

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

MARCIA HELENA BOSCH

**EXCLUDENTES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:
O TRATAMENTO DAS HIPÓTESES CASO FORTUITO, FORÇA
MAIOR E RISCOS DE DESENVOLVIMENTO**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2009**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

MARCIA HELENA BOSCH

**EXCLUDENTES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR:
O TRATAMENTO DAS HIPÓTESES CASO FORTUITO, FORÇA
MAIOR E RISCOS DE DESENVOLVIMENTO**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Nelson Nery Junior.

**SÃO PAULO
2009**

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho à minha irmã, Maria Alice Bosch, *in memoriam*, a quem a doença venceu, mas que, onde estiver, sei que estará orgulhosa de mim, como sempre estive em todas as minhas conquistas. Dedico-o também a minha amiga Claudia Maria Chamorro Reberte, pessoa que, depois da perda da minha irmã querida, foi responsável por me manter firme no propósito de terminar este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus, por me permitir mais esta jornada.

Agradeço ainda ao Professor Nelson Nery Junior, que gentilmente aceitou me orientar, além de ter facilitado imensamente este trabalho, colocando à minha disposição inúmeras de suas obras, fruto de suas infindáveis pesquisas.

Aos professores Antônio Carlos Mendes, Marcio Pugliesi, Patrícia Miranda Pizzol, Gilson Delgado Miranda, Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, Alexandre David Malfatti, Marcelo Gomes Sodré e Vitor Morais de Andrade pelos preciosos ensinamentos no Curso de Mestrado

A Dona Odete, pessoa que cuidou dos meus filhos todas as vezes que me ausentei para realizar os estudos necessários à estruturação deste trabalho.

“O injusto não é ser atingido pela interpretação jurídica. A hermenêutica do direito não pode conduzir à injustiça, não pode ser causa de desorientação, de perda de valores fundamentais para a sobrevivência do homem, de perda do estado de igualdade. Não há método jurídico que se preze, que possa conduzir o intérprete à injustiça. E para que não se corra este risco é necessário obrigar o intérprete a enfrentar o contexto, conhecer o pretexto e dizer o texto, antes de tudo, jungido ao compromisso de não fugir do roteiro ético que o labor científico de pensar o direito lhe impõe. E esse trabalho é muito mais difícil do que identificar o sentido da norma, porque, a na verdade, ele é o de busca de solução ética e não se contenta com o simples dizer o direito, mas consiste em expurgar o que é injusto da solução dada.”

(Nelson Nery Junior e
Rosa Maria de Andrade Nery)

RESUMO

BOSCH, Marcia Helena. *Excludentes no Código de Defesa do Consumidor: o tratamento das hipóteses caso fortuito, força maior e riscos de desenvolvimento*. 2009. 136f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar que a ideia que mais parece acertada sobre as excludentes de responsabilidade nas relações de consumo é a que defende que se o Código de Defesa do Consumidor não contemplou expressamente o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade, não cabe ao intérprete fazê-lo. Também discorre sobre o fato de que nas hipóteses de caso fortuito e força maior se cogita, na verdade, a culpa do agente (e não o rompimento do nexo de causalidade) e sendo a responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor, em regra, objetiva, onde não se investiga a culpa, a melhor exegese parece mais uma vez ser a que exclui o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade nas relações entre fornecedores e consumidores.

Palavras-chave: Relação de consumo. Responsabilidade. Caso fortuito, força maior e riscos de desenvolvimento. Excludentes não contempladas.

ABSTRACT

BOSCH, Marcia Helena. *Exclusive responsibility in the code of consumer protection: the treatment of fortuitous event, force majeure and development risks*. 2009. 136f. Dissertation (Master in Law)-Pontifícia Universidade Católica São Paulo, São Paulo, 2009.

This study aims to demonstrate that the idea which seems right on the exclusive responsibility of the relations of consumption that is the view that if the code of consumer protection does not expressly contemplate the fortuitous event and force majeure as the exclusive responsibility, not it is for the interpreter do it. Also discusses the fact that in cases of force majeure and fortuitous event refers, in fact, the fault of the agent (and not the causal link) and the code is the responsibility of consumer protection, as a rule, objective, which investigates the fault is not the best exegesis seems once again be the case that excludes the fortuitous and exclusive as forces greater responsibility in the relations between suppliers and consumers.

Keywords: Relationship of consumption. Responsibility. Fortuitous event, force majeure and development risks. Excluding not covered.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	15
3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	27
3.1 A AÇÃO E A OMISSÃO	27
3.1.1 Imputabilidade	28
3.1.2 Responsabilidade com culpa	29
3.1.3 Responsabilidade sem culpa: risco.....	31
3.2 O DANO	34
3.3 O NEXO DE CAUSALIDADE	36
4 ESPÉCIES OU CLASSIFICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	39
4.1 RESPONSABILIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE MORAL	40
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL	40
4.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.....	42
4.3.1 Responsabilidade civil do Estado e na Constituição Federal	45
4.3.2 Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002.....	49
4.4 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL, RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL	54
4.5 RESPONSABILIDADE DIRETA E RESPONSABILIDADE INDIRETA.....	57
5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CLÁUSULA DE IRRESPONSABILIDADE.....	59
5.1 DIFERENÇA ENTRE CAUSA DE IRRESPONSABILIDADE E CLÁUSULA DE IRRESPONSABILIDADE.....	59
5.2 LEGÍTIMA DEFESA, ESTADO DE NECESSIDADE, ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL, EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO, CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E CULPA DE TERCEIRO.....	61

5.3 IMUNIDADES.....	63
5.4 O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR	64
5.4.1 A escola objetiva.....	68
5.4.2 A escola subjetiva.....	70
6 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	76
6.1 RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO	85
6.2 RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO.....	89
7 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	96
7.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR	99
7.2 RISCOS DE DESENVOLVIMENTO.....	107
8 CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS.....	127

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa que se inicia tem como foco principal de estudo as excludentes de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a solução jurídica para as hipóteses de caso fortuito, força maior e riscos de desenvolvimento.

A polémica que gravita em torno desse tema é grande, pois de um lado alguns posicionamentos procuram demonstrar que o caso fortuito, a força maior e os riscos de desenvolvimento, ainda que não contem com expressa previsão legal, excluem a responsabilidade do fornecedor, por força de uma interpretação lógica do sistema. De outra banda, por meio de uma análise exclusivamente do microssistema introduzido na ordem jurídica pátria pela legislação consumerista, também se advoga que referidas excludentes não foram contempladas no Código de Defesa do Consumidor, não se permitindo, por esta razão, interpretação ampliativa às normas de restrição.

Dentro desse contexto, a problemática que dá origem e dirige o desenvolvimento deste trabalho investigativo, com esteio no estudo da evolução do instituto da responsabilidade civil – sem culpa, com culpa e depois novamente com culpa –, contemplando seus principais elementos – ação ou omissão, dano, culpa e nexos de causalidade – e a abordagem da construção histórica dos direitos básicos dos consumidores, é justamente examinar se o caso fortuito, a força maior e os riscos de desenvolvimento excluem ou não a responsabilidade do fornecedor, ainda que não positivados.

Assim delineada a questão, objetiva-se verificar se o caso fortuito, a força maior e os riscos de desenvolvimento foram ou não contemplados como excludentes de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor. Especificamente, e para compor o pano de fundo que auxiliará na compreensão do problema como aqui expandido, pretende-se (i) conhecer os pressupostos da responsabilidade; (ii) identificar as espécies ou classificações eleitas pela doutrina para o instituto; (iii) percorrer as hipóteses de excludentes de responsabilidade e cláusula de irresponsabilidade; (iv) identificar aspectos que pontuam e reconhecem a responsabilidade civil no *Codex* consumerista; e (v) investigar as situações que excluem – da parte a quem se alega ser a causadora do dano – o dever de reparar, assim entendidas as excludentes de responsabilidade.

Com esse norte, os capítulos que antecedem o estudo da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor têm por finalidade contextualizar o tema da responsabilidade civil ao longo da história, propriamente a sua evolução, as mudanças que experimentou o instituto, a formação dos seus conceitos básicos, levando em conta as relações civis e públicas, até o advento deste importante diploma legal, que no afã proteger o consumidor, hipossuficiente, considerado a parte mais vulnerável frente ao fornecedor, que detém toda a técnica e controle dos meios de produção, não descarta, por isto mesmo, de manter equilibrada a relação de consumo.

O capítulo que traz a abordagem das escolhas objetiva e subjetiva para a responsabilidade civil, em que o elemento culpa irá definir ou não a obrigação de indenizar, servirá de importante base para a análise do caso fortuito e da força maior no CDC em razão de a responsabilidade instituída por este diploma ser, em regra, objetiva. Os estudos seguintes, vale repetir, são dedicados unicamente à responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e suas excludentes, cuidando apenas das hipóteses de caso fortuito, força maior e riscos de desenvolvimento, exatamente por despertar atenção pelas inúmeras divergências que enfrenta tanto na doutrina como na jurisprudência.

A escolha deste tema assenta-se na celeuma que o acompanha tanto na doutrina como nas cortes de justiça, a ponto de situações iguais, nos respectivos desfechos, ganharem soluções muito diferentes, o que não pode ser considerado surpresa na aplicação do Direito, mas que, a toda evidência, deve ser evitado.

A contribuição que se persegue com este trabalho e que a humildade de pesquisador permite vislumbrar é exatamente acirrar as discussões sobre um tema complexo e controverso, fomentando na comunidade científica descoberta de bases sólidas, seguras, para que um dia, ainda que não tão breve, os conflitos em torno desta questão possam contar com um tratamento uniforme.

No desenvolvimento deste estudo adotou-se como orientação metodológica a pesquisa de raciocínio dedutivo, tomando-se, logo de início, conhecimento de proposições gerais já firmadas sobre o tema escolhido. Em seguida, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, foram extraídos dados da doutrina que se debruça sobre este tema, especialmente revistas e artigos especializados, contando também com o suporte da jurisprudência, aqui chamada e utilizada como esteio pragmático para auxiliar a construir uma pretensa solução.

O trabalho, que resulta neste relatório de pesquisa, quanto à sua estrutura, foi dividido em oito capítulos. O primeiro dedica-se à apresentação do objeto de estudo e sua contextualização, bem assim os objetivos pretendidos, um breve esboço da metodologia utilizada, entre outros. No segundo capítulo são abordados os fundamentos, as funções e uma breve evolução histórica da responsabilidade civil. No terceiro, a abordagem recaiu sobre os pressupostos da responsabilidade civil, com ênfase para o elemento culpa nas várias espécies de responsabilidade. No quarto são apresentadas as espécies ou classificações da responsabilidade, passando-se pela responsabilidade jurídica, moral, civil, penal, objetiva, subjetiva, pública, a adotada pelo Código Civil de 2002 e ainda a responsabilidade pré-contratual, contratual, extracontratual e pós-contratual. O quinto capítulo ficou reservado para o estudo das excludentes de responsabilidade civil e causas de irresponsabilidade, com destaque para as excludentes de caso fortuito e força maior segundo as escolas objetiva e subjetiva. O sexto e o sétimo capítulo cuidam da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e das excludentes caso fortuito, força maior e riscos de desenvolvimento, abordando, por meio de opiniões diversas, o argumento no sentido de que referidas hipóteses excluem a responsabilidade do fornecedor, bem como o argumento contrário, também com base em mais de uma opinião, de que a responsabilidade instituída pelo diploma legal consumerista é absoluta, objetiva e integral, mesmo nestas hipóteses (caso fortuito, força maior e riscos de desenvolvimento).

Por ultimo, são apresentadas as considerações extraídas de todo o referencial teórico-prático percorrido com o fito de trazer luz à problemática inicialmente definida, sem, contudo, ter a pretensão de elucidá-la, já que o tema não se esgota, mesmo porque a diversidade e a recorrência de casos do gênero que são submetidos à jurisdição, nas mais distintas instâncias de julgamento, por certo, suscitarão o aprofundamento do tema.

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina sempre encontrou e ainda encontra grande dificuldade para estabelecer um conceito para a responsabilidade civil. Segundo o jurista José Aguiar Dias¹ tal dificuldade se explica pelo fato de que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”. Para este autor, a definição que mais se aproxima da responsabilidade civil está associada à ideia de *obrigação*.

A propósito, vários podem ser os conceitos e várias são as significações da responsabilidade civil, não se podendo perder de vista, sob pena de incorrer em imprecisão, de que a responsabilidade deve ser analisada como um aspecto social, posto que decorre de fatos sociais².

A obrigação, que certamente não encerra a noção de responsabilidade, deve ser entendida como uma repercussão obrigacional da atividade do homem, tanto de ordem moral quanto jurídica, com reflexos no direito público e no privado.

Assim, sendo a responsabilidade resultado da ação do homem (comportamento), no momento em que viola uma norma qualquer, estará ele diante de consequências desagradáveis decorrentes desta violação, impostas pelas regras e normas vigentes.

Na interpretação de Maria Helena Diniz³:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão do ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

¹ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

² DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 3.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7. Responsabilidade civil, 22. ed. São Paulo: Saraiva, p. 35.

A mencionada autora assevera que a concepção de “culpa” que define a responsabilidade civil, para muitos doutrinadores, por certo é incompleta, pois leva em conta que sendo a responsabilidade uma obrigação de reparar o dano, pode esta decorrer da culpa do agente ou de uma circunstância legal que a justifique (culpa presumida) e até mesmo por uma circunstância meramente objetiva⁴.

Sergio Cavalieri Filho⁵ ensina que:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico.

A noção, portanto, que certamente fica em todos, é que a responsabilidade civil se preocupa em proteger aquele que vive de acordo com o direito, com a lei e com os bons costumes, e reprimir aquele que, ao contrário, infringe as normas, causando prejuízos a outrem.

A ideia da responsabilidade é a de que o homem (imputável, é claro) deve responder pelos seus próprios atos, ou seja, está sujeito (por obrigação) à condição de indenizar a pessoa que causou prejuízos por ter praticado um ato ilícito, tudo em busca do equilíbrio, da recomposição do *status quo ante*.

Os atos ilícitos, absolutos (dever jurídico que decorre de lei) e relativos (dever jurídico imposto apenas às partes vinculadas a um negócio jurídico), assim como a lei, os negócios jurídicos e as declarações unilaterais de vontade são as fontes da responsabilidade civil que, ao lado imputabilidade, compõem a estrutura deste conceito.⁶

Sobre a imputabilidade, é oportuno apresentar um conceito, consoante o formulado por Sérgio Cavalieri Filho⁷, que assim se expressa: “[...] conjunto de

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 35.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, v. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 9.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 25-26.

condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever [...].”

Diante disso, pode-se afirmar ainda que a concepção de “dever” é inerente ao conceito de responsabilidade, sendo que ao responsável se imputam conseqüências pelo descumprimento do seu dever, dever este de garantir eventuais indenizações, tanto em sentido amplo (danos causados em razão ou não de um vínculo negocial), como em sentido estrito (danos não decorrentes de atos ilícitos em geral).

Os fundamentos da responsabilidade civil, delineados pelo jurista José de Aguiar Dias⁸ são os seguintes: *princípio da prevenção*, na medida em que assim como ocorre na esfera penal, a responsabilidade deve buscar acima de tudo prevenir prejuízos, mote do Estado Democrático de Direito e coluna da ordem jurídica e da justiça; *princípio do interesse ativo*, com uma função positiva, porquanto, havendo interesse exclusivamente do agente (na ação) deve-se aumentar a carga de responsabilidade para ele e também uma função negativa, pois quanto maior o interesse do agente (na ação) maior deverá ser a prevenção e vice-versa; *princípio do maior interesse social*, o que vale dizer que os meios criados para a reparação não podem causar danos maiores do que aquele que se pretende remediar; *princípio da repartição dos danos*, o que surge como uma exigência econômica, no sentido de que é mais fácil suportar um dano quando ele é dividido, pulverizado; *princípio da restituição*, que completa o princípio da prevenção, e significa, em um primeiro plano, uma sanção para o causador do dano e depois um restabelecimento do desequilíbrio social operado.

