo e

²⁴¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 172.

²⁴² EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**, p. 218.

²⁴³ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 172.

²⁴⁴ Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

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

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

preservando a vida, quanto à incolumidade física no que diz respeito à segurança e, no que se refere às expectativas, preservando a esfera jurídica econômica e moral, importando dizer, como de praxe, que ambas podem ser objeto de ação de responsabilidade conforme o ordenamento jurídico prevê.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DE DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

A discussão doutrinária acerca da teoria do risco de desenvolvimento e sua recepção pela legislação consumerista brasileira tem sido acalorada e discordante. Parte dos estudiosos do assunto defende sua aceitação pelo CDC, com tendência a aceitar a exclusão da responsabilidade civil do fornecedor com base em sua aplicação, de outro lado, muitos desses estudiosos do Direito do Consumidor assumem postura diversa, defendendo o não acolhimento da teoria do risco de desenvolvimento²⁴⁵ e, portanto, a manutenção da responsabilidade civil do fornecedor, mesmo em caso de produtos que, no momento de sua inserção no mercado de consumo, eram considerados seguros frente à melhor técnica e ciência da época e posteriormente se mostraram danosos aos consumidores.

O presente capítulo trará, em síntese, esses posicionamentos doutrinários e suas respectivas fundamentações científicas, na tentativa de demonstrar as razões de ambas as correntes, com objetivo de fundamentar a possibilidade de incluir na discussão o princípio da precaução, inicialmente afeto ao Direito Ambiental, mas passível de absorção pelo Direito do Consumo, frente à necessidade de manutenção dos valores de segurança nas relações de consumo e efetiva e integral reparação dos danos causados aos consumidores, sempre com vistas à defesa da dignidade humana como direito fundamental e valor fundante do Estado brasileiro, em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

²⁴⁵ Na concepção de James Marins, “o *risco de desenvolvimento* consiste na possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução, ocorrendo todavia, que, posteriormente, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado de consumo, venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores.” (MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 128).

4.1 RISCO DE DESENVOLVIMENTO E PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

4.1.1 A ampliação da aplicação do princípio da precaução ao sistema de responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento objetivando a prevenção da ocorrência de danos

Como visto de início, quando se tratou da responsabilidade civil e sua evolução, esta se apresentava num primeiro momento como vingança pessoal e violenta por uma ofensa recebida de outrem. Com o tempo e a evolução do homem e da sociedade, permanece o sentimento de vingança, mas esta se dá já por outras formas que não apenas a violência. Surge paulatinamente, através da pena pecuniária, o sentido de reparação do dano através do pagamento de uma soma em dinheiro. Com o advento da modernidade, a reparação do dano ou a compensação econômica da vítima, se destacam como as principais funções dadas à responsabilidade civil.

Com a transposição da sociedade moderna para a pós-modernidade e a exacerbação dos riscos e do consumo, frente às incertezas científicas e a obrigação de garantir a segurança e a dignidade dos indivíduos e da sociedade entendida como global, a responsabilidade civil, a par de necessitar de diverso fundamento do que a culpa, surgindo as teorias objetivas em resposta, necessita ainda de novas funções, além da simples reparação e compensação pelos danos concretos advindos de técnicas e produtos disponibilizados para consumo. É necessária que se tenha em mente, como indica o CDC, a importância da função educativa e dissuasória da responsabilidade civil, com objetivos claros de evitar que os danos ocorram ou de minimizar sua ocorrência e efeitos, abarcando não apenas os danos concretos, mas também os riscos como elemento de responsabilização.

Nesse cenário, Teresa Ancona Lopez²⁴⁶ indica que a evolução da responsabilidade civil, com a ascensão da vítima do dano ao papel central e sua reparação integral como objetivo, inclusive com o retorno ao estado anterior – *status quo ante* – quando possível, transformou-se a responsabilidade civil em verdadeiro

²⁴⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 76-77.

“Direito de Danos”. A reparação integral, no sentido de reposição do estado anterior, em muitas das vezes é impossível de ser atingida, surgindo a possibilidade de indenização pecuniária, como forma de satisfação compensatória entregue à vítima pelos danos sofridos e quando não é possível a reparação integral. Essa forma de reparação compensatória acaba por possibilitar que nenhum dano reste irressarcido, seja pela recomposição do estado anterior ao dano, seja pela compensação econômica do dano. Sérgio Cavalieri Filho²⁴⁷ aduz que o anseio de obrigar o causador do dano à reparação deste se funda no mais elementar sentimento de justiça.

Assim tem-se que a responsabilidade civil, como relação jurídica, além das partes – ofensor e vítima –, necessita da comprovação de determinados pressupostos. Esses pressupostos no campo do Direito Civil encontram-se nos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil brasileiro²⁴⁸. Já no microssistema do Direito do Consumidor, os pressupostos da responsabilidade civil encontram-se dispostos nos artigos 12 e 14, do CDC, já informados anteriormente.

Da leitura dos dispositivos do CC tem-se como pressupostos de responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano imposto à vítima. Quando se tratar de responsabilidade objetiva (art. 927) desconsidera-se o pressuposto da culpa ou dolo, mantendo-se os demais²⁴⁹. Quanto ao CDC, tem-se como pressupostos de responsabilidade civil do fornecedor: o defeito do produto ou serviço, o nexo de causalidade e o dano patrimonial ou extrapatrimonial²⁵⁰. A lógica de funcionamento do sistema de responsabilidade com esses pressupostos pode ser demonstrada pela em linguagem comum da seguinte forma: a ação ou omissão de alguém que causa um dano a outrem obriga o ofensor a indenizar o ofendido.

²⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 24.

²⁴⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. IV: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

²⁵⁰ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 191.

Neste trabalho já se analisaram, no decorrer da exposição doutrinária sobre o tema da responsabilidade, as questões atinentes aos pressupostos da ação/omissão do causador do dano, bem como da necessidade de que dessa ação ou omissão decorra o dano imputado ao ofendido. No caso do Direito do Consumidor, da existência de um defeito no produto ou serviço que ocasione efetivamente o dano ao consumidor (defeitos juridicamente relevantes). O dano também está presente nos casos de responsabilização pelos riscos de desenvolvimento, nos quais só será considerada a hipótese de responsabilidade do fornecedor se comprovado efetivamente o dano e o momento de sua ocorrência.