Ao lado destes princípios, a equidade representa um dos pilares da responsabilidade, isto porque a situação econômica das partes deve ter grande influência no momento da fixação do valor da reparação, o que faz todo o sentido, pois não se pode conceber uma decisão que, a despeito de buscar ajustar um

⁸ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 120.

desequilíbrio (provocado no patrimônio da vítima), provoque outro (agora no patrimônio do causador do dano).⁹

Roberto Senise Lisboa¹⁰, dissertando sobre o tema, pontua que: “Os fundamentos básicos da responsabilidade civil são: a culpa e o risco”. O autor invoca as teorias objetiva e subjetiva do instituto da responsabilidade civil para dar uma breve demonstração da concepção da culpa.

Assim, pela *teoria objetiva* há que ficar evidenciado se o agente tinha a intenção de praticar o ato danoso ou se sua conduta foi imprudente, negligente ou imperita. Essa comprovação só poderá ser dispensada quando a lei expressamente presumir a culpa do agente, ainda que por fato de terceiro.¹¹

Pela *teoria objetiva*, que se fundamenta na causalidade extrínseca, a intenção do agente é irrelevante, sendo suficiente que este obtenha vantagens com os riscos que criou em razão da sua atividade, cuja periculosidade seja inerente a ela ou fixada por lei.¹²

A regra, segundo a ordem jurídica pátria, é que o dever de reparar pela prática de atos ilícitos decorre da “culpa”, ou seja, o comportamento do agente é censurado e reprovado quando, em determinadas circunstâncias, entende-se que ele deveria ou poderia ter agido de modo diferente, valendo a ressalva aqui de que a ilicitude da conduta e a culpa do agente são conceitos distintos, embora se complementem.

Ao lado disso, há ainda casos em que o dever de ressarcir surge pela simples confirmação da autoria de um fato lesivo (ação e dano), sem se investigar se o agente agiu ou não com culpa (aqui ela é prescindível), sendo que esta

⁹ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 120.

¹⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil. v. 2. Obrigações responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 3.

¹¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil. v. 2. Obrigações responsabilidade civil*, p. 3.

¹² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil. v. 2. Obrigações responsabilidade civil*, p. 3.

responsabilidade (sem culpa) somente terá cabimento nos casos expressamente previstos em lei (teoria do risco).¹³

Essa responsabilidade, objetiva, funda-se em um princípio de equidade e está calcada na ideia romana de que todo aquele que lucra com determinada situação deve responder pelos riscos ou pelas desvantagens dela resultantes. O fundamento desta responsabilidade é a atividade exercida pelo agente, em razão do perigo e dos riscos que pode causar ao ser humano e aos seus bens, e não o seu comportamento.¹⁴

Assim, a responsabilidade fundada no risco consiste na obrigação de indenizar o dano provocado pela atividade exercida no interesse do agente e sob o seu controle, sem se indagar o seu comportamento (elemento subjetivo), mas apenas a relação de causalidade entre o dano e a conduta daquele que o causou (elemento objetivo).

Maria Helena Diniz e Sergio Cavalieri Filho convergem para o entendimento de que a finalidade e o primordial efeito da responsabilidade civil têm natureza reparatória, preventiva de danos e punitiva. O sentimento de justiça e a busca pelo equilíbrio justificam a finalidade reparatória da responsabilidade (função primária da responsabilidade civil), na medida em que todo dano causado por um ato ilícito deve ser indenizado à vítima e o valor desta indenização deve ser suficiente para compensar todos os prejuízos sofridos, quaisquer que sejam – materiais e morais (princípio da *restitutio in integrum*).¹⁵

A função preventiva da responsabilidade civil se assenta na ideia de que o “risco” – de o indivíduo ter que indenizar a(s) pessoa(s) se sua ação lhe(s) causar

¹³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 29.

¹⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 30.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 8-9; FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*, p. 13.

prejuízos – leva à consciência e à postura de que não se pode lesar ninguém. Na verdade, procura servir de desestímulo ao ato ilícito (função pedagógica).¹⁶

No sistema legal brasileiro, a função punitiva pode ser considerada típica da esfera criminal, isto porque na esfera civil não se impõem sacrifícios pessoais ao causador do dano, da mesma forma que por aqui não se abrigou a teoria dos *punitive damages*¹⁷ adotada, sem restrição, nos Estados Unidos.

Vale a pena ainda destacar que o estudo da responsabilidade civil e sua crescente evolução não se justificam apenas pelo interesse patrimonial que envolve a questão. Ocorre que, muito embora o cerne da discussão seja a violação de um dever contratual ou legal que cause prejuízo à vítima, é sabido que este prejuízo pode ser tanto de ordem *patrimonial* como *moral* – o que já indica a largueza da finalidade e do efeito da responsabilidade –, além do fato de o agente ainda poder ser obrigado a reparar o dano causado, independentemente de ter agido com culpa – o que, sem dúvidas, corrige muitas distorções e injustiças próprias da fase da subjetivação da responsabilidade.

O escopo da responsabilidade civil deve ser, acima de tudo, a dignidade humana, a valorização da vida e da integridade física dos indivíduos, os quais têm o direito de não serem lesados e ainda de ter a seu favor a intervenção do Estado, assegurando-lhe este direito que visa equilibrar o desajuste provocado.

Da História extrai-se que o dano causado por um homem ao outro, no início da civilização, não contava com a preocupação do Direito, da lei ou do Estado. Vivia-se um tempo em que diante do prejuízo provocado por alguém a determinado grupo, este tinha o direito à vingança, à reação imediata (pena privada).¹⁸

¹⁶ Jornada IV STJ 379: “O CC 944 caput não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.” BDJUR. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8767>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

¹⁷ Sistema de condenação norte-americano, nos casos de danos, conhecido por ser de valores elevadíssimos, especialmente nas hipóteses de danos físicos.

¹⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 44-46.

Da reação do grupo passou-se a permitir a reação individual, a chamada justiça com as próprias mãos, a autotutela, evoluindo a passos lentos para a intervenção do Estado nestas relações. A intervenção estatal visava, pois, coibir reações desproporcionais, ao mesmo tempo, buscava um equilíbrio entre o dano provocado e a reação contra este dano.¹⁹

A Lei de Talião, que derivou do Código de Hamurabi (promulgado pelo Rei da Babilônia), no direito romano, surgiu como um critério inédito de ressarcimento de danos, mas tendo como fundamento o puro sentimento de vingança (“olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido”).²⁰

Com a Lei das XII Tábuas (450 a.C.), a regulação privada dos conflitos foi legalizada, muito embora coubesse ao Estado, nesta fase, somente regular o equilíbrio e a proporcionalidade da reação da vítima contra o causador do dano, surgindo, em seguida, a chamada composição tarifada, em que o autor do dano pagava à vítima determinada tarifa (com valor definido pelo Estado) como forma de reparação do dano sofrido.²¹

Passados mais alguns anos, da Grécia para Roma migram ideias influenciadas por movimentos humanísticos, políticos e filosóficos, no sentido de que a vingança e o castigo já não podiam ser considerados legítimos. O poder público foi tomando cada vez mais para si a função de punir o causador do dano, momento em que surge também a distinção entre os delitos públicos e os delitos privados, sendo os primeiros considerados mais graves e com graus diferentes de intervenção estatal. Porém, somente alguns séculos mais tarde, em 326 a.C., por meio da *Lex Poetelia Papiria*, é que se consolidou a indenização exclusivamente pecuniária.²²

Na fase republicana, surge, então, a *Lex Aquilia* (286 a.C.), em homenagem ao tribuno *Aquilio*, que revolucionou a estrutura jurídica da

¹⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 44-46.

²⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 44-46.

²¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 44-46.

²² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, p. 423.

responsabilidade civil (referida como aquiliana) ao trazer a culpa como fundamento para a reparação, o que até então não existia no direito romano. Referida lei era dividida em três capítulos, os quais regulavam a morte de escravos e animais, o direito de crédito e as lesões a escravos ou a animais e a destruição de coisas corpóreas. Assim, a partir desta lei, para a reparação do dano causado ilicitamente seria necessária a presença dos seguintes requisitos: (i) conduta do agente contrária à ordem jurídica, (ii) *culpa* do agente e (iii) prejuízo experimentado pela vítima.²³

Em momento bem mais recente, o *Código Civil Francês* de 1804, que influenciou a legislação moderna, aperfeiçoou as ideias do direito romano e, além de tratar exclusivamente do ilícito civil (separando a responsabilidade civil da penal), consagrou a teoria aquiliana ao estabelecer um *princípio geral da responsabilidade civil*, com conceitos genéricos e flexíveis, o que certamente representou um avanço quando comparado às legislações rígidas que existiam na época para as hipóteses de indenização, conforme se infere dos artigos 1.382 e 1.383²⁴ deste código (cláusula geral de responsabilidade e exigência da culpa).²⁵

Com a edição do mencionado diploma civilista, a *culpa* integra a noção da responsabilidade, bem diferente daqueles tempos em que a vingança privada era permitida e, vale lembrar, em que a culpa era irrelevante para se admitir a reação ao dano.²⁶

O modelo francês inspirou a legislação de diversos outros países que também passaram a admitir a culpa como pressuposto da responsabilidade civil,

²³ STOCO. Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 131-133.

²⁴ Artigo 1.382 do Código de Napoleão: “Todo ato, qualquer que seja, de homem que causar dano a outrem obriga aquele por culpa do qual ele veio a acontecer a repará-lo.”

“Artigo 1.383 do Código de Napoleão: “Cada um é responsável pelo dano que causou não somente, mas ainda por sua negligência ou por sua imprudência.” ARAGÃO, Valdenir Cardoso. Aspectos da responsabilidade civil objetiva. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande 47. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?>>. Acesso em: dia 17 mar. 2009.

²⁵ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 30-31.

²⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 26-27.

conforme se infere do *Código Civil Austríaco (ABGB)* de 1812, com sua aplicação estendida ao Estado de Milão em 1816.²⁷

O *Código Civil Italiano* também adotou esta linha ao inserir no seu ordenamento, em 1865, várias normas sobre a responsabilidade, entre elas, a responsabilidade fundada na culpa.

Em 1867 entra em vigor, também nesta linha, o *Código Civil Português*, que foi seguido pelo *Código Civil Espanhol*, em 1889.

Sob grande influência *pandectística* (positivismo jurídico), a Alemanha estabelece no seu *BGB*, em 1896 (mas em vigor somente a partir de 1900), a técnica *numerus clausus* para a responsabilidade civil, afastando a cláusula geral então adotada para o sistema pelo código francês. O direito alemão, relativamente ao instituto da responsabilidade civil, previu a necessidade da culpa (com algumas exceções). Para os especialistas, essa técnica foi considerada um verdadeiro retrocesso. No entanto, trilhou o mesmo caminho o *Código Civil Suíço (ZGB)*, que entrou em vigor em 1907.²⁸

O direito anglo-americano, com estrutura jurídica bem distinta do direito romano, apresentava um sistema bastante formal para o estudo da responsabilidade civil. A culpa, no entanto, especialmente a partir do século XVII, também era considerada elemento essencial para se imputar responsabilidade a alguém, valendo a observação de que o conceito de culpa, naquele código, era extremamente amplo.²⁹

A Inglaterra já experimentava as mudanças trazidas pela Revolução Industrial e mesmo exigindo a culpa para impor o dever de indenizar, passou a admitir alguns casos de responsabilidade das empresas pelos atos dos seus empregados.³⁰

²⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 47-55.

²⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 28-31.

²⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 28-31.

³⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 50.

No século XX, os Estados Unidos, em pleno desenvolvimento industrial, editaram leis prevendo a responsabilidade objetiva (independentemente de culpa), como por exemplo, a lei de 1908, que dispunha sobre acidentes ferroviários, e a de 1915, que tratava do transporte marítimo.³¹

O *Código Civil Soviético*, por meio do seu artigo 403³², também adota a culpa como fundamento da responsabilidade, com exceção dos casos em que um indivíduo represente perigo para outro em razão da sua atividade.³³

O *Código Civil Chinês*, em vigor a partir de 1929, também consagrou a culpa para os casos de responsabilidade civil, o que permite concluir que a *teoria da culpa* foi ficando consagrada praticamente em todas as legislações do mundo.³⁴

No Brasil, até 1916, não existia nada que regulasse a responsabilidade civil, isto porque as Ordenações Filipinas – em vigor à época – não eram suficientes para orientar a solução de litígios, fato que obrigava o intérprete, na maioria das vezes, a se socorrer no direito romano, canônico, além dos costumes e outras fontes.³⁵

O Código Criminal de 1830, em vigor seis anos depois da Constituição do Império, adotou a responsabilidade aquiliana e era considerada importante e valiosa fonte de soluções para os problemas de reparação dos danos. No seu Capítulo IV (*Da Satisfação*) dispunha sobre a reparação natural, a garantia da indenização, a solução da dúvida em favor do ofendido, a integridade da reparação, a contagem dos juros reparatórios, a solidariedade, a hipoteca legal, a transmissão do dever de reparar, a preferência do direito de reparação sobre o pagamento das multas etc.³⁶

³¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 50.

³² Artigo 403 do Código Civil Soviético: “Quem causa um dano à pessoa ou aos bens de outrem é obrigado a ressarcir o dano produzido. É liberado de tal obrigação, se provar que não poderia evitar o dano que tinha o papel legal de causá-lo ou que o dano resultou de ato intencional ou de grave negligência da própria parte que o sofreu.” In LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1998, p. 34, nota 62.

³³ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 35-36.

³⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 39-40.

³⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 51.

³⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 51-55.

A Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, de 1857, que repetia várias disposições do Código Criminal de 1830 e que depois serviu de inspiração para o artigo 159 do Código Civil de 1916, dedicou um capítulo aos *atos ilícitos*. A ideia que ficou assentada era a de que para caracterizar a ocorrência de um delito, ofensa ou falta (terminologia defendida por ele no esboço) seria necessária a presença dos requisitos do *dano ou ato capaz de causá-lo e da culpa*. O artigo 832 do código previa as excludentes da responsabilidade civil, descaracterizando a culpa, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior, o exercício da liberdade ou direitos de cada um e o cumprimento dos deveres ou obrigações dentro dos limites legais.³⁷

O Código Penal de 1890 não trouxe qualquer novidade, quando observadas as disposições do Código Criminal do Império.

O Código Penal de 1940 trouxe a possibilidade de execução civil da sentença condenatória proferida em desfavor do causador do dano.

O Código Civil de 1916 já se mostrava defasado em relação a vários aspectos, não sendo diferente quanto ao tema da responsabilidade civil, o que se buscou resolver com o projeto do Código das Obrigações e com a reforma do próprio código, que acabou acontecendo depois de anos de tramitação, em rigor, somente em 2002.³⁸

O projeto do Código das Obrigações, de 1965, de autoria do jurista Caio Mario da Silva Pereira, além de consagrar a teoria subjetiva, condicionou o dever de reparação à culpa do agente, previu algumas exceções para esta regra e reconheceu o abuso de direito como ato ilícito, contemplando os danos morais. As excludentes previstas neste projeto foram: legítima defesa, prejuízo causado para o fim de remoção de perigo iminente ou devido à força maior.³⁹

³⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 51-55.

³⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 51-55.

³⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 51-55.

O Código Civil de 2002, reproduzindo em boa parte o Código Beviláqua, adotou uma fórmula genérica para a responsabilidade aquiliana, prevendo, nos artigos 186 e 927, a reparação dos danos. Vale registrar que o artigo 186 ainda estendeu a reparação aos danos morais além dos materiais.

A inovação ficou por conta do *abuso de direito*, previsto no artigo 187 como ato ilícito, assim como o artigo 927, que também inovou com a *teoria do risco criado*, acompanhando as ideias e legislações mais recentes, em que a vítima do dano, caracterizada a atividade de risco, está dispensada de provar a culpa do agressor.