Tratando do dano como elemento ou pressuposto da responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri Filho²⁵¹, afirma que aquele é o grande vilão contido no preceito da responsabilização, não se cogitando falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houver dano, sendo que, se ocorrer a indenização sem a ocorrência do dano, se concretizará um caso de enriquecimento ilícito daquele que a recebeu. O autor, seguindo o posicionamento doutrinário unânime, divide o dano em patrimonial ou material²⁵² e moral ou extrapatrimonial²⁵³, sendo ambos indenizáveis. Na sua concepção clássica, a responsabilidade civil, como dito, não concebe a reparação sem a ocorrência de um dano efetivo, concreto.

Paulo de Bessa Antunes²⁵⁴ reitera a simplicidade do conceito, mas argumenta que é nessa aparente simplicidade que se encontra as maiores dificuldades do Direito Ambiental. A ressarcibilidade do dano, segundo o autor, não é matéria tranquila já que a maior parte da doutrina civilista se defende que serão indenizáveis apenas aqueles danos que preencham três requisitos tidos como essenciais: certeza, atualidade e subsistência. Antunes afirma que esses conceitos não são suficientes para a apuração e qualificação do dano ambiental considerando que suas características e especificidades não são comuns a outros ramos do Direito, em especial ao direito privado.

²⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 71.

²⁵² O dano patrimonial atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima apreciáveis em dinheiro, ou seja, suscetíveis de valoração econômica ou pecuniária. Não se restringe ao patrimônio presente da vítima, podendo atingir o patrimônio futuro (danos emergentes). Da mesma forma, não se restringem à diminuição desse patrimônio, mas também podem impedir seu crescimento (lucros cessantes). (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 71-74).

²⁵³ O dano moral é lesão de bem integrante da personalidade da vítima, a exemplo da honra, liberdade, saúde, integridade física e psicológica e que causa dor, sofrimento, tristeza e humilhação àquele que o sofre. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 75).

²⁵⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**, p. 247.

Ainda relacionada diretamente ao dano ambiental Antunes²⁵⁵ inicia faz uma crítica ao posicionamento do Poder Judiciário no Brasil, que apresenta uma compreensão extremamente restritiva quanto a esses danos, exigindo a comprovação do dano real, em detrimento do dano potencial e não observando o princípio da cautela em matéria ambiental. Afirma o autor que, ao se exigir que os autores nas ações judiciais façam prova do dano real, os tribunais imputam a esses todo o ônus probatório, enfraquecendo a responsabilidade objetiva do poluidor, reiterando que o dano futuro, muitas vezes, não pode ser comprovado de plano, decorrente de sua materialização provável apenas em momento posterior, com o decorrer do tempo.

No âmbito das relações de consumo, com a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a dificuldade da questão probatória é mitigada, mas ainda persiste com relação aos danos futuros em decorrência dos riscos advindos de produtos e serviços que tragam inovações tecnológicas e científicas e que poderão se concretizar em danos durante o período de sua utilização. Ademais, muitas vezes, em especial quando se trata de produtos alimentares e medicamentos, a comprovação do dano já se caracteriza num momento em que a reparação não mais atingirá seus objetivos plenos. Ou dito de outra forma, não haverá possibilidade de retorno ao estado anterior – *status quo ante* – e a indenização ou compensação econômica pelo dano sofrido, apesar de aplacar o prejuízo causado pelo fornecedor, não trará a plena satisfação às vítimas²⁵⁶.

Délton Winter de Carvalho²⁵⁷ defende a inserção da possibilidade de responsabilização do dano ambiental futuro através da operacionalização sistêmica do princípio da equidade intergeracional e dos princípios da prevenção e precaução, avaliando não apenas as dimensões temporais do passado ou presente, mas inserindo na questão da gestão de riscos e na tomada de decisões jurídicas a observação e formação de vínculos com o horizonte futuro. Para tanto, propõe a adoção de uma nova teoria do risco – *teoria do risco abstrato* – diferente da sua concepção dogmática clássica – *teoria*

²⁵⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**, p. 248.

²⁵⁶ Conforme Paulo de Bessa Antunes: “A reparação visa fazer com que o lesado, através do recebimento de uma indenização, seja recolocado no *status quo ante*, como se a lesão não houvesse ocorrido. Esta é uma concepção teórica, pois, na maior parte das vezes, é impossível a reconstrução da realidade anterior: *e. g.*, morte de uma pessoa, destruição de uma obra de valor histórico, artístico ou paisagístico; extinção de uma espécie animal etc. [...] Um pai é único para o seu filho, assim como um filho é único para o seu pai”. (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**, p. 213).

²⁵⁷ CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**, p. 125-126.

do risco concreto –, que exige a ocorrência de um dano concreto e atual para fins de responsabilização civil. A justificativa se funda na atual realidade social contemporânea e com vistas a não se perder o objetivo preventivo do instituto da responsabilidade civil, passando o Direito a operar como instrumento de gestão de risco e não apenas em sua função corretiva, de incidência *post factum*.

Essas afirmações têm concordância com a teoria de Beck e Giddens, e a concepção do surgimento da sociedade de risco e de uma modernidade reflexiva como dito na parte inicial deste estudo. O Direito como fato social e ordem normativa não pode aguardar a ocorrência de situações que impõe sua atuação meramente coercitiva e de restabelecimento da ordem social. Na sociedade contemporânea de risco e de consumo, ao Direito cabe, de maneira superlativa, adotar uma postura pró-ativa, orientando e regulando as relações interindividuais, bem como prevenindo possíveis atritos entre interesses que possam ocorrer em tempo futuro.

De uma vez por todas o Direito deve se adaptar ao que denomina Giddens²⁵⁸ de *esvaziamento do tempo e do espaço* e de *desencaixe*. Esses conceitos possibilitaram o surgimento de relações sociais independentemente do tempo de ocorrência e do lugar em que se encontram os agentes, ou seja, é o deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço.

Délton Winter Carvalho²⁵⁹ sintetiza o conceito de dano ambiental futuro como “a expectativa de dano de caráter individual ou transindividual ao meio ambiente”. Por se tratar de risco, não haverá o dano atual nem a certeza científica, absoluta e incontestável, de sua ocorrência futura, como também de sua não ocorrência, mas apenas a probabilidade de dano, nesse caso, probabilidade determinante de dano ambiental que prejudique a equidade intergeracional. A consideração dessa probabilidade determinante obrigaria o agente a adotar medidas preventivas – obrigações de fazer ou não fazer –, necessárias a evitar os possíveis danos ou minimizar as consequências futuras daqueles danos já concretizados. Essa seria a nova função preventiva da responsabilidade civil defendida pelo autor, potencializada pela adoção do conceito de risco abstrato, afastada tanto da concretude e atualidade do dano, como

²⁵⁸ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**, p. 22 e s.

²⁵⁹ CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**, p. 127.

também da simples função de reparação econômica. A responsabilidade civil atuária como instrumento jurisdicional de avaliação e gestão de riscos ambientais²⁶⁰.

No caso do risco de desenvolvimento e suas consequências para a segurança do consumidor, os argumentos apresentados podem ser aplicados certamente ao caso. Como dito, a gênese do direito do consumidor e, em consequência do CDC, encontra-se na garantia de segurança à vida e integridade física e psíquica dos consumidores, tendo como fundamento operacional a prevenção de danos, entendida em sentido amplo. Nesse contexto, mesmo sem a previsão expressa do conteúdo do princípio da precaução, entende-se que este possa ser aplicado aos casos de risco de desenvolvimento como sendo os de incerteza científica acerca dos possíveis e prováveis danos que produtos e serviços possam ocasionar.

O CDC e seu artigo 10²⁶¹, em sua amplitude pode ser entendido como dispositivo que objetiva a prevenção de riscos, impondo ao fornecedor obrigações de fazer e não fazer, no sentido defendido por Délton Winter de Carvalho. O disposto na norma impõe uma abstenção preventiva ao fornecedor, que não poderá inserir no mercado de consumo, produto ou serviço que saiba ou deveria saber como altamente perigosos ou nocivos à saúde e segurança. O conhecimento do risco inserido no dispositivo é o conhecimento científico comprovado. Ao mesmo tempo, a norma impõe ao fornecedor uma obrigação positiva que é a de, a partir do conhecimento da periculosidade e/ou nocividade do produto disponibilizado para consumo, informar às autoridades públicas e aos consumidores o fato, mediante ampla publicidade. E, por fim, o art. 10 do CDC impõe também ao Poder Público o dever de informar a sociedade sobre a periculosidade e nocividade dos produtos e serviços.

²⁶⁰ Op. Cit., p. 138.

²⁶¹ Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

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

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

4.1.2 Teoria do risco de desenvolvimento: seu acolhimento ou não como excludente de responsabilidade civil do fornecedor pela doutrina brasileira

Iniciando a análise pelo que informa o CDC na redação do inciso III do § 1º art. 12²⁶², tem-se que para se determinar se um produto é ou não defeituoso, deve ser considerada “a época em que foi colocado em circulação” e, a partir da fixação dessa data, poderá o fornecedor ter excluída sua responsabilidade. Parte significativa da doutrina considera que o CDC, nesse dispositivo adotou a *teoria dos riscos de desenvolvimento* – conforme contido no art. 7º, alínea “e”, da Diretiva CEE nº 375/85²⁶³ –, ou seja, daqueles riscos aos que se sujeitam os fornecedores por defeitos dos produtos e serviços que venham a ser comprovados ou conhecidos em momento posterior à sua colocação no mercado em decorrência de avanços científicos também posteriores a essa data²⁶⁴.

A Diretiva CEE nº 374/85 é resultado das discussões realizadas no âmbito da Comunidade Econômica Europeia em decorrência de eventos conhecidos mundialmente relativos a danos imputados aos consumidores de medicamentos, sendo o mais emblemático caso o do Contergan-Talidomida²⁶⁵, que atingiu incontáveis vítimas no mundo todo. A solução encontrada pela CEE foi a de compromisso, determinando como regra a não responsabilização do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento, mas

²⁶² Art. 12. [...]

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

[...]

III - a época em que foi colocado em circulação.

²⁶³ Artigo 7º: O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar:

[...]

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

²⁶⁴ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 194.

²⁶⁵ Segundo informações da Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida, este é um medicamento desenvolvido na Alemanha em 1954, inicialmente como sedativo. Contudo, a partir de sua comercialização, em 1957, gerou milhares de casos de Focomelia, que é uma síndrome caracterizada pela aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto - tornando-os semelhantes aos de uma foca - devido a ultrapassar a barreira placentária e interferir na sua formação. Utilizado durante a gravidez também pode provocar graves defeitos visuais, auditivos, da coluna vertebral e, em casos mais raros, do tubo digestivo e problemas cardíacos. A ingestão de um único comprimido nos três primeiros meses de gestação ocasiona a Focomelia, efeito descoberto em 1961, que provocou a sua retirada imediata do mercado mundial. (Disponível em: <<http://www.talidomida.org.br/oque.asp>>. Acesso em: 10 de junho de 2010).

prevendo o permissivo aos Estados-membros para que legissem de forma diferente, adotando a responsabilidade civil dos fornecedores nesses casos. A gravidade do tema e sua complexidade levou ainda a CEE a prever no art. 15²⁶⁶, da Diretiva, o ajuste indicativo de que em dez anos se faria nova discussão do assunto com base em relatórios dos efeitos sobre a proteção dos consumidores, funcionamento dos mercados e aplicação da norma pelos tribunais²⁶⁷.