Ainda, a exemplo do que também ocorreu nas legislações de outros países (Portugal, Peru, Itália), o Código Civil de 2002, no seu artigo 928, priorizou o interesse da vítima em relação aos incapazes, imputando a estes o dever de reparar os danos causados na impossibilidade de seus responsáveis o fazerem.

3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Estudar os pressupostos da responsabilidade civil não é tarefa fácil para a doutrina, principalmente, em razão da grande imprecisão que envolve este tema, em especial o que toca à terminologia empregada pelos diversos autores que se debruçaram neste estudo.

A *ação*, o *dano* e o *nexo de causalidade* são os pressupostos (mais ou menos) unânimes para que se configure a responsabilidade civil.

3.1 A AÇÃO E A OMISSÃO

O dever violado, por meio de uma ação ou conduta, é o elemento objetivo da culpa. A *ação* ou a *conduta do agente* tanto pode ser omissiva como comissiva (ou a conjugação de ambos), deve ser voluntária, pode ser um ato *lícito* ou *ilícito* (contratual ou extracontratual) e deve estar aliado à culpa ou ao risco, conforme se abordará adiante.⁴⁰

O agente da ação pode ser tanto pessoa natural como jurídica, sendo que neste último caso ocorre a extensão da responsabilidade civil aos administradores ou sócios que tenham atuado com abuso da personalidade jurídica.⁴¹

Conforme mencionado anteriormente, a responsabilidade que decorre de um ato ilícito funda-se na culpa e quando desta não decorrer, baseia-se no risco.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 36-38.

⁴¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 61-62.

3.1.1 Imputabilidade

A imputabilidade é o elemento subjetivo da culpa do agente. A responsabilidade não decorre apenas de uma conduta lesiva, pois ainda se exige que esta conduta seja culpável (reprovável) e somente pode ser atribuída ao imputável.⁴²

Segundo Sergio Cavaliere Filho⁴³, sobre a imputabilidade, anota:

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo.

Os elementos da imputabilidade são *maturidade e sanidade mental*, ou seja, o agente tem que ter desenvolvimento e higidez mentais. Assim, os menores de dezesseis anos, segundo a lei, são incapazes, os quais, conforme artigo 928 do Código Civil de 2002, respondem com seu patrimônio pelos prejuízos que causarem a terceiros. Os insanos são considerados irresponsáveis pelos seus atos, seja por enfermidade ou por deficiência mental, e respondem por eles os seus curadores, nas mesmas condições dos pais em relação aos filhos.

Conclui-se, assim, que a inimputabilidade não exclui o dever do reparar o dano, desde que o ato lesivo, no caso de ser praticado por um imputável, configure a violação de um dever e que o inimputável causador do dano tenha bens em valor superior ao suficiente para lhe assegurar o sustento e dignidade.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 25-26.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 25-26.

3.1.2 Responsabilidade com culpa

Em regra, a responsabilidade funda-se na culpa. Neste caso, a culpa ganha status de maior fundamento da responsabilidade civil. A culpa pode ser ou não o elemento do dano, conforme o fundamento que se dê à responsabilidade.

A propósito, a teoria clássica já pressupunha a culpa como requisito para a indenização, considerando que só haveria responsabilidade se houvesse conduta culposa.

Conforme mencionado neste trabalho, na parte que comentou sobre a evolução histórica da responsabilidade civil, em tempos primitivos a culpa era dispensada (responsabilidade objetiva) e os indivíduos eram obrigados a reparar o mal causado em qualquer hipótese.

A *Lei de Aqúilia* (responsabilidade subjetiva), por seu turno, representou verdadeira conquista da civilização, na medida em que o requisito da culpa humanizou a ideia de responsabilidade.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 prescreve que: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Dessa disposição infere-se que o conceito de *culpa (lato sensu)* abrange toda espécie de comportamento humano contrário ao sistema, seja intencional (dolo) ou não.

Sergio Cavalieri Filho⁴⁴ conceitua *culpa* nos seguintes termos: “[...] como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 34.

O *dolo* também representa uma conduta voluntária do agente, que já nasce ilícita, ou seja, o agente quer efetivamente produzir o resultado danoso ou assume o risco de produzi-lo.

A ideia de culpa distingue-se da de dolo porque a conduta nasce lícita, mas no seu curso se desvia dos padrões permitidos, causando danos a terceiros em razão da negligência ou da imprudência do agente.

Assim, no *dolo* o agente já previa o resultado e tem consciência da ilicitude da sua conduta, mas prossegue para alcançar o resultado deliberado (dano). Na *culpa* ocorre o descumprimento do dever de cuidado, o que quer dizer, a cautela que todos devem ter nos seus atos para não causar danos a ninguém. A inobservância para com o dever de cautela torna a conduta culposa (o agente podia e devia ter agido de outro modo). A *culpa* também envolve um erro de conduta (um juízo de valor), na medida em que o agente, desejando praticar um ato lícito, erra no seu proceder e causa prejuízos.⁴⁵

A conduta voluntária do agente, a previsão ou previsibilidade do resultado e a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção representam os elementos da culpa. A falta de cautela se exterioriza por intermédio da imprudência, da negligência, da imperícia.

A culpa ainda pode ser *grave, leve e gravíssima*, variando de acordo com a intensidade da falta de cuidado e cautela. A doutrina divide a culpa em graus, mas pela lei civil pátria elas são equiparadas, com a ressalva do artigo 944, parágrafo único do Código Civil, que considera a culpa como elemento na dosagem da indenização.⁴⁶

Outra classificação alude à natureza do dever jurídico violado (lei ou contrato), ou seja, culpa *contratual* e *extracontratual*.⁴⁷

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 31-33.

⁴⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 93-95.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 37-38.

A distinção entre *culpa in eligendo* (má escolha do preposto ou empregado para o desempenho de determinada atividade), *in vigilando* (ausência de vigilância adequada), *in custodiando* (mau exercício da custódia de animal ou coisa) e *in omittendo* (omissão de um cuidado de deveria observar), hoje já não tem pertinência no sistema jurídico brasileiro, isto por conta da objetivação da responsabilidade civil dos empregadores ou comitentes, pais, tutores, curadores, dos guardadores de animais e coisas, consoante a disciplina do Código Civil de 2002.⁴⁸

Em alguns casos, a culpa deve ser *provada*, em outras hipóteses a prova da culpa é extremamente difícil e a sua exigência se transforma na própria negação do direito. Bem por isso, a ordem jurídica admite a *culpa presumida* em favor da vítima, que fica dispensada de provar a culpa por parte do agente (*culpa juris tantum* do causador do dano). Já a *culpa contra a legalidade* decorre da infração de texto expresso de lei ou de regulamento.

A *culpa concorrente* considera as duas condutas, a do causador do dano e a da vítima. Este tipo de culpa pode ser caracterizado quando o prejuízo experimentado decorre do comportamento danoso de ambos, hipótese em que a doutrina e a jurisprudência recomendam a divisão da obrigação de indenizar (não pela metade mas proporcional à culpa).⁴⁹

3.1.3 Responsabilidade sem culpa: risco

A responsabilidade sem culpa pode ser chamada de objetiva ou responsabilidade pelo risco. Aqui, basta o dano e o nexo causal para que se configure a responsabilidade.⁵⁰

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 38.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 41-42.

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 134.

Essa espécie de responsabilidade é fruto da evolução e do progresso humanos, pois, como é cedido, as grandes transformações sociais (a era da máquina), as relações de trabalho e a sujeição do homem a uma gama enorme de riscos, já indicavam que a responsabilidade subjetiva provocava situações de desequilíbrio e injustiça, deixando as vítimas desamparadas em muitas situações.⁵¹

É na França, no final do século XIX, que surge a “Teoria do Risco”. O fato é que com a intensificação do trabalho na atividade manufatureira e o aumento dos acidentes de trabalho nasce a imposição de que aquele que se dedicasse a atividades perigosas deveria assumir os riscos de acidentes dos seus empregados, dispensando-se qualquer juízo de valor da culpa do empregador.⁵²

Essa realidade abriu espaço para o aparecimento de diversas teorias, preocupadas em discorrer sobre as modalidades de riscos: *teoria do risco-proveito*, *teoria do risco profissional*, *teoria do risco excepcional*, *teoria do risco criado* e *teoria do risco integral*.⁵³

Segundo a *teoria do risco-proveito* é considerado responsável aquele que tira proveito de determinada atividade, sendo que ao lado dos ganhos, ele deve assumir o encargo.⁵⁴

A *teoria do risco profissional* se assenta na ideia do dever de indenizar sempre que o prejuízo decorrer de uma atividade ou profissão, devendo ser aplicada aos casos de acidentes de trabalho em que os empregadores – diante da teoria da culpa – nunca eram responsabilizados e completados a indenizar os seus empregados.⁵⁵

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 135.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 136.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 137-139.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 137-139.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 137-139.

De acordo com a *teoria do risco excepcional* entende-se como responsável o agente que impõe à vítima o desempenho de uma atividade de risco excepcional, acima da normalidade, das atividades habituais da vítima.⁵⁶

A *teoria do risco criado*, que tem como maior adepto o jurista Caio Mario da Silva, prescreve que aquele que passa a desenvolver uma atividade ou profissão, criando perigo, tem o dever de indenizar as pessoas que estão sujeitas a este perigo, independentemente de culpa. Para esta teoria, o proveito tirado por aquele que desenvolve a atividade perigosa é irrelevante, basta que crie o perigo.⁵⁷

Já a teoria do *risco integral*, considerada extremista, exige apenas o dano para se impor o dever de indenizar, dispensando, além da culpa, até mesmo o nexo causal. Nesta teoria, nem mesmo a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou a força maior (excludentes que serão analisadas posteriormente) isentam o agente da responsabilidade de indenizar.⁵⁸

A *teoria do risco*, muito embora possa ser considerada como ajuste de inúmeras situações de injustiças, quando comparadas às soluções tradicionais do direito pátrio, nos casos de responsabilidade civil, é tratada com muitas críticas por parte da doutrina, sob o argumento de que não se pode impor, cegamente, o dever de reparar, sob pena de se desvirtuar o próprio sentido da justiça. Outra parte da doutrina sustenta que esta teoria busca, na verdade, a plena proteção do ser humano (intangibilidade física e patrimonial), considerando ainda que somente se exigirá a reparação quando ocorrer dano (e não apenas o risco).⁵⁹

Não obstante essa teoria (teoria do risco) ter sido adotada pela legislação especial, ela também foi consagrada no Código Civil de 2002, no parágrafo único, do artigo 927, ao dispor sobre a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos definidos por lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Da

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 137-138.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 138.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 138-139.

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 139-140.

mesma forma, o artigo 931 prescreve que, ressalvada a legislação especial, os empresários individuais e as empresas devem responder, independentemente de culpa, pelos danos causados pelos produtos que colocarem em circulação.

Além da lei, a jurisprudência também tem estendido o conceito da responsabilidade sem culpa (profissional), podendo ser citado como exemplo a Sumula 28 de Supremo Tribunal Federal⁶⁰, que dispõe sobre a responsabilidade dos bancos pelos atos dos seus prepostos nas hipóteses de pagamento de cheques falsos, ressalvada apenas a hipótese de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.

3.2 O DANO

O *dano* causado à vítima por uma ação ou omissão do agente ou de terceiro que age em nome dele, por um fato ou por um animal a ele vinculado pode ser material ou moral (patrimonial e extrapatrimonial e podem ser cumulados). Não haverá responsabilidade civil se não se caracterizar um dano a um bem jurídico. O dano patrimonial ainda compreende os danos emergentes e os lucros cessantes (a efetiva diminuição do patrimônio da vítima e aquilo que ela deixou de ganhar).⁶¹

Os danos também podem ser *estéticos*, quando provocarem lesões corporais, deixando cicatrizes ou sequelas, porém não se confundem com os danos morais e ainda com os danos à *personalidade*.⁶²

Outra classificação retirada da doutrina refere que os danos podem ser *presumidos*, hipótese em que a vítima fica dispensada de prová-los (por exemplo, a

⁶⁰ Súmula 28 do STF: “O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.”

⁶¹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 79-80.

⁶² NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 81-90.

obrigação ao pagamento dos juros moratórios no atraso do cumprimento das obrigações, danos ambientais, entre outros).⁶³

Para que o dano seja indenizável, é necessário que haja diminuição ou destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral, a certeza deste dano (dano certo), uma relação de causalidade entre a ação do agente e o prejuízo experimentado pela vítima, subsistência e atualidade do dano, na medida em que o agente somente pode responder por ele se ainda não o tiver reparado, legitimidade de quem o reclama e ausência de causas de excludentes de responsabilidade.⁶⁴

O dano também pode ser direto ou indireto. Configura-se o dano direto quando constatada uma relação imediata entre a causa e o prejuízo experimentado (responsabilidade do motorista pelo atropelamento da vítima). No dano indireto (também chamado de dano reflexo ou em *ricochete*), o prejuízo sofrido pelo lesado é um efeito, uma repercussão da causa em outros bens que não aqueles que foram diretamente atingidos pelo ato lesivo.

Dentro do estudo do *dano*, importante ainda destacar que sob influência francesa, assentou-se o entendimento sobre a possibilidade de se reparar pela chance perdida, ou seja, aquilo que a vítima poderia obter caso não tivesse sido influenciada pelo agente a agir da maneira como agiu (probabilidade e eventualidade – *teoria da perda de uma chance*), o que não pode ser confundido com o dano incerto ou eventual.⁶⁵

Também se pode classificar os danos em *individuais* e *transindividuais*. Os danos são individuais quando a vítima é pessoa determinada e os transindividuais quando a vítima é toda a coletividade.⁶⁶

⁶³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 73.

⁶⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 72.

⁶⁵ DANO MATERIAL – Candidato a concurso público de mestrado – Reprovação atribuída ao abalo causado em razão do extravio de sua bagagem – Dano incerto e eventual – Nexo de causalidade não caracterizado – Verba indevida. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 300.190-RJ – 4ª Turma. Relator. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 24.4.91. DJU 18.03.02. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2003.

⁶⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 76-77.

3.3 O NEXO DE CAUSALIDADE

O *nexo de causalidade* é o vínculo entre o dano e a ação, o que é fundamental para se caracterizar a responsabilidade civil, ou seja, o dano experimentado pelo lesado tem que advir da ação do agente, caso contrário não se pode falar em dever de indenizar. Cabe ao lesado provar o nexo de causalidade entre a ação do agente e o prejuízo que sucumbiu.⁶⁷

A *teoria da causalidade adequada*, que envolve causas e concausas, é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os defensores desta teoria afirmam que o agente tem o dever de reparar o dano patrimonial ou extrapatrimonial porque, de forma adequada e suficiente, contribuiu para o evento danoso.⁶⁸

Elaborada por *von Kries*, a teoria da causalidade adequada faz a distinção entre causa e condição, ou seja, entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância para a produção do resultado.⁶⁹

O artigo 403 do Código Civil de 2002⁷⁰ acabou por positivizar esta teoria no sistema pátrio, não havendo dúvidas que para efeito de responsabilidade a causa mais determinante, segundo o curso natural das coisas, é a que será considerada na produção do resultado.⁷¹

A concorrência de causas (culpa concorrente) se verifica quando a vítima contribui para a produção do resultado juntamente com o agente. Importante registrar que o que efetivamente interessa aqui é indagar qual causa foi

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 45-46.

⁶⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, Responsabilidade civil, p. 110.

⁶⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, Responsabilidade civil, p. 110.

⁷⁰ Art. 403 do Código Civil brasileiro: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 50-51.

determinante para a produção do resultado, desprezando-se os atos inócuos, sem qualquer colaboração com o resultado (preponderância causal).⁷²

Concausa, por sua vez, é uma causa que, ao lado da principal, concorre para a produção do resultado, reforçando o processo até se produzir o dano, ou seja, agrava a situação que, por si só, já provocaria o dano.⁷³

Pode haver *concausa preexistente* e *superveniente*. A primeira, não obstante a designação preexistente, não elimina o nexo causal. Em todos os casos o agente responde pelo resultado mais grave, sendo irrelevante o seu conhecimento sobre determinada causa preexistente. A segunda, *superveniente* ou *concomitante* tem idêntico tratamento e se verifica depois do desencadeamento do nexo causal. O fato de apenas agravar o resultado, não favorece a situação do agente.⁷⁴

Por fim, o artigo 942 do Código Civil⁷⁵ e seu parágrafo único adotam a teoria da causalidade comum ao estabelecer que todo aquele que concorre de certa forma para o evento é considerado pessoalmente causador dos danos e está obrigado a indenizar (solidariedade, co-autoria).

Roberto Senise Lisboa⁷⁶ traça os elementos da responsabilidade como sendo: a) *essenciais*, aqueles imprescindíveis para a responsabilidade, podendo ser subdivididos em subjetivos (agente e a vítima) e objetivos (conduta, dano e nexo de causalidade); b) *acidentais*, aqueles que podem existir em determinadas relações jurídicas, específicas para os fins de responsabilidade civil. Estes também são subdivididos, segundo o citado autor, em: subjetivos (sobre a qualidade jurídica do agente e da vítima, como, por exemplo, o fornecedor responsável pelos casos de responsabilidade civil de consumo) e objetivos (que possibilitam a responsabilidade

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 56.

⁷³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 58.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 59-60.

⁷⁵ Art. 942 do Código Civil brasileiro: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único: São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”

⁷⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. v. 2. Obrigações e responsabilidade civil, p. 473-474.

a determinado título, de forma específica, como, por exemplo, a responsabilidade da Administração Pública pela irregularidade dos serviços prestados).

Em resumo, pode-se afirmar que os pressupostos da responsabilidade civil, da análise dos seus elementos, são: *as partes, o dano e o nexo de causalidade.*

4 ESPÉCIES OU CLASSIFICAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Considerando que a responsabilidade civil tem como elemento primordial a conduta voluntária que viola um dever jurídico, ela pode ser dividida em espécies, donde se identifica a natureza deste dever (jurídico) e o elemento subjetivo da conduta do agente.⁷⁷

José de Aguiar Dias⁷⁸ afirma que “os diferentes planos em que se desenvolve a atividade do homem, inclusive a simples atividade da consciência, é que caracterizam os aspectos da responsabilidade.”

4.1 RESPONSABILIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE MORAL

Segundo Henri, Leon, Jean Mazeaud e François Chabas⁷⁹: “Ser responsável moralmente é responder diante de Deus e diante de sua consciência. Ser responsável juridicamente é responder perante os homens”.

A responsabilidade jurídica aparece quando ocorre violação à norma jurídica civil ou penal, como uma reação da sociedade ao desequilíbrio provocado pelo ato ilícito causador do dano. Já a responsabilidade moral decorre da violação de uma norma moral, mas como não se exterioriza socialmente, não afeta a ordem jurídica, apenas permeia a consciência do ser humano.⁸⁰

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 13.

⁷⁸ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 6.

⁷⁹ MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean; CHABA, François. *Leçons de droit civil – Obligations – Théorie générale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, tomo II, 1º vol., par. 375, p. 366..

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 23.

Na doutrina de Maria Helena Diniz⁸¹: “A responsabilidade moral supõe que o agente tenha: a) livre arbítrio, porque uma pessoa só poderá ser responsável por atos que podia praticar ou não; e b) consciência da obrigação”.

É cediço que ao lado dos deveres morais estão os deveres jurídicos. O Direito é a ciência que se ocupa com as relações dos indivíduos, regulando condutas. A Moral, por sua vez, atua em prol do bem, habita a alma humana. É verdade que determinados danos não geram responsabilidade civil (os acobertados por uma exclusão, por exemplo), mas podem perfeitamente gerar responsabilidade moral, isto porque a vítima sucumbiu o prejuízo.⁸²

A responsabilidade moral pode não induzir, necessariamente, à responsabilidade jurídica, mas o inverso não é verdadeiro. O fato é que sempre que um ser humano afeta o patrimônio e/ou a integridade de outro, abala por certo o conceito de moral, de ética, de retidão, do bem que deve pautar as relações sociais, até porque ninguém merece sucumbir a qualquer prejuízo ou perda provocada por terceiro, tenha este agido ou não com culpa.

Além disso, é forçoso reconhecer que o Direito não caminha sozinho, ao contrário, é uma ciência interdisciplinar, estando intrinsecamente associado a múltiplas disciplinas: Moral, Religião, Política, Economia, entre outras.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL

Antes de comentar e principalmente traçar as diferenças entre a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal, é de fundamental importância expor o entendimento do jurista José de Aguiar Dias⁸³, ressaltando que, socialmente, não existe qualquer diferença entre uma e outra porque “o direito é social”.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 23.

⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 22-23

⁸³ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 11.

Queremos dizer que, do ponto de vista da ordem social, consideramos infundada qualquer distinção a propósito da repercussão social ou individual do dano. O prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social. É a nosso ver, precisamente nesta preocupação, neste imperativo, que se deve situar o fundamento da responsabilidade. Não encontramos razão suficiente para concordar em que à sociedade o ato só atinge no seu aspecto de violação da norma penal, enquanto que a repercussão no patrimônio do indivíduo só a este diz respeito. Não pode ser exata a distinção, se atentarmos em que o indivíduo é parte da sociedade, que ele é cada vez mais considerado em função da coletividade, que todas as leis estabelecem a igualdade perante a lei, fórmula de mostrar que o equilíbrio é interesse capital da sociedade.

Não obstante a afirmação supra de que inexistente, do ponto de vista social, distinção entre as responsabilidades civil e penal, é inegável que as condições em que surgem uma e outra são diferentes. A responsabilidade penal é mais exigente do que a responsabilidade civil.

Na responsabilidade civil, o lesado, ao menos diretamente, é o particular e a norma infringida é de direito privado, ao passo na responsabilidade criminal, toda a sociedade sofre o dano, infringindo-se aqui, a norma penal, de direito público. Na primeira, impõe-se o dever de reparar a vítima pelo dano sofrido (coação patrimonial), na segunda, o agente causador do dano sofre uma pena (coação pessoal), que pode ser corporal, pecuniária, além de acessória (como a perda do cargo público, por exemplo).

Em se tratando de lesão a bem jurídico, pode-se afirmar que na responsabilidade civil o bem jurídico lesado pertence a um particular, ao passo que na penal o bem jurídico molestado pertence à coletividade.

Em rigor, ambas as responsabilidades decorrem de um ato ilícito e a desobediência a determinado preceito pode gerar, por parte do agente, um ilícito civil ou um ilícito penal, sendo que, por vezes, os dois (ilícitos penal e civil) podem decorrer de uma única conduta.

Além disso, no ilícito civil a vítima do dano pode abrir mão da sua reparação (disponibilidade do direito), o que não se permite à vítima do ilícito penal,

até porque, além dela, a vítima direta da lesão – a lesão também é pública – é contra toda a coletividade (salvo para as hipóteses das ações penais privadas).

A responsabilidade civil pode ser direta ou indireta, ao passo que a responsabilidade penal somente pode ser direta (ninguém pode ser punido por um crime cometido por outrem).

Por fim, quanto a estas duas classificações da responsabilidade, insta comentar que a responsabilidade civil independe da criminal, conforme disposição legal neste sentido (artigo 935 do Código Civil⁸⁴) e as excludentes de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito são comuns para ambas.

4.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A responsabilidade civil ainda é classificada em *objetiva* e *subjetiva*. Na *subjetiva* exige-se a *culpa* ou o *dolo* do agente causador do dano (por ação ou omissão), caso contrário, não será obrigado a indenizar a vítima. Na *objetiva* não se discute a culpa do causador do dano, posto que a responsabilidade do agente aqui se fundamenta no *risco*.⁸⁵

A responsabilidade *subjetiva* é regra na ordem jurídica brasileira, mas diante de inúmeras situações verificou-se que ela não atendia ao ideal de justiça, pois muitas atividades que ofereciam riscos à sociedade, causando danos aos indivíduos, independente de culpa ou dolo dos seus agentes, ficavam sem reparação. Essas situações passaram, então, a ser amparadas pelo sistema da responsabilidade objetiva.

⁸⁴ Art. 935 Código Civil brasileiro: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões de acharem decididas no juízo criminal.”

⁸⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, 2004, p. 460-461.

A responsabilidade *objetiva* foi admitida aos poucos na ordem jurídica pátria, já que a regra era a da responsabilidade civil *subjetiva*.

No Brasil, o Decreto nº 2.681, de 07 de dezembro de 1912, pode ser considerado o primeiro diploma legal a admitir a responsabilidade fundada na teoria do risco. O artigo 26 do decreto responsabilizava objetivamente as estradas de ferro por todos os danos causados aos proprietários marginais das suas linhas. Também o transportador era responsabilizado (objetivamente) pelos danos causados aos seus passageiros. Este diploma só foi revogado com a edição do novo Código Civil.

Os inúmeros e preocupantes acidentes de trabalho também moveram a legislação brasileira, que mais uma vez, adotando a teoria do risco (aqui integral), passou a responsabilizar o empregador objetivamente pelos acidentes sofridos por seus empregados, bastando a estes – por exigência da lei – apenas apresentar a prova da relação de trabalho e do dano decorrente do acidente sofrido.

Atualmente, no Brasil, a indenização acidentária é tarifada e coberta pelo seguro coletivo pago pelo empregador, ficando a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) o pagamento da indenização correspondente, independentemente de qualquer decisão sobre a culpa do acidentado.

Oportuno tecer ainda o breve comentário de que, sem prejuízo da indenização acidentária, tem o empregado direito de pleitear, na Justiça Comum, indenização (esta ilimitada) contra seu empregador, com base no mesmo infortúnio, não havendo qualquer impedimento para esta cumulação, muito embora a responsabilidade (pessoal do empregador) seja subjetiva, necessitando ser investigada a culpa ou o dolo deste no evento danoso (*socialização dos riscos*)⁸⁶.

⁸⁶ “Nas últimas décadas vem-se acentuando, cada vez mais forte, um movimento no sentido da socialização dos riscos. Em face do *alarmante aumento de acidentes*, principalmente no trabalho e no trânsito, tornando, muitas vezes, irreparável o dano, não só pelo *montante da indenização*, mas, também, pela *falta de patrimônio da parte que o causou*, lança-se mão de técnicas de socialização do dano para o fim de ser garantida pelo menos uma indenização básica para qualquer tipo de acidente pessoal. É o que, em doutrina, se denomina de reparação coletiva, indenização autônoma ou social [grifos no original]”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 146.

O seguro obrigatório, instituído no Brasil pela Lei nº 6.914/74 (DPVAT) a todos os proprietários de veículos automotores é outro exemplo de responsabilidade objetiva. Em rigor, o proprietário do veículo está obrigado ao pagamento do seguro (social) e, por esta razão, figura como estipulante. O beneficiário deste seguro é a vítima de acidente de veículo, que terá direito à indenização sem qualquer investigação da sua culpa no sinistro.

O artigo 47, inciso VIII, do Código da Mineração (Decreto nº 227/67) é outro exemplo de responsabilidade objetiva no Brasil. Este dispositivo impõe a todos aqueles que se dedicam à exploração da lavra, o dever de responder pelos danos e prejuízos que causarem a terceiros, resultantes, direta ou indiretamente da referida atividade.

A Lei nº 6.938/81, no seu artigo 14, parágrafo 1º, estabeleceu a responsabilidade objetiva para os causadores de danos ao meio ambiente, *verbis*: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”

Os artigos 268 e 269 da Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro da Aeronáutica) cuidam da responsabilidade por danos causados pela aeronave a terceiros na superfície, outra hipótese de responsabilidade objetiva.

Em nível constitucional, pode-se citar o artigo 21, inciso XXIII, alínea “c”, que traz mais um caso de responsabilidade objetiva, quando verificados danos nucleares de responsabilidade da União.

Da mesma forma, a Lei nº 6.453/77 estabelece que o operador de instalação nuclear responderá, independentemente de culpa, pelos danos decorrentes de acidente nuclear.

Um dos mais destacados exemplos de responsabilidade objetiva no direito brasileiro – que aqui será comentado em poucas linhas porque o assunto será objeto de detida análise neste trabalho – é o *Código de Defesa do Consumidor* (Lei

nº 8.178/90), que instituiu a responsabilidade objetiva como regra e a subjetiva como exceção ao tratar da responsabilidade pelo fato do produto, pelo fato do serviço, por vício do produto e pelo vício do serviço.

4.3.1 Responsabilidade civil do Estado e na Constituição Federal

Quando se fala em responsabilidade do Estado, necessário que se cogite de três funções estatais: a *administrativa*, a *jurisdicional* e a *legislativa*.

A responsabilidade estatal mais comum e mais conhecida alude à responsabilidade do comportamento da Administração Pública, isto porque a responsabilidade dos Poderes Legislativo e Judiciário incide somente em casos excepcionais e ainda encontra muita divergência na doutrina e na jurisprudência.

Apenas para que a questão não fique perdida, sobre a responsabilidade por atos legislativos a regra que prevalece é a da irresponsabilidade, o que certamente é alvo de sérias e fundadas críticas.

No que tange à responsabilidade dos atos praticados pelo Poder Judiciário (no exercício da função jurisdicional), também prevalece, igualmente com sérias divergências doutrinárias, a teoria da irresponsabilidade.

A responsabilidade *extracontratual* é modalidade da responsabilidade civil. A responsabilidade contratual se rege por princípios próprios, por meio dos chamados contratos administrativos.

Com efeito, mesmo existindo um contrato a criar obrigações e responsabilidades para o Estado, representado pela Administração Pública, convém lembrar que referidos contratos contêm características que os diferenciam da estrutura dos contratos tipicamente privados, a saber:

A Administração tem que figurar como o Poder Público; a finalidade tem que ser pública; dever de obediência à forma prescrita e não

defesa em lei; o procedimento deve ser legal; tem natureza de contrato de adesão, natureza intuitu personae; presença de cláusulas exorbitantes e mutabilidade. (Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 371-378).

Ao contrário do direito privado, em que a responsabilidade exige sempre um ato ilícito, contrário à lei, no direito administrativo esta responsabilidade pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, tragam a determinadas pessoas um ônus maior que aquele suportado pelos demais membros da coletividade.

Portanto, a *responsabilidade extracontratual* do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.⁸⁷

A “Teoria da Irresponsabilidade”, saliente-se, foi adotada na época dos Estados absolutos, diante da ideia da soberania (*aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei*). Neste contexto, qualquer responsabilidade que fosse atribuída ao Estado seria o mesmo que nivelá-lo aos seus súditos, um sinal de total desrespeito ao soberano.⁸⁸

A partir do século XIX, com as teorias civilistas, começou a ser superada a tese da irresponsabilidade do Estado, surgindo a chamada *teoria civilista da culpa*, que distinguia os *atos de império* e os *atos de gestão*. Os primeiros, praticados pelo próprio rei, eram livres de erro e de responsabilidade; os segundos, praticados pelos prepostos do Estado, agentes públicos, eram passíveis de responsabilização.⁸⁹

Quadra mencionar que esta doutrina, baseada na responsabilidade subjetiva, serviu de inspiração para o artigo 15, do Código Civil Brasileiro de 1916.

⁸⁷ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Responsabilidade civil, p. 311.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 409-410.

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 410.

Assim, sob a influência do pensamento francês surgiram as primeiras ideias de responsabilidade do Estado (teoria do risco), que servem de fundamento para a responsabilidade objetiva do Poder Público. Esta doutrina concebe a distribuição dos ônus, encargos e benefícios sociais entre todos os membros da sociedade. Aqui a concepção de culpa é substituída pela de *nexo de causalidade* entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado.⁹⁰

Ainda, nesta teoria não se investigam os elementos subjetivos (culpa ou dolo) ante o entendimento de que a atuação estatal envolve um risco de dano que lhe é inerente. Uma vez causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguros, em que os segurados são os contribuintes que lhes pagam (em vez dos prêmios) os impostos para a formação do patrimônio coletivo.⁹¹

A teoria da irresponsabilidade, sempre muito repudiada e alvo de severas críticas, acabou, portanto, não sendo acolhida pelo direito brasileiro.