No contexto da CEE tem-se países que adotaram a *exclusão total* de responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, outros que adotaram o *regime parcial*, permanecendo a responsabilidade em alguns casos específicos, e outra parte, ainda, que adotou a *responsabilização total*. Como exemplo citem-se Portugal, Itália, Inglaterra, Irlanda, Áustria, Suécia, Grécia, Dinamarca e Holanda, que adotaram o regime de exclusão total de responsabilidade. Por outro lado, adotaram o regime de responsabilização parcial, aplicada em determinados casos, Alemanha, França e Bélgica. Por último, têm-se os países que adotaram a responsabilização total pelos riscos de desenvolvimento, sendo esses Luxemburgo e Finlândia²⁶⁸.

Nos Estados Unidos não se tem uma lei federal única dispendo sobre a questão da responsabilidade civil do fornecedor, sendo competência dos estados legislar sobre o tema. De modo geral, a tendência anterior era pela responsabilização do fornecedor pelos danos causados por seus produtos, mesmo em caso de riscos de desenvolvimento. Já o posicionamento jurisprudencial mais recente demonstra a adoção

²⁶⁶ Artigo 15:

1. Qualquer Estado-membro pode:

[...]

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

[...]

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

²⁶⁷ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 175-185.

²⁶⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**, p. 187-190.

paulatina da teoria dos riscos de desenvolvimento, orientando para a não responsabilização dos fornecedores em caso de sua comprovação²⁶⁹.

Na doutrina brasileira a questão do reconhecimento dos riscos de desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor é polêmica, da mesma maneira que na doutrina estrangeira. No ordenamento jurídico brasileiro não há previsão expressa sobre a aceitação dessa teoria quanto às relações de consumo. Como se viu antes, o CDC não inclui o risco de desenvolvimento dentre as excludentes expressas nos artigos 12 e 14. A única ressalva, que poderia ser entendida como menção à dita teoria encontra-se no art. 10²⁷⁰, que determina que o fornecedor não pode disponibilizar para consumo produto que sabe *ou deveria saber* apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores²⁷¹.

Há de se ressaltar, conforme Paulo de Tarso Vieira Sanseverino²⁷² em sua exposição do tema, que os riscos de desenvolvimento não se confundem com a legítima expectativa do consumidor em relação à qualidade e segurança do produto na época de seu lançamento. Na legítima expectativa do consumidor, o produto ou serviço não apresentava defeito quando inserido no mercado, mas acaba sendo superado posteriormente por produtos e serviços cuja evolução tecnológica se apresenta como pressuposto de maior qualidade ou segurança. Ou seja, a evolução tecnológica melhora a qualidade e segurança de produtos e serviços antes dispostos para consumo e que não apresentavam, naquele momento, defeitos e que, quando da substituição tampouco os apresentam, a princípio. O próprio CDC deixa clara essa distinção nos artigos 12, § 2º²⁷³ e 14, § 2º²⁷⁴, com relação a produtos e serviços, respectivamente.

²⁶⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**, p. 190-199.

²⁷⁰ Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

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

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

²⁷¹ PAULA, Carolina Bellini Arantes de. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134.

²⁷² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340.

²⁷³ § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

Tendo como premissa os dispositivos do CDC, diversos são os posicionamentos doutrinários quanto à possibilidade exclusão de responsabilidade dos fornecedores pelo risco de desenvolvimento, bem como sob qual fundamento se defendem esses posicionamentos. Iniciando pelos posicionamentos que defendem a exclusão de responsabilidade têm-se os argumentos de James Marins²⁷⁵ que afirma que a questão envolve diversas variáveis, seja de cunho político e sociológico, seja de cunho exclusivamente dogmático-jurídico, incluído teses e raciocínios diversos de interpretação legal e pela dificuldade de utilização do direito comparado.

Com relação aos liames de ordem política, econômica e social, Marins argumenta que a carga referente aos riscos de comercialização de produtos, sem dúvida, é do fornecedor. Entretanto, se essa carga se tornar excessiva, retirando o equilíbrio necessário e previsto pelo sistema de proteção ao consumidor, a ponto de tornar inviável economicamente a atividade ou a busca por novas tecnologias, seus efeitos recairão, ao final, sobre a própria sociedade. Os impactos sociais desse fato podem ser descritos no paradoxo existente com relação aos medicamentos. A sociedade preza pelo desenvolvimento de novos medicamentos com objetivo de melhorias da qualidade de vida e sua preservação em último caso. Ao mesmo tempo, essas inovações criam riscos novos e, muitas vezes desconhecidos inicialmente que, ao se imputar a responsabilidade por esses riscos ao fornecedor exclusivamente é provável que se limite a pesquisa e o desenvolvimento desses novos produtos, diminuindo, em consequência o bem-estar do próprio consumidor, privado de novos remédios²⁷⁶.

No que se refere à análise jurídica, tendo como referência o CDC, James Marins afirma que é lícito ao fornecedor inserir no mercado um produto que, à luz da ciência e da técnica da época, não se saiba nem se poderia saber perigosos para os consumidores. Diante desse contexto específico, não se pode dizer que o risco de desenvolvimento seja um defeito de criação, produção ou informação, sendo esse enquadramento indispensável para assunção da responsabilidade civil pelo fornecedor²⁷⁷. Finalizando com a afirmação de que o risco de desenvolvimento é

²⁷⁴ § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

²⁷⁵ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 129.

²⁷⁶ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor**, p. 131-133.

²⁷⁷ Op. Cit., p. 135.

excludente de responsabilidade por não ser considerado como *defeito juridicamente relevante*, em conformidade com o art. 12, *caput*, § 1º, incisos II e III, caracterizando-se, ao contrário como *defeito juridicamente irrelevante*, insuscetível de impor a responsabilização do fornecedor pelo fato do produto²⁷⁸.

Com posicionamento semelhante encontra-se Gustavo Tepedino²⁷⁹, para quem o conceito de defeito pressupõe duas noções analisadas em determinado contexto histórico, quais sejam, segurança e expectativa legítima dos consumidores. Dessa forma no risco de desenvolvimento não existe defeito por inexistir frustração das expectativas do consumidor em face dos conhecimentos atuais, sendo que não se pode esperar alguma coisa da qual não se tem conhecimento. Persiste, entretanto, a periculosidade ou nocividade, consideradas objetivamente, embora desconhecidas pela ciência ao tempo da inserção do produto no mercado de consumo. Destaca o autor que, da leitura dos dispositivos contidos nos artigos 6º, 10 e 12, todos do CDC, *a contrario sensu*, se conclui que é lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produto perigoso que não sabia e nem deveria saber, em vista do desenvolvimento da ciência na época do ocorrido.

Em sentido contrário, defendendo a inexistência da excludente de responsabilidade civil com base no risco de desenvolvimento cite-se a posição de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin²⁸⁰ segundo a qual os defeitos decorrentes do risco de desenvolvimento representam uma espécie do gênero *defeitos de concepção*, sendo que esta espécie decorre da carência de informação científica no momento da concepção sobre os riscos decorrentes da adoção de determinada inovação tecnológica. Dessa forma, mesmo que o fornecedor obtenha êxito em comprovar que naquele momento desconhecia o potencial danoso do produto, ainda persistirá seu dever de indenizar considerando que ao fabricá-lo assumiu todos os seus riscos, enquadrando-se o caso como verdadeiro defeito de concepção. Ademais, afirma o autor que o conhecimento científico a ser considerado não é o do fornecedor em específico, mas sim o conhecimento da comunidade científica em geral, em determinado momento histórico.

²⁷⁸ Op. Cit., p. 137.

²⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 1. Vol. 02. Rio de Janeiro: PADMA, 2000, p. 65-70.

²⁸⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67-69.

Concordando com a inexistência da excludente de responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento, com fundamento na existência de defeito do produto ou serviço, se manifesta Sérgio Cavalieri Filho²⁸¹ que entende que os riscos de desenvolvimento devem ser enquadrados como *fortuito interno*, assim entendido como fato imprevisível e inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não excluindo a responsabilidade do fornecedor por ser risco integrante da atividade, vinculados aos riscos do empreendimento e submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou formulação do serviço. Ou seja, o defeito decorrente do risco do desenvolvimento é considerado como de ocorrência anterior a sua introdução no mercado, não importando o motivo determinante desse defeito, sendo o fornecedor responsável por ele.

Com fundamento diverso, mas seguindo o entendimento de que não se aplica a excludente de responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento posiciona-se Roberto Senise Lisboa²⁸² para quem a segurança do consumidor como destinatário final do produto ou serviço é bem jurídico que se sobrepõe à livre iniciativa da atividade empresarial, não sendo admitida a transferência dos riscos ao consumidor pela exoneração do fornecedor sob justificativa econômica, lembrando que a atividade empresarial deve ser limitada e responsável frente aos princípios constitucionais. Afirma ainda que o CDC não expressa o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade nem deixa de considerar defeituosos os produtos e serviços pelos seus efeitos futuros sobre o organismo humano.

Marcelo Junqueira Calixto²⁸³ se posiciona pela responsabilização do fornecedor pelo risco de desenvolvimento com base na adoção da responsabilidade objetiva pelo CDC, considerando a existência de defeito do produto ou serviço no caso e, dessa forma, enquadrando-se a hipótese ao disposto no código, mesmo que o defeito ou dano só venha a ser conhecido em momento posterior ao da inserção no mercado de consumo, advento de avanço científico. Por fim, afirma o autor que o fundamento último da imposição da responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento é a proteção da dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição

²⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 375-377.

²⁸² LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2001, p. 248-250.

²⁸³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**, p. 231.

Federal, sendo que a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor, bem como a reparação dos danos a este causados são consequência daquele valor constitucional²⁸⁴⁻
285

Da mesma forma Paulo de Tarso Vieira Sanseverino²⁸⁶ ressalta que o CDC adotou o regime da responsabilidade objetiva, imputando-a ao fornecedor pelo risco da atividade. Nessa perspectiva, a adoção da excludente seria um retrocesso no regime objetivo, atribuindo os efeitos nocivos do risco de desenvolvimento ao consumidor. Além dessa observação, o autor afirma que em torno da possibilidade de conhecimento prévio do defeito de projeto ou concepção, retornar-se-ia ao sistema de responsabilidade subjetiva, com a consideração da culpa do fornecedor no caso. Assim, a excludente de responsabilidade do fornecedor pelo risco do desenvolvimento não é compatível com o sistema de responsabilidade civil objetiva adotado pelo CDC.

Sobre o assunto, cabe rever a advertência de Zelmo Denari²⁸⁷ quanto a não adoção da teoria dos riscos de desenvolvimento pelo CDC da forma como proposta pela CEE na Diretiva nº 374/85, determinando de inconsistentes os postulados da referida teoria para aferição da responsabilidade dos fornecedores em vista da nocividade de certos produtos, referindo-se a medicamentos como a Talidomida e seu potencial degenerativo da raça humana. Afirmando, ao final que, quando em jogo vidas humanas, as excludentes de responsabilidade devem ser interpretadas e aplicadas com muita reserva e parcimônia, decorrendo desse posicionamento alusão à uma solução intermediária a ser aplicada a cada caso concreto.

Teresa Ancona Lopez²⁸⁸, com intuito de relacionar o risco de desenvolvimento e o princípio da precaução, afirma que ambos têm razões de ser comuns, vinculados que são ao desenvolvimento dos conhecimentos técnicos e científicos que permitem criar, produzir e inovar mas, em decorrência de defeito de controle, também se apresentam como potenciais produtores de danos. Com o

²⁸⁴ Op. Cit., p. 216.

²⁸⁵ NO mesmo sentido a posição de Giselda Hironaka quando afirma que “no contexto da responsabilidade civil – com o perfil da pós-modernidade que se tem buscado traçar para ela –, a garantia da dignidade da pessoa humana resplandece como verdadeiro norte de validação dos pressupostos do dever de indenizar”. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**, p. 159).

²⁸⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**, p. 345-346.

²⁸⁷ DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 195.