Registre-se que as *Constituições de 1824 e de 1891* não continham qualquer disposição que previsse a responsabilidade do Estado, apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência do abuso ou omissão praticado no exercício de suas funções.

Na *Constituição de 1934* já passou a ser admitida a responsabilidade solidária entre Estado e funcionário. Nos termos do seu artigo 171, os funcionários eram responsáveis solidariamente com as Fazendas Nacional, Estadual e Municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos. Esta regra foi repetida no artigo 158 da *Constituição de 1937*.

Somente na *Constituição de 1946* é que se adotou a *teoria da responsabilidade objetiva do Estado*. É o que se extrai do artigo 194:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 231-232.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 412.

Parágrafo único: caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

A *Constituição de 1967* repetiu esta norma no seu artigo 105, acrescentando, contudo, no parágrafo único, que a ação regressiva caberia no caso de *culpa ou dolo*, expressão esta que não constava na *Constituição anterior*. A propósito, na *Emenda nº 1 de 1969*, esta norma foi mantida no artigo 107.

A *Constituição Federal de 1988*, no seu artigo 37, parágrafo 6º, prescreve que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A partir de 1946, pode-se afirmar que no sistema brasileiro a exigência de culpa ou dolo para o direito de regresso só pode ocorrer contra o funcionário. Portanto, conclui-se que para o Estado a responsabilidade é *objetiva* e para o funcionário é *subjetiva*.

Assim, no Brasil, desde 1946 as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra os responsáveis, no caso de dolo ou culpa.

O princípio da responsabilidade objetiva, porém, não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e até mesmo a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses de: *caso fortuito, força maior, fato da vítima e fato de terceiro*.

Quadra anotar que estas excludentes do nexo causal não se confundem com as excludentes de ilicitude previstas no artigo 188, do Código Civil – “atos praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito reconhecido, deterioração ou destruição da coisa alheia ou a lesão a pessoa a fim de remover

perigo iminente” –, o que também será objeto de estudo mais aprofundado nos capítulos seguintes.

4.3.2 Responsabilidade civil no Código Civil de 2002

O Código Civil de 1916 podia ser considerado essencialmente subjetivista, uma vez que o seu sistema era baseado na cláusula geral de responsabilidade civil, adotada do direito francês (artigo 159).

O Código Civil de 2002 trouxe profundas modificações no tema da responsabilidade civil e isto por conta da grande evolução havida na doutrina e na jurisprudência sobre o assunto.

A responsabilidade subjetiva, que se fundamenta na culpa do agente, foi mantida no artigo 186 do novo código⁹² I (extracontratual), no Título III, que regula os “atos ilícitos”, em correspondência com o que dispunha o artigo 159, do Código Civil de 1916 (culpa *lato sensu*, o que também inclui o dolo), com a inovação de ter mencionado expressamente o dano moral.

Da mesma forma, como mais um exemplo da responsabilidade contratual subjetiva, para os contratos benéficos, a lei brasileira exige a *culpa* do contratante a quem o contrato aproveita e o *dolo* para aquele que o contrato não favorece. Para os contratos onerosos, o Código Civil exige apenas a *culpa* das partes. Também neste sentido, mas tratando de obrigações negativas, o artigo 390 do mesmo diploma prescreve que o devedor deve ser considerado inadimplente desde o dia em que praticou o ato que se devia abster.⁹³

⁹² Artigo 186 do Código Civil brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁹³ Artigo 390 do Código Civil brasileiro: “Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato que se devia abster.”

A responsabilidade extracontratual subjetiva também está prevista no artigo 394, que trata da *mora*, e no artigo 399, que dispõe sobre a perpetuação da obrigação em razão da *mora*⁹⁴.

Os pressupostos deste tipo de responsabilidade são: *ato ilícito*, que pode ser traduzido como violação a um dever jurídico por uma conduta voluntária; a *culpa* ou *dolo* do agente; o *dano* suportado pela vítima e o *nexo de causalidade* entre a conduta e o tal dano.

O artigo 187 – que buscou inspiração no artigo 334 do Código Civil Português – traz uma cláusula aberta, uma vez que não define critério objetivo para aferição da abusividade. Inovou este dispositivo ao considerar o *abuso do direito* como causa de responsabilidade⁹⁵, principalmente quando se tem em conta que todo direito, quando exercitado, encontra limites em razão da obrigatória observância da boa-fé contratual, da função social do contrato e dos bons costumes. Bem por isso, pode-se dizer que o ato ilícito é exatamente o abuso do direito, que tem natureza objetiva, não exigindo culpa ou dolo do agente, tampouco o dano efetivo.

Sobre a teoria do abuso do direito, comenta Sergio Cavalieri Filho⁹⁶:

O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal.

⁹⁴ Artigo 399 Código Civil brasileiro: “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora esta impossibilidade resulte de caso fortuito ou força maior, se estes ocorrerem durante o atraso, salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”

⁹⁵ Artigo 187 do Código Civil brasileiro: “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.”

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 152.

Inegável a utilidade deste artigo legal como verdadeiro exemplo da aproximação da lei com a vida, pois inúmeras situações, flagrantemente injustas, contavam com a chancela da lei, ficando o aplicador do Direito de mãos atadas.

A partir do momento em que condutas ético-sociais passam a ser requisitos de validade de um negócio jurídico, o legislador demonstra estar a caminho – ainda que a passos lentos – da humanização constante do direito positivado, que muitas vezes se divorcia da ciência jurídica e também da justiça.

Já o artigo 389, do Código Civil⁹⁷, no Título IV, “Do inadimplemento das obrigações”, tratou dos efeitos decorrentes da responsabilidade contratual – subjetiva - sendo que no artigo 422, já citado, constam os limites desta responsabilidade, com base na teoria da *culpa in contrahendo* de *von Jhering*, conforme será analisado no capítulo próprio das responsabilidades pré-contratual, contratual, extracontratual e pós-contratual.

O Título IX, Capítulo I, “Da Responsabilidade Civil” do Código Civil, trata da *obrigação de indenizar*. No artigo 927⁹⁸, *caput*, dispõe que todo aquele que cometer um ilícito civil, causando danos, nos termos dos artigos 186 e 187, estará obrigado à respectiva reparação (outro exemplo de responsabilidade subjetiva).

O *parágrafo único* deste mesmo artigo trata de uma hipótese de responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco, conforme já dispunham as legislações italiana e portuguesa.

Esse típico caso de responsabilidade objetiva no Código Civil é voltado para aquele que exerce atividade empresarial ou comercial (autor do dano) e que se impõe pelo exercício da atividade de risco, independentemente da culpa do agente,

⁹⁷ Artigo 389 Código Civil brasileiro: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

⁹⁸ Artigo 927 do Código Civil brasileiro: “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.”

podendo ser vítimas destes danos todos os sujeitos de direito, personalizados ou não.

Sobre a *teoria do risco* – que pode ser considerada a segunda cláusula geral de responsabilidade objetiva no Código Civil – o *Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal* (Brasília/2002) elaborou o seguinte Enunciado (38):

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que os demais membros da coletividade.⁹⁹

Mesmo assim, fácil não é a interpretação e a aplicação deste artigo, o que certamente ficará mais a cargo da doutrina e da jurisprudência, como ocorre com todas as expressões vagas, genéricas e imprecisas utilizadas pelo legislador.¹⁰⁰

Pois bem, é possível afirmar que o Código Civil de 2002 adotou dois sistemas de responsabilidade: (1) o geral, da responsabilidade subjetiva (art. 186), que exige a *culpa* ou *dolo* do agente e, subsidiariamente, (2) o sistema da responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único, por exemplo), que se funda na *teoria do risco*, pouco importando a conduta do agente (culposa ou dolosa). É caso de responsabilidade objetiva aquilo que a lei assim dispuser ou quando a atividade do agente, pela sua natureza, oferecer riscos para o direito de outrem.

Segundo os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁰¹, são cláusulas gerais da responsabilidade extracontratual no Código Civil:

⁹⁹ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados. Jornada de Direito Civil. 11 set. 2002. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm>. Acesso em: 12.mar.09.

¹⁰⁰ “[...] Andou mal o legislador ao estabelecer norma aberta para a responsabilidade objetiva, preferindo transferir para a jurisprudência a conceituação da ‘atividade de risco’. O princípio elementar da responsabilidade é o da culpa (responsabilidade subjetiva), não o da causa, ou do fato, (responsabilidade objetiva), valendo aqui a assertiva de que ‘generalizar o princípio da causalidade objetiva ou consagrar para todos os casos a teoria do risco criado é, pois, em certos aspectos, uma regressão ao primitivismo’.” NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense n. 56.

¹⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 706.

[...] a ofensa a qualquer direito, patrimonial, material ou imaterial (moral, imagem, personalidade), que decorra de desrespeito de norma de ordem pública imperativa (constitucional, pena, administrativa, civil etc.), o dano apenas moral, atividade desenvolvida pelo agente, que por natureza implique riscos ao direito de outrem, assim definida por lei, independentemente de dolo ou culpa e desrespeito manifesto à boa-fé e aos bons costumes.

Os artigos 187, 188, parágrafo único, 928, 931, 932 c.c. 933, 936, 937, 938, 939 e 940 do Código Civil¹⁰² são outros exemplos de responsabilidade extracontratual objetiva, pois tratam do abuso de direito, exercício da atividade de risco ou perigosa, danos causados por produtos (teoria do risco do empreendimento), responsabilidade pelo fato de outrem, responsabilidade pelo fato

¹⁰² Artigo 188 do Código Civil brasileiro: “Não constituem atos ilícitos: I- *omissis*; II- a deteriorização ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único: No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

Artigo 928 do Código Civil brasileiro: “Os incapazes respondem pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único: A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”

Artigo 931 do Código Civil brasileiro: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

Artigo 932 do Código Civil brasileiro: “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III- o empregador ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V- os que gratuitamente houverem participado nos produtos no crime, até a concorrente quantia.”

Artigo 933 do Código Civil brasileiro: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Artigo 936 do Código Civil brasileiro: “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”

Artigo 937 do Código Civil brasileiro: “O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.”

Artigo 938 do Código Civil brasileiro: “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.”

Artigo 939 do Código Civil brasileiro: “O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.”

Artigo 940 do Código Civil brasileiro: “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar o devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.”

da coisa e do animal, responsabilidade dos incapazes, responsabilidade dos moradores de edifício e responsabilidade por cobrança de dívidas.

4.4 RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL, RESPONSABILIDADE CONTRATUAL, RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL

A responsabilidade *pré-contratual* não é recente, pois já tinha sido discutida por *von Jhering* ao tratar da *culpa in contrahendo* (1861). Suas origens, também do direito romano, têm por base regular e reparar os comportamentos incorretos ou desonestos durante a fase das negociações prévias dos negócios jurídicos, que também são consideradas importantes ou relevantes, ainda que de forma limitada, não podendo ser confundida com contrato preliminar.

Esses valores, ou seja, a lisura dos *entabulantes*¹⁰³, mesmo antes do contrato, ainda na fase das tratativas e negociações, têm fundamento no princípio da boa-fé e da função social do contrato¹⁰⁴, que devem permear todo o processo de negociação, obrigatoriamente, vale dizer, antes, durante e depois do contrato.

Diferente não tem sido o posicionamento da jurisprudência sobre o assunto:

Ação indenizatória – Responsabilidade Civil pré-contratual – Abandono das tratativas – Abuso do direito – Aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social. A regra geral admite que qualquer das partes pode se retirar das tratativas, independentemente de pagar perdas e danos, e sem precisar declinar as razões. Se, entretanto, a parte se conduz, durante as negociações preliminares, de tal maneira convincente, que incute na mente da outra a certeza da realização do contrato, e depois se arrepende, não o firmando, isto traduz abuso do direito, que se equipara ao ato ilícito, fazendo gerar o dever de indenizar. Não se pode considerar como simples minuta, só para exame, o instrumento

¹⁰³ Expressão utilizada com propriedade por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery na obra no *Código Civil comentado*, p. 481, nos comentários ao artigo 422.

¹⁰⁴ Artigo 422 do Código Civil brasileiro: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

entregue por uma parte à outra, em duas vias, com todos os dados preenchidos, e já ambas as vias assinadas por testemunhas, sendo que uma delas é o próprio advogado da parte que encaminhou o documento. Revestida de tais características, o documento deixa de representar uma minuta e se converte em policitação, que tem força obrigatória, e cuja retirada obriga a indenizar. A boa-fé deve ser respeitada em todas as fases do contrato, mesmo durante a preliminar, e tal princípio não se aplica apenas após o advento do novo Código Civil.¹⁰⁵

Assim, a responsabilidade pré-contratual, fundada na boa-fé dos contratantes, foi merecendo cada vez mais atenção das legislações ocidentais passando a ser admitida, nos códigos de vários países, a regra de que a simples instauração de uma tratativa (a fase pré-negocial), independentemente do futuro das negociações (ou de um contrato válido), já é fonte de responsabilidade e em caso de violação por uma das partes, nasce o dever de ressarcimento à outra.

Nesse caminho trilharam países como Alemanha, Itália, França, Suíça, Portugal, Estados Unidos, Argentina, Colômbia, Grécia, Checoslováquia, Turquia, Líbano, bem como o Brasil, que passou a exigir das partes contratantes, desde a fase das tratativas, um ambiente de confiança recíproca, mediante um compromisso tácito de agirem com lisura e honestidade, não se admitindo mais que uma das partes, no curso das negociações, fosse surpreendida com atitudes intempestivas e arbitrárias da outra.

Com isso, pode-se afirmar que a responsabilidade pré-contratual tem o seu berço na ideia de que a lesão da confiança também merece proteção jurídica, isto é, a confiança que uma parte deposita na outra na fase pré-negocial, que já estabelece um vínculo jurídico de seriedade entre elas, conforme contempla, nos dias atuais, o artigo 422 do Código Civil brasileiro, na sua correta exegese.¹⁰⁶

Pela teoria dualista ou clássica, adotada também pelo nosso sistema (com exceção do Código de Defesa do Consumidor), a responsabilidade civil pode

¹⁰⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 34.607/2003. 10ª Câmara Cível. Relator Des. Sylvio Capanema de Souza. Julgado em 02.3.2004. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2009.

¹⁰⁶ Artigo 422 do Código Civil brasileiro: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé."

ser classificada em *contratual* e *extracontratual*, divisão esta que conta com críticas por parte dos adeptos da teoria monista, que entende ser inócua esta divisão em razão da uniformidade dos efeitos e dos princípios destas duas responsabilidades.

Em ambas as responsabilidades (contratual e extracontratual) verifica-se a infração a um dever jurídico preexistente, seja imposto por lei ou por um negócio contraído pela parte.

Ainda que com identidade de efeitos e princípios, algumas diferenças existem entre essas duas espécies de responsabilidade, começando pelo fato de que a responsabilidade *contratual* ou *negocial* nasce com a violação de uma obrigação imposta pela existência de um negócio jurídico, que pode ser bilateral ou unilateral; é o inadimplemento contratual da parte que o contraiu que tem como pressupostos a obrigação preexistente e a capacidade de quem contratou, ou seja, o berço desta responsabilidade é a vontade do agente.

Dessa distinção conclui-se que cada responsabilidade - contratual e extracontratual - tem como objeto a constatação de um dever jurídico violado, mas de natureza jurídica diferente (vontade para a contratual e uma norma jurídica para a extracontratual).

Para incidir a responsabilidade contratual é necessário que exista um liame, um negócio, um vínculo preexistente entre as partes, o que não ocorre com a responsabilidade extracontratual, hipótese em que não existe qualquer relação anterior à ocorrência do dano entre o agente e o causador do dano.