²⁸⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 199-204.

surgimento do princípio da precaução discute-se sua influência positiva ou negativa sobre essa excludente de responsabilidade do fornecedor. Segundo a autora, a questão é definir se a excludente do risco de desenvolvimento se contrapõe ao princípio da segurança geral que é fundamento da responsabilidade civil, bem como do princípio da precaução. Em suas análises com base na doutrina sobre o tema, conclui que a admissão da excludente não põe em risco a segurança dos produtos, que deve ser considerada obrigatória e requisito prévio ao lançamento do produto no mercado, enquanto a excludente por risco de desenvolvimento se dá *a posteriori* do dano.

Depois dessas conclusões, embora reconhecendo que nosso sistema de proteção ao consumidor não adota a excludente de responsabilidade pelo risco de desenvolvimento, Teresa Ancona Lopez²⁸⁹ defende uma solução intermediária, com a aplicação da excludente de responsabilidade pelo risco de desenvolvimento para todos os produtos, com exceção dos alimentos e medicamentos, já que estes em sua periculosidade afetam a saúde humana e dos animais. Para essas indenizações, a autora propõe a criação de um Fundo de Indenizações, com recursos do Estado, das empresas seguradoras e das empresas fornecedoras de cada setor, como existe na Europa. Com essa proposta, estaria assegurada a indenização das vítimas e continuidade da atividade econômica.

Entretanto, apesar de indicar dita solução, a autora, com intuito de relacionar o risco de desenvolvimento e o princípio da precaução, afirma que ambos têm razões de ser comuns, vinculados que são ao desenvolvimento dos conhecimentos técnicos e científicos que permitem criar, produzir e inovar mas, em decorrência de defeito de controle, também se apresentam como potenciais produtores de danos. Com o surgimento do princípio da precaução discute-se sua influência positiva ou negativa sobre essa excludente de responsabilidade do fornecedor. Segundo a autora é definir se a excludente do risco de desenvolvimento se contrapõe ao princípio da segurança geral que é fundamento da responsabilidade civil, bem como do princípio da precaução²⁹⁰.

Como afirma Ingo Sarlet²⁹¹, percebe-se no posicionamento doutrinário e na jurisprudência um crescente consenso no que respeita à justiciabilidade da dimensão negativa dos direitos sociais em geral e da possibilidade de exigir judicialmente a

²⁸⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 198-199.

²⁹⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 199.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 107.

satisfação daquelas prestações vinculadas ao mínimo existencial, de tal maneira que a dignidade da pessoa humana, em especial quando conectada ao direito à vida, assume a condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto.

Decorre dos posicionamentos doutrinários expostos que, com vistas à proteção da dignidade humana, englobando as questões de proteção da vida em sua ampla acepção, bem como a exigência de adequação dos produtos e serviços à segurança do consumidor e a reparação dos danos causados, a adoção da teoria dos riscos de desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil do fornecedor encontra-se desalinhada com os princípios e garantias fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988 e que devem orientar a ação do Estado em suas funções executiva, legislativa e jurisdicional. A par de determinar a atuação estatal, os princípios e garantias constitucionais dirigem e limitam a ação dos particulares, dentre esses os fornecedores, também em sentido amplo, obrigando-os a agir de forma responsável perante a sociedade.

Responsabilidade esta que não se limita ao sentido da reparação dos danos causados, mas, outrossim, a orientar o desempenho da própria atividade econômica com objetivo de se evitar a disponibilização de produtos no mercado consumidor sem a devida análise científica acerca dos riscos e danos que por esses produtos poderão ser causados aos consumidores, cogitando-se aqui os princípios da lealdade e boa-fé contidos no CDC. Em caso de não haver possibilidade de obter-se a garantia científica acerca dos riscos, devem os fornecedores observar o princípio da precaução, adotado pelo Direito Ambiental e que, por sua íntima correspondência com os Direitos do Consumidor é plenamente aplicável a esse microssistema, sempre, como dito antes, no intuito de proteção da vida, segurança e da dignidade dos indivíduos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto inicialmente, vive-se a realidade social do risco e do consumo. Os riscos advindos da pós-modernidade e suas características marcantes acabam por afetar diretamente o indivíduo e a coletividade em suas dimensões ampliadas pelo processo de massificação da produção e do consumo, aliados ao avanço ininterrupto da evolução técnico-científica. Nessa realidade contemporânea o homem consumidor é levado a assumir riscos advindos da atividade econômica, restando exposto aos danos concretos e eventuais decorrentes de produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo.

A ciência, nesse contexto social, desempenham variadas funções. A princípio, a ciência se coloca, por meio da pesquisa e inovação tecnológica, a serviço dos fornecedores/produtores pela criação de novos produtos e serviços, na maioria das vezes superando, em benefícios aos consumidores, aqueles antes disponibilizados e por ora substituídos. Em razão dessa atuação, desempenha também a função de garante dessas inovações tecnológicas, recebidas pelos consumidores como aptas a responder às expectativas de satisfação e segurança propugnadas pelos fornecedores.

Ao mesmo tempo, a ciência e as inovações por ela introduzidas no mercado através desses novos produtos, também na maioria das vezes, acarreta a criação de riscos aos consumidores. Esses riscos, concretos ou abstratos, perceptíveis ou não, imputam ao consumidor a possibilidade também real ou abstrata, da ocorrência de danos à sua integridade física e moral. E com relação aos riscos produzidos pela ciência, que a princípio deveria prevê-los e evitá-los, estes são objeto de incertezas também advindas da ciência, deitando por terra a percepção de segurança em razão do conhecimento científico antes tido como intocável na sociedade moderna e que agora, na pós-modernidade, já não pode ser assim considerado.

Como não existe possibilidade científica de garantir a nulidade dos riscos, ou dito de outra forma, como não existe “risco zero”, tem-se a necessidade de gerenciamento desses riscos com relação à produção e ao consumo. Dessa gestão de riscos participam o Estado por meio de suas três esferas de exercício de poder, os fornecedores e os próprios consumidores. E para consecução dos objetivos da gestão de

riscos, concernentes à evitar ou minimizar a ocorrência de danos, devem as partes utilizar-se de conhecimentos vários – transdisciplinares ou multidisciplinares – envolvendo questões sociais, econômicas, políticas e jurídicas.

Como instrumento de gestão dos riscos concretos e abstratos decorrentes da realidade social e econômica exposta, surgem os princípios da prevenção e precaução, inicialmente vinculados ao Direito Ambiental, mas que acabam por permear outros ramos do Direito, com especial inserção no Direito do Consumidor e na Responsabilidade Civil, no que tange às suas funções ou objetivos precípuos.

Com relação aos riscos advindos da sociedade contemporânea, tem-se que sua assunção é uma das facetas do ato de consumir. Como dito antes, riscos muitas vezes desconhecidos pela ciência e pelo fornecedor, que seriam aqueles que melhores condições apresentam de conhecê-los. O que se dirá do consumidor, que não possui o conhecimento técnico indispensável ao pleno reconhecimento da existência e da extensão que esses riscos assumidos têm ou poderão ter.

Assim sendo, a vulnerabilidade presumida do consumidor mais uma vez se justifica plenamente, seja por sua posição contratual na relação de consumo, seja por causa de sua posição desfavorável quanto à possibilidade de escolha dos produtos que são disponibilizados no mercado em conveniência dos interesses do fornecedor em primeiro plano ou, finalmente, pela ignorância quanto aos reais riscos provenientes dos produtos e serviços consumidos.

Nesse contexto social marcado pelo risco e pelo consumo massificado, ambos com abrangência exacerbada pela globalização dos mercados produtor e consumidor surge o microssistema dos Direitos do Consumidor, em resposta da ciência jurídica aos novos contornos das relações interindividuais e coletivas, com objetivo precípuo de garantir o equilíbrio das relações de consumo, considerando a vulnerabilidade do consumidor como um de seus polos, bem como, em seu objetivo maior em respeito ao direito fundamental à vida digna, garantir a segurança e a adequação de produtos e serviços com vistas a preservação da saúde e integridade física e psicológica dos consumidores com relação a possíveis e prováveis danos.

O movimento de juridicização das relações de consumo é recepcionado pela Constituição Federal do Brasil, em 1988, indicando sua relevância para o futuro desenvolvimento econômico e social do país. Dessa constitucionalização dos direitos do

consumidor decorre a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, em 1993, incluindo em seus dispositivos princípios e garantias específicas sobre o assunto, bem como ações determinadas ao Poder Público e sanções aos fornecedores por atos abusivos e sua responsabilização civil quanto aos defeitos contidos nos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo e eventuais danos que estes venham a ocasionar aos consumidores.

No que se refere à responsabilidade civil, o CDC adotou o regime de responsabilidade objetiva, de forma mitigada, indicando taxativamente as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Dentre essas hipóteses, não se encontra o risco de desenvolvimento como excludente. Entretanto a questão ainda assim gera controvérsias doutrinárias, com posições antagônicas e outras intermediárias.

A parte da doutrina que defende o risco de desenvolvimento como excludente da responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços afirma que, em face da verificação do momento temporal de inclusão do produto ou serviço no mercado e a comprovação do fato de que, naquele momento o produto não apresentava qualquer risco à segurança e à saúde dos consumidores conforme as condições da ciência e da técnica da época, não se pode afirmar que existe defeito juridicamente considerável.

Por essa perspectiva, a existência do defeito deve ser considerada no momento do lançamento no mercado e em vistas da adoção das medidas aptas na época a auferir-lhes segurança e adequação. A ocorrência de dano, decorrente de defeito nessas condições desconhecido não ensejaria a responsabilização do fornecedor, já que este não sabia nem detinha condições de saber acerca desse mesmo defeito, não sendo por ele responsável.

A crítica que se faz a esse posicionamento, independentemente sob qual aspecto jurídico ou doutrinário adotado, tem seu fundamento primário na alocação dos danos e, antes desses, dos riscos, unicamente sobre o consumidor ou a sociedade, restando incólume a parte que se beneficiou economicamente da comercialização do produto ou do serviço até aquele momento. Essa situação é contrária ao que defende o Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor no que se refere à manutenção do

equilíbrio entre as partes da relação de consumo, derivando desse objetivo a necessidade de tratamento desigual aos desiguais.

Por outro lado, parte da doutrina adota posição contrária à consideração dos riscos de desenvolvimento como excludente da responsabilidade dos fornecedores, como dito, com diversos fundamentos jurídicos e sociais. O primeiro desses posicionamentos tem como fundamento o fato de que o CDC, adotando a responsabilidade objetiva mitigada, enumera restritivamente as hipóteses de exclusão dessa responsabilidade e, considerando que o risco de desenvolvimento não está nessa relação exaustiva, não poderá assim ser considerado.

Outra parcela dos estudiosos do tema atém-se à questão do defeito, considerando que este existe inegavelmente e dele decorrem os danos suportados pelo consumidor. O defeito nesse caso estaria enquadrado, na tipologia própria, como defeito de concepção, ou seja, atribuível ao fornecedor e, portanto, indenizável por este, que assume a responsabilidade em decorrência do risco da atividade. Nessa mesma perspectiva, mas entendendo como um caso fortuito, indenizável por se tratar de fortuito interno, posicionam-se também alguns doutrinadores.

Ademais disso, a maioria daqueles que defendem posicionamento contrário à exclusão da responsabilidade civil do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento destacam que a adoção do princípio levaria a um retrocesso no regime objetivo adotado pelo CDC, tendo em mente a necessidade de comprovação da conduta do fornecedor no momento da concepção do produto ou serviço, levando ao retorno da culpa como fundamento dessa responsabilidade.

Ainda destacam-se as posições intermediárias, que se opõe à excludente de forma pontual, com sua adoção na maioria das situações de ocorrência de danos pelo risco de desenvolvimento, com exceção para os casos envolvendo medicamentos e produtos alimentares, por sua capacidade de provocação de danos à saúde e segurança do consumidor.