Importante comentar ainda que a responsabilidade *extracontratual* ou *extranegocial* caracteriza a infringência de um dever imposto por lei, contraída fora dos contratos. Há quem denomine esta responsabilidade de *aquïliana*, com o que não se pode concordar¹⁰⁷, pois, conforme já foi visto na seção que tratou da

¹⁰⁷ “A crítica que merece ser feita a essa classificação reside no fato de que costumeiramente afirma-se que a responsabilidade extracontratual é a responsabilidade aquïliana. Conforme observado no capítulo 28, a teoria aquïliana introduziu o pressuposto culpa ao conceito de responsabilidade civil, e não tão-somente à responsabilidade extracontratual.” LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, p. 460.

evolução histórica da responsabilidade civil, a *Lei Aquilia* introduziu o pressuposto da culpa para a imposição do dever de indenizar, podendo ser aplicada, tanto para a responsabilidade contratual como para a extracontratual.

Para a hipótese de responsabilidade *contratual*, é necessária, pois, a presença dos requisitos de *existência de um contrato válido* entre as partes, *inexecução do contrato* no todo ou em parte (*ilícito contratual, inadimplemento ou mora*), *dano* e *relação de causalidade* entre o dano e o inadimplemento.

Quanto à responsabilidade pós-contratual, importante mencionar que da mesma forma que se exige lisura, honestidade e boa-fé das partes antes mesmo do contrato (pré-contratual), ainda na fase das negociações e durante todo o contrato, a fase pós-contrato também pode gerar responsabilidade pós-contratual, uma vez que os ex-contratantes ainda permanecem vinculados a estes princípios. É o caso do fornecedor, que tem a responsabilidade de manter peças de reposição e reparar os defeitos do produto; do patrão, que tem de dar informações corretas sobre seu ex-empregado idôneo, do advogado e do médico, relativamente ao dever de manter o sigilo.¹⁰⁸

Desses apontamentos, infere-se, portanto, que o princípio da boa-fé objetiva tem aplicação em todos os campos do contrato, desde a fase preliminar, passando pela fase de execução ou contratual, até a fase de extinção do contrato ou pós-contratual.

4.5 RESPONSABILIDADE DIRETA E RESPONSABILIDADE INDIRETA

Quanto ao agente, a responsabilidade pode ser *direta* ou *indireta*. Na primeira, o agente causador do dano (por ação ou omissão) responde por ato próprio, ou seja, o ato ilícito é praticado pelo sujeito sobre o qual recai a imputabilidade e constitui a regra da responsabilidade. Na responsabilidade *indireta*

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 286.

ou *responsabilidade pelo fato de outrem*, que é exceção, o dano ocorre por conduta (ação ou omissão) praticada por terceiro ou de coisa relacionada à pessoa sobre a qual recai a imputabilidade.¹⁰⁹

Nesse caso, o ato é praticado por terceira pessoa que tenha vínculo legal de responsabilidade com o causador do dano ou o acontecimento se deve ao instrumento causador do dano (animal ou coisa que se encontrava na guarda do responsabilizado).¹¹⁰

A responsabilidade civil subdivide-se ainda em *pura e impura*. É *pura* quando quem pratica o ato danoso (ação ou omissão) é o próprio responsável, no exercício da sua atividade, considerada por lei como perigosa e só pode ser reconhecida por lei. Já a *responsabilidade impura* é aquela que decorre de ato danoso praticado por terceiro cujo responsável é aquele que mantém a atividade considerada perigosa ou não por lei.¹¹¹

¹⁰⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, p. 461.

¹¹⁰ Artigo 932 do Código Civil brasileiro: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

¹¹¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, p. 463.

5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E CLÁUSULA DE IRRESPONSABILIDADE

As excludentes de responsabilidade são fatores externos previstos no ordenamento jurídico brasileiro e têm a função de isentar o agente de arcar com os danos provocados à vítima, ou seja, o agente está exonerado do dever de reparar o dano.

5.1 DIFERENÇA ENTRE CAUSA DE IRRESPONSABILIDADE E CLÁUSULA DE IRRESPONSABILIDADE

A cláusula ou convenção de irresponsabilidade, expressão que não conta com a simpatia de parte da doutrina¹¹², não se confunde com causa de irresponsabilidade.

Cláusula de irresponsabilidade se define como uma estipulação prévia por declaração unilateral de uma das partes apta a afastar a obrigação imposta civilmente ao agente de reparar a outra parte. Seu campo de atuação é unicamente em matéria contratual (proibida em matéria delitual e na responsabilidade extracontratual, porque aqui as partes nada contratam), sendo esta também a tendência da jurisprudência, conforme se extrai do seguinte excerto:

Responsabilidade civil – Ato do preposto – Cláusula exonerativa – Inaplicabilidade à responsabilidade delitual. Embora admissível a cláusula de não indenizar na responsabilidade contratual, desde que não afaste qualquer dos elementos essenciais do contrato, não é, todavia, aplicável à responsabilidade delitual ou extracontratual, por

¹¹² Isto pelo fato de que a cláusula não exige a responsabilidade, afasta apenas o dever de indenizar, também não elidindo a obrigação, pois afasta a indenização, a reparação do dano.

envolver questão de ordem pública e indisponível. Desprovemento do recurso.¹¹³

O fundamento da cláusula de não indenizar está nos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar e busca afastar as consequências normais da inexecução de uma obrigação.

Ainda que admitida pelo sistema em matéria contratual, esta cláusula, por certo, sofre algumas limitações, isto porque as convenções particulares não podem sobrepor-se às normas de ordem pública e aos bons costumes.

Da mesma forma que não se pode tolerar cláusula de não indenizar nas hipóteses de dolo ou culpa grave, sob pena de serem prestigiadas ações danosas e voluntárias, também não se admite que referida cláusula tenha por objeto os elementos substanciais da avença, ou seja, não se pode deliberar, afastar ou transferir obrigações essenciais do contratante.

O artigo 734 do Código Civil¹¹⁴, ao tratar do transporte de pessoas, fulmina de nulidade a cláusula de exoneração de responsabilidade. Na legislação especial, a Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12), quando em vigor, reputava como nula qualquer cláusula neste sentido. Atualmente os artigos 24, 25 e 51 do Código de Defesa do Consumidor vêm ao encontro deste entendimento, assim como o artigo 247 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Já a exclusão da responsabilidade, que somente provém da lei, representa a exclusão da própria ilicitude do fato, não podendo ser objeto de convenção das partes. As causas de irresponsabilidade podem ser *naturais* (acontecimentos inevitáveis e imprevisíveis) e *voluntárias* (fatos imputáveis a uma das partes ou a terceiro).

¹¹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Alçada. Apelação Cível 640/91. 6ª Câmara. Relator Sergio Cavalieri Filho. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

¹¹⁴ Art. 734 do Código Civil brasileiro: "O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade." No mesmo sentido é a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal: "No contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar".

5.2 LEGÍTIMA DEFESA, ESTADO DE NECESSIDADE, ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL, EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO, CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA E CULPA DE TERCEIRO

Podem ser consideradas excludentes da responsabilidade objetiva: a legítima defesa própria, a legítima defesa de terceiro, o estado de necessidade próprio, o estado de necessidade de terceiro, o exercício regular de um direito, o estrito cumprimento do dever legal, o caso fortuito e a força maior e como excludentes da responsabilidade subjetiva: a culpa exclusiva da vítima, a culpa exclusiva de terceiro, a força maior e o caso fortuito.

Segundo o artigo 188 do Código Civil, não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa, no exercício regular de um direito e a lesão à pessoa ou destruição da coisa a fim de remover perigo iminente. Da mesma forma o artigo 393 prescreve que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior se expressamente não tiver se responsabilizado por eles. Já os artigos 929 e 930 tratam da exclusão da responsabilidade por culpa de terceiro.

A *legítima defesa* própria consiste na repulsa a um mal injusto, grave, atual ou iminente à vítima ou aos seus bens. A expressão *mal grave* refere-se àquele que causa prejuízo à vítima, com relevância jurídica. Além disso, a repulsa a este mal tem que ser proporcional (meios moderados e suficientes) e imediata, uma vez que a desproporção da repulsa caracterizará excesso de legítima defesa a impor responsabilidade para a vítima.¹¹⁵

A legítima defesa também pode ser de *terceiro* e consiste na repulsa a um mal injusto, grave, atual ou iminente à pessoa diversa das partes ou aos bens desta e orienta-se pelas mesmas regras da legítima defesa própria.¹¹⁶

¹¹⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, p. 598-599.

¹¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, p. 599.

O *estado de necessidade*, que também pode ser próprio ou de terceiro, ocorre na situação em que o agente viola direito alheio, com a finalidade de remover perigo iminente de um direito seu, não se confundindo com a legítima defesa, porque aquela se refere aos direitos da personalidade, ao passo que o estado de necessidade somente se relaciona com o patrimônio do indivíduo.¹¹⁷

Ademais, o estado de necessidade pressupõe que aquele que o pratica não tenha provocado ou facilitado o seu próprio dano. O perigo pode resultar apenas de caso fortuito, força natural ou acidente e tem como requisitos o perigo atual e a inevitabilidade do sacrifício do bem de outrem.¹¹⁸

O *exercício regular de um direito* consiste em uma atividade humana em conformidade com o ordenamento jurídico e somente passa a ser considerado irregular quando ficar constatado excesso da atividade humana, momento em que se tem o abuso de direito¹¹⁹.

O *estrito cumprimento do dever legal* pode ser considerado como a observância de um dever jurídico anteriormente estabelecido por lei. Caso o sujeito ultrapasse os limites fixados pelo ordenamento jurídico, no cumprimento do dever legal, ele poderá ser responsabilizado pelo excesso ou abuso de poder ou de autoridade.¹²⁰

¹¹⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, p. 600-601.

¹¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, p. 600.

¹¹⁹ “Abuso de direito é o exercício imoderado ou irregular de um direito que causa prejuízo a outrem. O exercício do direito, no caso, torna-se incompatível com a sua função decorrente de sua previsão no ordenamento jurídico.” LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*, p. 601.

¹²⁰ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - EMPRESA ORGANIZADORA DE CONCURSOS PÚBLICOS - SUSPENSÃO DO CERTAME, EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL - FATO EXTRAORDINÁRIO - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CARACTERIZADA - RECURSO DESPROVIDO - A empresa organizadora de concursos públicos, como tal, submete-se às normas consumeristas, obrigando-se, independentemente da existência de culpa, reparar os danos decorrentes de sua atividade. - Essa responsabilidade, por si só, não lhe tira o direito de alegar caso fortuito, força /maior ou culpa exclusiva de terceiro, eximindo-se, então, do dever de indenizar (Código de Defesa do Consumidor, art. 14, §3º, II). - Pelo conjunto probatório produzido nos autos, restou evidente que a requerida apenas cumpriu ordem judicial emanada em ação civil pública proposta pelo ‘*parquet*’ (fls. 31/34). Atribuir culpa à ré pela suspensão, ao menos por ora, seria adiantar-se ao julgamento do mérito daquele processo coletivo instaurado, o que não se pode admitir. Necessidade de aguardar a recorrente o deslinde da causa prejudicial. - Suspensão que não se coaduna com os princípios informativos do processo no Sistema dos Juizados Especiais - Alteração do dispositivo para declarar extinto o processo sem julgamento de mérito - Recurso desprovido, com observação. SÃO PAULO.

Na legítima defesa, no estado de necessidade, no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de um direito (com correspondência no artigo 23 do Código Penal¹²¹), o agente provocou o dano, mas assim agiu acobertado por uma excludente de ilicitude, de maneira que não poderá ser considerado como responsável pelo prejuízo.

Na responsabilidade objetiva não se discute a culpa do agente nem o caso fortuito ou força maior, que serão comentados adiante. Admite, isto sim, a *culpa exclusiva da vítima* e a *culpa exclusiva de terceiro* como excludentes desta responsabilidade.¹²²

5.3 IMUNIDADES

Ao lado das excludentes estudadas também devem ser citadas outras, que muito embora não guardem grande pertinência com o objeto deste trabalho, por terem lugar no ordenamento cumpre elencá-los: *imunidade parlamentar* (artigos 27, 29 e 53 da CF), *imunidade dos advogados* (artigo 2º da Lei nº 8.906/94, Estatuto da Advocacia), *imunidade dos críticos, literários, artísticos e científicos* (artigo 142, II, do Código Penal) e *imunidade diplomática* (Convenção de Londres).

Colégio Recursas dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo. Recurso nº 9 851 - Voto 1.046. Relator Carlos Von Adamek. Juizado Especial Cível de Osvaldo Cruz. Julgado em 19.12.2008. Disponível em <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

¹²¹ Art. 23 do Código Penal: "Não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II- em legítima defesa; III- em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de um direito."

¹²² Acidente/seguro de veículo - reparação de danos - cerceamento de defesa - inoocorrência - audiência - testemunhas - perguntas - fatos incontroversos - reforço das teses defendidas - litigância de má-fé afastada atropelamento - linha de trem - morte - responsabilidade subjetiva - culpa exclusiva da vítima - embriaguez - aplicação do artigo 17, decr. nº 2.681/12 - descaracterização do nex - agravo retido não provido - recurso de apelação parcialmente provido. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação s/ revisão 1.127.950-01/SP. 29ª Câmara. Dir. Priv. Relator Ferraz Felizardo. Julgado em 17/12/2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

5.4 O CASO FORTUITO E A FORÇA MAIOR

Como circunstâncias que excluem a responsabilidade, o *caso fortuito* e a *força maior* merecem neste trabalho análise especial, antes mesmo de se enfrentar a responsabilidade civil nas relações de consumo e as excludentes de responsabilidade contempladas no Código de Defesa do Consumidor.

A definição de *caso fortuito* e *força maior*, como quase tudo na ciência do Direito, não é tarefa fácil; o mesmo registro vale para a missão de diferenciá-los.

A propósito, Pontes de Miranda¹²³ e José de Aguiar Dias¹²⁴ entendem que *caso fortuito* e *força maior* são expressões sinônimas e a distinção de ambas, além de ser irrelevante, não conta com segurança jurídica.

Arnaldo Medeiros da Fonseca¹²⁵, estudando as escolas civilistas de vários países e as inúmeras teorias que tentaram distinguir o *caso fortuito* da *força maior*, conclui, em primeiro lugar, que em muitos ordenamentos esta distinção (de origem, natureza e grau), há muito, está em franco declínio, com exceção da Alemanha, que ainda defende existir diferença entre eles.

A distinção, para o citado doutrinador, também não conta com utilidade e precisão jurídicas. Sobre esta controvérsia, deixou assentado que:

[...] Sinonímia reconhecida – Na realidade, porém, em nosso direito positivo, não havendo base segura para qualquer distinção entre caso fortuito e força maior, nem mesmo em face da legislação especial trabalhista, e estando generalizado o uso das duas expressões como sinônimas, preferimos aceitar também esta equivalência, tanto mais quanto os variados e contraditórios critérios

¹²³ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. T. LIII.

¹²⁴ Cf. DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹²⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 101-104.

diferenciais propostos aconselham ainda, do ponto de vista prático, a orientação que adotamos.¹²⁶

No Brasil, muitos outros estudiosos também afirmam que não existe distinção entre o *caso fortuito* e a *força maior*. Para aqueles que pensam diferente, a explicação é a seguinte: o *caso fortuito* decorre das forças ininteligentes e a *força maior* seriam fatos nos quais a força do homem representaria certo papel.¹²⁷

É certo que tanto pelo Código Civil (inclusive o de 1916), como pelo Código Comercial e pela legislação de acidente de trabalho¹²⁸, não existe qualquer diferença entre *caso fortuito* e *força maior*. Todavia, ainda que se busque alguma distinção entre estas duas expressões, é imperioso que se faça com base científica e segurança jurídica, conforme colocado por juristas de renome, alguns já citados.