Entretanto, é unânime nesse conjunto doutrinário que se opõe à adoção irrestrita da excludente pelo risco de desenvolvimento, a necessidade de preservação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana contido na Constituição Federal e considerado como fundamento do Estado brasileiro e que, nessa condição, permeia e orienta todo ordenamento jurídico. Da dignidade da pessoa humana decorrem os

princípios e garantias contidos no CDC, que por sua natureza de norma cogente, de ordem pública e interesse social devem se sobrepôr à interesses econômicos e de desenvolvimento.

Os princípios de segurança e adequação dos produtos e serviços traduzem-se em garantias para o consumidor e, ao mesmo tempo, configuram obrigações destinadas aos fornecedores, que devem desenvolver sua atividade econômica com vistas a preservar a saúde e integridade dos consumidores, só inserindo no mercado de consumo produtos e serviços que se apresentam adequados e aptos para utilização segura. Assim, a livre iniciativa se apresenta como limitada e responsável, frente aos demais princípios e garantias trazidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, entende-se que no contexto da responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento cabe a aplicação do princípio da precaução, ao lado o da prevenção, utilizados na tentativa de evitar os danos que poderão ser causados pela entrada de produtos e serviços cujo desenvolvimento e inovações técnicas e científicas não possuem a certificação de plena segurança e adequação. Essa conclusão se deve a leitura do art. 10 do CDC que, com utilização de outros termos, defende no presente entendimento, a adoção dos princípios da prevenção e da precaução, proibindo ao fornecedor a colocação no mercado de produtos e serviços que “saiba ou deveria saber” serem altamente perigosos ou nocivos ao ser humano.

Ao utilizar o termo “saiba”, o CDC faz alusão, mesmo que não expressamente, ao princípio da prevenção de riscos conhecidos e danos comprovados. Por sua vez, ao adotar os termos “deveria saber”, no contexto das garantias trazidas pelo CDC, percebe-se a presença do princípio da precaução de riscos desconhecidos mas de resultado danoso provável ou possível. Portanto, o princípio da precaução também se mostra apto a contrariar a possibilidade de exclusão de responsabilidade civil do fornecedor pelo risco do desenvolvimento, sob fundamento da cautela e prevenção de danos aos consumidores que é imposta aos fornecedores no desempenho de suas atividades econômicas.

Quanto à discussão que cerca os efeitos da não aceitação da excludente de responsabilidade do fornecedor pelo risco de desenvolvimento, tidos como a limitação de investimentos em pesquisa e inovação e a conseqüente não oferta de novas tecnologias ao mercado de consumo e desenvolvimento de novos produtos; a

inviabilidade econômica de determinadas atividades e o desemprego causado pela falência de empresas; os riscos para a própria vida e saúde dos consumidores no caso dos medicamentos, que não teriam o avanço científico que se percebe atualmente e nem teriam maior desenvolvimento no futuro, esta deve ser tomada de forma cautelosa e prudente.

Esses contrapontos demonstram o conflito de interesses e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, contidos em normas constitucionais e necessitam de conformação. Para tanto, não se pode esquecer, como dito acima e defendido pela doutrina que princípio fundamental maior não há do que o direito à vida – já que sem vida não há direitos –, devendo este ser o norte, a baliza, que orienta a ciência jurídica e os operadores do Direito, bem como o Estado e os particulares, em suas ações.

Conclui-se, com base nessas premissas, que o fornecedor amplamente entendido pelo CDC, tem obrigação de adotar a prevenção e a precaução no desempenho de suas atividades econômicas, garantindo o direito de proteção dado aos consumidores, também de forma ampla pelo Código, não sendo concebida, sob esse aspecto a inclusão da excludente de responsabilidade civil do fornecedor pelo risco de desenvolvimento, sob pena de ofensa aos princípios e garantias constitucionais e da legislação de consumo, bem como de atribuir ao consumidor o ônus dos riscos e danos advindos de atividade da qual este não obtém vantagem ou benefício econômico.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Entre Deus e o diabo: mercados e interação humana nas ciências sociais.** *Tempo Soc.* [online]. 2004, vol.16, n.2, pp. 35-64. ISSN 0103-2070.

Disponível em:

<http://www.econ.fea.usp.br/abramovay/artigos_cientificos/2004/Formas%20de%20organiza%E7%E3o%20dos%20mercados.pdf>. Acesso em: 07 set. 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo.** Trad. Artur Morão. Reimp. Lisboa (PT): Edições 70, 2010.

BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** Trad.: Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Trad.:

Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: **Comentários ao código de proteção do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1991.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 abr. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

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

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

CARVALHO, Délton Winter. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático**. Vol. III: parte geral (arts. 114-179), 11ª ed. Rio de Janeiro: Feitas Bastos.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª ed. rev. aument. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. **Diretiva CEE nº 374/85**. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/directivas/directiva-85-374-cee/>. Acesso em: 12 abr. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. rev. atual. e aument.. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOUGLAS, Mary e ISHERWOOD, Baron. **O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo**. Trad. Plínio Dentzien. 1ª ed., 2ª reimpr. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FREITAS, Verlaine. O código social da obsolescência: um estudo de A sociedade de consumo, de Jean Baudrillard. In: **Sociedade e Consumo: múltiplas dimensões da contemporaneidade**. Solange Maria Pimenta (coord.). Curitiba: Juruá, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. I: parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. IV: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini... [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional ambiental**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.

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

LATHAM, Mark. Terceira via: um esboço. In: GIDDENS, Anthony (Org.). **O debate global sobre a terceira via**. Tradução: Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. **Em tempos hipermodernos: individualismo, mercado e tecnologia**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2007.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. 3ª ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1988.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Método, 2010.

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

MELLO, Celso Antônio B. de, **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007.

PAULINO, Carlos Daniel, TURKMAN, Maria Antónia Amaral, e MURKEIRA, Bento. **Estatística bayesiana**. Lisboa-Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad.: Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. Vol. I (parte geral), São Paulo: Max Limonad, 2002.

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

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. Vol. 1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 1. Vol. 02. Rio de Janeiro: PADMA, 2000.