Washington de Barros Monteiro, a respeito, defende que:

A força maior é a excludente de responsabilidade, prevista, no art. 393, como o 'fato necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir', sem que seja realizada distinção do caso fortuito nesse dispositivo; a principal característica dessa excludente da responsabilidade é a inevitabilidade do evento.¹²⁹

O artigo 393 do Código Civil de 2002 prescreve:

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.

¹²⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 129.

¹²⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 120.

¹²⁸ Lei nº 3.724, de 15 de janeiro de 1919, que consagrou a teoria do risco profissional e o seu regulamento Decr. Nº 13.498, de 12 de março de 1919. Depois o Decreto-lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944, regulando o mesmo assunto.

¹²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações. 2ª parte. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 474.

Da transcrição acima se extrai que o *caso fortuito* e a *força maior* foram equiparados pela legislação civil em vigor e exige, para a sua configuração, a *necessariedade* e a *inevitabilidade* do dano.

Embora seja comum o caráter dessas duas expressões e, quiçá, por se apresentarem sempre juntas, insistem alguns juristas, abaixo citados, que *caso fortuito* deve ser entendido como um acidente produzido pelas forças naturais, sem condições de previsibilidade pelas partes, e *força maior* como um fato de terceiro que criou obstáculo para o cumprimento da obrigação invencível para o devedor, o que também traz certa imprecisão, considerando a falta de distinção entre a *força maior* e o *fato de terceiro*.

Sergio Cavaliere Filho¹³⁰, a respeito, pontua:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do *caso fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível [grifos no original].

Dessa forma, consoante a lição do mencionado doutrinador, pode-se afirmar que a *imprevisibilidade* é inerente ao caso fortuito e a *inevitabilidade* à força maior.

O Desembargador Tito Fulgencio, ao comentar a obra de Paulo de Lacerda¹³¹, ensina que:

A civilística distingue o caso fortuito da força maior assim:

a) o primeiro: evento devido às forças da natureza, às quaes é estranha a obra do homem, como a morte natural, o raio, a tempestade;

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 65.

¹³¹ FULGÊNCIO TITO. *Manual do Código Civil brasileiro. Do direito das obrigações*. v. X. Rio de Janeiro: Forense, 1928, p. 58.

b) a segunda: a obra do terceiro, seja mero facto ou caso jurídico, que é constrangido a obedecer e pelo qual não deve o devedor responder (a guerra, a desapropriação etc.), não vindo daquelles por qual legalmente respondemos, como a do filho menor, pela qual responde o pae [sic].

As atividades perigosas e a incidência sobre elas da responsabilidade objetiva delineou mais ou menos um critério para a distinção do *caso fortuito e da força maior*. Algumas atividades, pelo perigo que representam, oferecem maiores riscos de acontecimentos, os quais em tempos passados seriam considerados como *caso fortuito* ou *força maior*.

Considerando, no entanto, que nas atividades perigosas os acontecimentos não podem ser considerados como imprevisíveis ou necessários (decorrem do próprio objeto da atividade e é do conhecimento daquele que a desenvolve), estas situações (danosas) não podem servir de excludentes de responsabilidade (risco típico da atividade assumida pelo agente).

Em suma, passou-se a entender que se um acontecimento era inevitável – mas previsível ou imprevisível – estar-se-ia diante de um *caso fortuito*, em que a responsabilidade não pode ser excluída. Mas, se o acontecimento tivesse origem em um fator externo à pessoa que desenvolve a atividade, mesmo externo à empresa, estar-se-ia diante de uma *força maior*, apta a excluir a responsabilidade.

Diante disso, de acordo com tal critério (que também não está livre de críticas), não há responsabilidade diante da *força maior* e nas hipóteses de *caso fortuito* há a exclusão da responsabilidade subjetiva e não da objetiva.

As divergências conceituais em torno do caso fortuito e da força maior remontam séculos, sendo que não se chegou a um consenso quanto ao critério de fixação deste conceito, se *objetivo* (estas excludentes são entendidas como elementos decorrentes dos próprios acontecimentos com abstração das condições pessoais e da diligência do obrigado) ou se *subjetivo* (referidas excludentes significam ausência de culpa do obrigado), conforme se discute a seguir.

5.4.1 A escola objetiva

Para os adeptos da *escola objetiva*, deve ser abstraído de qualquer situação pessoal do devedor e da sua diligência o acontecimento que impediu o cumprimento da obrigação. A justificativa é que ditas excludentes atuam sobre o nexos causal (o agente tem a sua responsabilidade excluída em razão de um fato externo que rompe o nexos causal de sua conduta).

O jurista Paulo Nader¹³² defende a ideia de que o *caso fortuito* e a *força maior* rompem o nexos de causalidade, um dos pressupostos da responsabilidade, que, quando presentes, isentam o agente de qualquer obrigação de indenizar.

Sobre este mesmo tema, José de Aguiar Dias¹³³ afirma que:

Isso, para nós, pode ser simplificado ainda mais radicalmente: o que anima as causas de isenção no seu papel de dirimentes é, em última análise, a supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexos causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar.

Silvio de Salvo Venosa¹³⁴, demonstrando idêntico entendimento, anota:

São excludentes de responsabilidade que impedem que se concretize o nexos causal, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, no campo contratual, a cláusula de não indenizar. São situações que a doutrina costuma denominar rompimento do nexos causal.

Nessa trilha também caminha o advogado Nehemias Domingos de Melo¹³⁵, para quem: “O caso fortuito e a força maior são elementos de exclusão da responsabilidade exatamente porque quebram o elo que ligaria o ato do agente e o evento lesivo advindo”.

¹³² NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Responsabilidade civil, p. 114.

¹³³ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 936.

¹³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Responsabilidade Civil. v. 4. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

¹³⁵ MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 110.

Sergio Cavalieri Filho¹³⁶ doutrina no mesmo sentido: “O caso fortuito e a força maior excluem o nexo causal por constituírem também causa estranha à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento”.

Portanto, na escola adotada por esses autores, o caso fortuito e a força maior excluem o nexo causal por representarem causa estranha à conduta do agente que ensejou o evento, ou seja, não se pode atribuir ao agente o dever de indenizar nas hipóteses de rompimento do nexo causal em razão de caso fortuito e força maior.

A polêmica em torno deste assunto não escapa à jurisprudência. Até mesmo quando se defende a ideia objetivista do caso fortuito e força maior (rompimento do nexo de causalidade) há quem faça alusão à culpa, o que somente é considerado na *escola subjetiva*, conforme exemplo a seguir:

Direito civil. Assalto à mão armada no interior de hotel. Hipótese em que, durante a noite, os recepcionistas do estabelecimento foram rendidos pelos criminosos, que invadiram o quarto do autor e lhe roubaram jóias que portava consigo, para venda em feira de artesanato. Caso fortuito configurado.

- De acordo com as regras do Código Civil de 1916, a responsabilidade do hotel por roubo à mão armada no interior do estabelecimento somente se caracteriza caso fique comprovado que agiu com culpa, facilitando a ação dos criminosos ou omitindo-se de impedi-la.

- Comprovado que os recepcionistas do hotel agiram de maneira correta, procurando barrar a entrada dos criminosos, e que a chave mestra dos quartos somente foi entregue aos assaltantes mediante ameaça de morte com arma de fogo, resta caracterizado o caso fortuito.

- Na hipótese, o hóspede portava quantidade considerável de jóias, que expunha para venda em público em feira livre. Desempenhava, portanto, atividade de risco, que não declarou ao hotel no *check in*. Também não se utilizou do cofre conferido pelo estabelecimento para guarda de objetos de valor.¹³⁷

¹³⁶ CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 65.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 841090/DF. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 24.10.2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 fev. 2009.

Com todo respeito às opiniões apresentadas, parece que a *escola subjetiva* analisa melhor o fundamento do caso fortuito e da força maior, associando-os ao comportamento humano (culpa e não-culpa). É o que se estudará a seguir.

5.4.2 A *escola subjetiva*

Para os que se filiam à *escola subjetiva*, deve-se verificar, em cada caso concreto, a diligência com que agiu o obrigado, identificando o caso fortuito e a força maior com a noção de ausência de culpa. O entendimento aponta no sentido de que a obrigação somente não é cumprida diante de um acontecimento estranho à vontade do devedor e que não se possa imputar a ele, o que vale dizer um acaso, hipótese em que cessa a culpa e começa o caso fortuito.

Spencer Vampré¹³⁸, adepto da escola em comento, defende o seguinte:

Como no campo filosófico acaso significa ignorância humana, assim, no campo jurídico, significa ausência de culpa. Chamamos *acaso* ao fato cuja causa ignoramos, o *caso fortuito* o fato que não podemos atribuir à vontade do agente. Acaso, filosoficamente, é o que não é conhecido; caso fortuito é o contraposto do conceito de culpa, e pode exprimir-se pela seguinte equação: caso fortuito = não culpa [...]. A verdadeira definição filosófica e jurídica de caso fortuito é: o acontecimento que escapa a toda diligência, aquele em que a vontade humana não tem a menor parcela de culpabilidade. O ponto fundamental do conceito é ser o caso fortuito fato inteiramente estranho ao devedor da obrigação. O fato inteiramente estranho ao devedor é para ele imprevisto e inevitável. Daí a antiga noção de caso fortuito como acidente que não se pode impedir ou resistir. Todavia, é a culpa o fundamento da responsabilidade, não sendo a imprevisibilidade ou irresistibilidade senão conseqüências exteriores. Em rigor, todos os fatos são imprevisíveis ou inevitáveis em especiais circunstâncias de espaço e tempo. A previsibilidade ou evitabilidade de um acontecimento resulta de várias circunstâncias particulares do observador e do fato, que não podem ser aprioristicamente determinadas. O ser evitável ou previsível importa pouco, não só porque estes caracteres dependem de circunstâncias ocasionais, como porque o mais evitável e previsível dos fatos pode constituir caso fortuito desde que não haja culpa do agente. O caso

¹³⁸ *Apud* FONSECA, Arnaldo de Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 138-139.

fortuito confina com a culpa: onde um acaba, ai começa o outro [grifos no original].

O pensamento de Lino de Moraes Leme¹³⁹ não é diferente. Nas palavras deste autor: “O conceito de caso fortuito é o contraposto do conceito da culpa e pode exprimir-se pela seguinte equação: caso fortuito não culpa. O que importa é saber em cada caso se há ou não culpa do agente.”

Uma crítica feita por Arnaldo Medeiros da Fonseca¹⁴⁰ quanto a esta equação é que a simples ausência de culpa não pode ser considerada como sinônimo de caso fortuito, pois ao lado da ausência de culpa do agente, é necessário ainda o requisito da inevitabilidade do evento por parte dele.

Os subjetivistas entendem que o caso fortuito apresenta dois elementos indispensáveis para a sua caracterização, um interno, de ordem *objetiva* que é a inevitabilidade ou impossibilidade de impedir o acontecimento diante das possibilidades humanas, sem qualquer consideração pelas condições pessoais do indivíduo obrigado, outro, de ordem *subjetiva*, a ausência de culpa.

Arnaldo Medeiros da Fonseca¹⁴¹, também adepto da mesma escola, ensina que:

Da própria noção do caso fortuito decorrem os dois elementos indispensáveis à sua caracterização: um interno, de *ordem subjetiva*: a *inevitabilidade* ou a impossibilidade de impedir ou resistir ao acontecimento, objetivamente considerado, tendo em vista as possibilidades humanas, atendidas em toda a sua generalidade, sem nenhuma consideração pelas condições pessoais do indivíduo cuja responsabilidade está em causa; outro externo, de *ordem subjetiva*: a ausência de culpa [grifos no original].

Nessa mesma linha de raciocínio leciona Maria Helena Diniz:

Realmente o devedor está vinculado à relação obrigacional, exonerando-se dela pelo pagamento direto ou indireto ou, ainda, pelo

¹³⁹ LEME, Lino de Moraes. *Da responsabilidade civil fora do contrato*. São Paulo: Saraiva, 1927, p. 67-70.

¹⁴⁰ FONSECA, Arnaldo de Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 148-149.

¹⁴¹ FONSECA, Arnaldo de Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, p. 143.

caso fortuito ou força maior, oriundo de fato que não lhe seja imputável. Convém lembrar que a ausência de culpa aparece como elemento integrante da força maior e do caso fortuito, de tal sorte que, se a execução da prestação se impossibilitar por fato imputável ao devedor porque este agiu culposamente, não há que se falar de caso fortuito e força maior.¹⁴²

Segundo o artigo 393 do Código Civil, o elemento *necessariedade* reside na exigência de que o dano seja o efeito necessário de determinada causa, que pode ser o *caso fortuito e a força maior*. A *inevitabilidade* reside na ideia de que a diligência humana não foi capaz de evitar a ocorrência dos danos ou não foi capaz de impedir os seus efeitos.

Diante dessa definição, com todo respeito às opiniões contrárias, entende-se que, estando a inevitabilidade do dano e dos seus efeitos umbilicalmente ligada à diligência humana, uma das modalidades da culpa, sento certo que o agente não obrou com culpa, diante de um *caso fortuito ou de força maior*, não há que se falar em responsabilidade.

Pois bem, com essa assertiva parece ficar superada a discussão sobre o rompimento ou não do nexo causal, defendido pela *escola subjetiva*.

Importante lembrar, neste ponto, que os pressupostos da responsabilidade civil são a ação, o dano e o nexo de causalidade. No pressuposto da ação é que se investiga a ausência ou não de culpa do agente. Caracterizado o dano, parte-se para a constatação (necessária) da relação entre a ação do agente e o dano produzido. Em outras palavras, o dano que se constatou deve ter sido provocado pela ação do agente (nexo de causalidade).

Por uma ordem lógica, antes de se aferir sobre o nexo de causalidade (segundo a *escola objetiva*) é necessário perquirir sobre a ação do agente (análise primeira), ou seja, se o agente agiu ou não com culpa (*escola subjetiva*). Assim, diante de um caso fortuito ou força maior, é imperioso reconhecer que o agente não

¹⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 238.

agiu com qualquer culpa na produção do resultado danoso, valendo a repetição de que para se atingir a análise do nexos de causalidade (em que a ação é parte integrante) deve-se analisar em primeiro lugar a ação do agente, se culposa ou não.

A ação, que pode ou não ser culposa, não deve ser ignorada nem ultrapassada quando se quer aferir sobre o nexos de causalidade, terceiro pressuposto da responsabilidade civil. Na análise da ação, diante de um caso fortuito ou força maior, em que se exclui qualquer culpa do agente pelo resultado danoso, a verificação deste nexos de causalidade estará até mesmo prejudicada, o que denota a imprecisão da ideia defendida pela *escola objetiva*.

Outra observação de importância a ser feita é que diante do avanço tecnológico, da evolução dos tempos e do incremento da indústria, certos acontecimentos não podem mais ser considerados como *caso fortuito e força maior*, como ocorria no passado. É que a análise de cada caso ou fato depende do contexto social e econômico vivido, ou seja, situações antes tidas como imprevisíveis, hoje são (ou deveriam ser) controladas pelo homem.¹⁴³

Cumpra ainda registrar que o inadimplemento da obrigação, em razão de caso fortuito ou força maior, não pode ser confundido com *dificuldade* no seu cumprimento. Dificuldade significa, pois, a possibilidade mediante um esforço maior que o normalmente exigido, a impossibilidade deve ser objetiva e absoluta.

Parte da doutrina ainda divide o *caso fortuito* em *interno* e *externo*¹⁴⁴. O primeiro está ligado à pessoa (conduta humana) ou à coisa e não exclui a

¹⁴³ FONSECA, Arnaldo de Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão, p.151. O autor, a propósito, dá um exemplo de grande utilidade: um raio que cai em uma casa simples, popular deve ser considerado um evento inimputável ao seu morador, mas este mesmo raio que atinge um grande estabelecimento comercial não dotado de para-raio, conforme mandava a prudência, não pode ser considerado caso fortuito.

¹⁴⁴ "Direito processual civil e do consumidor. Recurso especial. Roubo de talonário de cheques durante transporte. Empresa terceirizada. Uso indevido dos cheques por terceiros posteriormente. Inscrição do correntista nos registros de proteção ao crédito. Responsabilidade do banco. Teoria do risco profissional. Excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços. art. 14, § 3º, do CDC. Ônus da prova. 'Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível. - O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois se trata de caso fortuito interno. - Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal

responsabilidade; o segundo alude aos fatos da natureza (raio, terremoto, maremoto), o que seria considerado como excludente.¹⁴⁵

A distinção entre *caso fortuito* e *fato de terceiro* (outra causa de isenção de responsabilidade - artigo 930, do CCB), também enfrenta dificuldades na doutrina, isto porque nas duas hipóteses se acham presentes os requisitos da *inevitabilidade* e da *imprevisibilidade*. A ideia de que o *fato de terceiro* é um fato humano e *caso fortuito* é algo não imputável à conduta humana, não vem sendo adotado pela jurisprudência pátria, que normalmente atribui a caso fortuito ou força maior danos provocados pela conduta humana, como se depreende do seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE FERROVIÁRIO – ASSALTO NO INTERIOR DO TREM – FATO DE TERCEIRO – EXCLUSÃO DE CULPA.

- Assassinato de passageiro em virtude de assalto praticado no interior de uma composição ferroviária. Ato de terceiro equiparável a caso fortuito. Inexistência de vinculação com o contrato de transporte. Ausência de culpa do transportador.¹⁴⁶

O *terceiro* é aquele estranho à vítima e ao responsável pelo dano, divorciado de qualquer relação de causalidade entre a conduta do autor do dano e aquele que por ele foi atingido.

atividade. - O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC. Recurso especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 685.662 – RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 10.11.2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

¹⁴⁵ “O caso fortuito que exclui a culpa e o nexa causal é o chamado *externo*. Embora o fortuito interno seja imprevisível e inevitável, como o externo, somente este resulta de fatos estranhos ao desempenho da atividade. Portanto, a queda de um raio sobre o ônibus em movimento, provocando desastre e danos, deve ser considerada como evento para o qual não houve culpa da empresa de transportes, o que justifica a exclusão da responsabilidade. Assaltos rotineiros em linha sabidamente perigosa, pela violência, são fortuitos internos, que ocorrem por falha no gerenciamento da escala de movimentação dos ônibus ou porque não se tomaram medidas de segurança específica.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº. 402.448-4/0. Relator Enio Santarelli Zuliani. Julgado em. 20/10/2005. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

¹⁴⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Alçada. AC 7747/93. Reg. 3759. Cód. 93.001.17747. 5ª C. Relator Juiz Bernardino Machado Leituga. Julgado em 18.08.93. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

Além disso, o terceiro deve ser identificado, muito embora em alguns casos seja equiparado ao *caso fortuito e força maior*, podendo ser dispensada a identificação do causador do dano.

Nesse sentido, José de Aguiar Dias¹⁴⁷ explica que:

Sem dúvida, o fato de poder identificar o terceiro contribui para melhor caracterização do fato que se lhe atribui. Mas isto não é condição essencial para tal configuração, como sucede, por exemplo, no dano produzido por terceiro que fugiu e não foi encontrado, tendo sido visto, entretanto, a praticar o ato de que resultou o prejuízo. Se o dano não pode ser atribuído a alguém, neste sentido de que se deva a ação humana, estranha aos sujeitos da relação vítima-responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou de força maior.¹⁴⁸

O citado doutrinador também utiliza a expressão “causa estranha” para se referir ao *fato de terceiro* e justifica que, a exemplo do Código Civil francês, não se pode confundir fato de terceiro (ou causa estranha) ao caso fortuito e a força maior, ainda que ambos tenham alguns pontos de contato, isto porque no caso fortuito e na força maior a presunção de responsabilidade é absoluta, já no fato de terceiro ela é relativa e neste a cessação da responsabilidade estará condicionada à qualidade ou à capacidade e aos deveres do agente.

Pois bem, nesta primeira parte do trabalho a preocupação foi abordar o máximo de conceitos que envolvem o tema da responsabilidade civil, suas espécies, seus requisitos, com enfoque no Código Civil, berço do direito – proteção e defesa – do consumidor.

Das responsabilidades que brotam das relações do direito público, aqui ganhou relevo apenas a responsabilidade objetiva, com alguma análise das excludentes de responsabilidade na ordem jurídica vigente a fim de compará-las com os preceitos do microssistema que se dedica às relações de consumo.

¹⁴⁷ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 143.

¹⁴⁸ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 928.

6 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No que tange à importância que a legislação que regula as relações de consumo, sobretudo em uma sociedade fruto do modo capitalista de produção, e antes de se adentrar o tema da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, é pertinente expor o seguinte comentário de Sérgio Cavalieri Filho¹⁴⁹:

Na constelação de novos direitos, o direito do consumidor é sem dúvida uma estrela de primeira grandeza, já pela sua finalidade, já pela amplitude do seu campo de incidência, embora muitos juristas não a queiram enxergar.¹⁵⁰

Nessa trilha caminha Luiz Otávio de Oliveira Amaral¹⁵¹, quando afirma que: “O consumo é parte essencial do cotidiano do ser humano”.

Historicamente, pode-se dizer que a transição da sociedade medieval para a sociedade moderna, que veio com mudanças de valores e hábitos, passou a demonstrar que os bens de consumo tinham papel cultural, ou seja, as relações sociais (os marcadores sociais) passaram a ser ditados pelo consumo.¹⁵²

No século XVIII, que marcou a primeira Revolução Industrial, o consumo continuou a ser o motor da sociedade. Como consequência, viu-se uma disseminação do consumo (democratização do consumo), especialmente do

¹⁴⁹ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 143.

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p.464.

¹⁵¹ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. Responsabilidade objetiva do Estado, disparo efetuado por policial militar. Teoria do risco administrativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, vol. 641, 1989, p. 139-140

¹⁵² McCracken, Grant. *Cultura & consumo*. Novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo. Mauad, ano.

consumo individual, muito por conta da expansão da produção em massa e da reinvenção constante dos bens e hábitos de consumo.¹⁵³

No novo contexto, “sociedade” e “consumo” passaram a se implicar. De 1880 até a Segunda Guerra Mundial verificou-se o consumo de massa, a produção em larga escala, a reestruturação das fábricas. O poder do assalariado cresceu, o trabalho organizou-se o comércio foi se beneficiando com a nova realidade.¹⁵⁴

Nessa esteira, o volume da produção começa a aumentar, impulsionado pela publicidade e seus apelos por consumo; surgem também a necessidade de acondicionamento dos produtos, as marcas e tantas outras necessidades e estratégias que passaram a movimentar a sociedade de consumo.

Entre os anos de 1950 e 1980, fase representada pelo grande crescimento econômico, considerável parcela da população começou a ter acesso a aos os bens de consumo. A “invenção” do sistema de crédito foi crucial para incrementar o consumo. A felicidade passou a ser medida pelo que se podia consumir, pelo conforto e sensação que o hábito de consumir trazia para as pessoas (sensação especialmente de progresso).¹⁵⁵

Como resultado destes hábitos e com o consumo ditando os valores sociais, nasceu o “desejo” da sociedade em consumir, em acompanhar a onda consumista, o que para uns é comentado como o nascimento da “sociedade do desejo” (segunda metade do século XX).¹⁵⁶

A partir de 1980 percebe-se outra profunda modificação na sociedade; o sistema de oferta mudou e o mercado de consumo passou a ser segmentado, fazendo nascer uma política de qualidade, com produtos novos e diferenciados

¹⁵³ ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Desafios do Consumo*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2007, p. 116.

¹⁵⁴ ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Desafios do Consumo*. p. 116.

¹⁵⁵ LOPOVTSKY, Giles. *A Felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 23-25.

¹⁵⁶ LOPOVTSKY, Giles. *A Felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*, p. 23-37.

(inovação constante e progressiva). O sistema de produção em massa cedeu espaço para o sistema de consumo marcado pela variedade.¹⁵⁷

Nessa nova fase de “opções”, o mercado passou por uma segmentação em todos os setores, surgindo o marketing personalizado para atingir as várias/segmentos da sociedade (faixas etárias, grupos sociais etc). O hábito de consumir difundiu-se, mostrando um novo estilo de vida.

A sociedade, que antes ansiava por igualdade, oportunidades, direitos políticos, mudou radicalmente os seus ideais, as suas lutas. O desejo de consumir, de buscar mais condições para acompanhar os apelos da economia de mercado e suas constantes inovações transformadas em produtos, tornou-se mais importante.¹⁵⁸

No Brasil, que não ficou fora dessas transformações, muito embora com grande atraso quando comparado ao resto do mundo, o consumo se desenvolveu basicamente entre os anos 1950 e 1980, porém, sempre marcado por grandes desigualdades sociais e grande concentração de renda.

Com o processo de industrialização (entre os anos de 1945 e 1964), quando a sociedade deixou de ser predominantemente rural, o consumo, principalmente de gêneros alimentícios, acelerou-se.

A sociedade industrial, que proporcionou as facilidades para a vida, é verdade, com a quantidade e diversidade de produtos postos à disposição das pessoas, impondo um desejo incontido pelo consumo, cedeu espaço à sociedade de risco, fruto destes novos hábitos, padrões e valores sociais.

A tecnologia e a larga escala de produção mudaram o foco das preocupações e com isto, a divisão de riquezas e as carências também deixaram de ser preocupações, exatamente pelo recrudescimento dos riscos (passou-se a falar

¹⁵⁷ ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Desafios do consumo*, p. 117.

¹⁵⁸ McCracken, Grant. *Cultura & consumo*. Novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo.

em distribuição dos riscos e riscos sem fronteiras), consequência do novo padrão de consumo imposto à sociedade (aqui os riscos deixaram de ser secundários, tal como eram na sociedade industrial).¹⁵⁹

Os riscos que até então eram individuais, passaram a ser de toda a sociedade, isto é, houve uma globalização dos riscos. Estes riscos globais, vale dizer, atingem até mesmo os mais aquinhoados, uma vez que todos a eles estão sujeitos (por exemplo, alterações climáticas), não importa quantos bens ou quanto dinheiro se tenha.

O novo padrão de consumo e as novas formas de produção levaram à inexorável conclusão de que todo o planeta passou a ser ameaçado (direitos difusos) e, mais grave, diante da intensa e crescente segmentação do mercado (dos meios de produção), já não era mais possível estabelecer um nexo de causalidade (entre as condutas causadoras dos riscos e estes riscos). A identificação do causador do risco passou a ser tarefa complexa, o que só fez aumentar o medo e a insegurança da sociedade.

A nova realidade – do hiperconsumo, da superprodução de bens e da produção dos riscos – trouxe o alerta para o Estado de que os sistemas de produção e o consumo de bens e serviços necessitavam de proteção e de regulação (fase intervencionista), deixando latente a necessidade de se positivarem alguns direitos, considerados básicos, dos consumidores.

Com efeito, desde os mais remotos hábitos de consumo, ainda que de forma indireta e esparsa, sempre se falou em proteção do consumidor. Três momentos importantes da história podem ser considerados como baluartes da construção dos direitos dos consumidores, indispensáveis na sociedade de consumo e principalmente na sociedade de riscos.¹⁶⁰

¹⁵⁹ McCracken, Grant. *Cultura & consumo*. Novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo.

¹⁶⁰ ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Desafios do consumo*, p. 118.

Em 1962, a mensagem enviada no discurso do Presidente Kennedy ao Congresso Americano, representou a primeira voz política em prol da proteção dos direitos dos consumidores. Naquele momento, o presidente americano, pressionado pelos graves acidentes automobilísticos, que trouxe a lume a questão da responsabilidade civil dos fabricantes de veículos, estabeleceu quatro direitos básicos dos consumidores: *segurança, informação, escolha e direito de ser escutado*.¹⁶¹

Na Europa havia a mesma preocupação (da construção dos direitos dos consumidores). Em 1975, como parte do processo de integração dos países europeus, foi criado o programa preliminar da Comunidade Econômica Europeia (CEE), para uma política de proteção e informação dos consumidores. A tarefa era a de enunciar, por meio de uma resolução, cinco direitos básicos dos consumidores europeus: (i) proteção à saúde e segurança, (ii) proteção dos seus interesses econômicos, (iii) reparação de danos, (iv) informação e educação e (v) consulta e representação.¹⁶²

Esses direitos, que nos anos posteriores foram ganhando especial relevo nos novos tratados (Diretivas) assinados pela CEE, marcaram o primeiro e importante movimento de produção legislativa europeia. A partir do processo de redemocratização dos países europeus, os novos tratados foram incorporados na maioria de suas constituições.¹⁶³

Ainda, nesse contexto histórico e com a questão dos direitos básicos dos consumidores avançando fronteiras e batendo como uma necessidade em praticamente todas as legislações, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio de Diretriz 39/248, aprovada dia 09 de abril de 1985, fixou os seguintes direitos básicos dos consumidores: *direito à saúde e segurança, direito à proteção dos interesses econômicos, direito à informação, direito à educação (do consumidor)*

¹⁶¹ ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Desafios do consumo*, p.118.

¹⁶² ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Desafios do consumo*, p. 118-119.

¹⁶³ ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Desafios do consumo*, p. 119-120.

*direito à reparação de danos, direito de associação e direito ao consumo sustentável.*¹⁶⁴

Esses movimentos influenciaram o mundo na questão da formulação dos direitos básicos dos consumidores. Com o Brasil não foi diferente, pois o país também vivia uma nova realidade de produção e de consumo, estando igualmente sujeito aos riscos que envolvia o novo padrão de consumo.

Bem por isso, a Constituição Federal de 1988 elevou a proteção do consumidor como um dos princípios da ordem econômica e estabeleceu que no prazo de cento e vinte dias deveria ser promulgado um Código de Proteção ao Consumidor, o que de fato ocorreu, em março de 1990. Referido diploma legal, no seu artigo 6º, trouxe um rol dos direitos básicos dos consumidores, os quais foram erguidos sobre os alicerces desses movimentos e tendências mundiais.

Evidente que os danos aos consumidores e a terceiros (*bystanders*) provocados pelos bens e serviços em série, somados às práticas desiguais dos contratos de massa, não mais poderiam ser resolvidos (e equacionados) com as tradicionais regras do direito privado. A nova realidade mundial evidenciava, assim, que somente com a socialização dos riscos decorrentes da atividade ou da profissão capazes de provocar danos é que se poderiam equilibrar os desajustes.

Assim, inegável que o Código de Defesa Consumidor brasileiro nasceu do amadurecimento da ideia de hipossuficiência do consumidor e da massificação das relações de consumo, bem como da necessidade de a sociedade dispor um instrumento preparado para estabilizar uma relação que já nasce desestabilizada (fornecedor x consumidor).

O Código de Defesa do Consumidor, como é cediço, objetivou a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, traduzindo a forma de “validar” os direitos dos consumidores (art. 6º). Houve outros anseios: dar força ao princípio da facilitação da defesa do consumidor em juízo e atender os preceitos da

¹⁶⁴ ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Desafios do consumo*, p. 116-119.

Política Nacional de Relação de Consumo (baseada nos *princípios da vulnerabilidade do consumidor, do dever governamental, da garantia de adequação, da boa fé nas relações de consumo, da informação e do acesso à justiça*).

Conforme comentado anteriormente, nos tempos primitivos, a maneira de fazer justiça com as próprias como forma de castigar aquele que causou o dano, independentemente de sua culpa no evento danoso, foi superada pela responsabilidade subjetiva, o que representou um avanço nas relações sociais. Ao Estado coube, então, a tarefa de compor os conflitos e reestruturar os desequilíbrios.

Assim, o elemento *culpa* – na apuração da responsabilidade - ora representa o avanço, ora o retrocesso. Importante lembrar que o julgador, na análise do caso concreto, deve levar em conta o contexto histórico, político, social e econômico da sociedade onde ocorreram os fatos.

A responsabilidade civil nas relações de consumo também acompanhou a evolução social e econômica. Não foi por outra razão que o legislador consumerista cuidou de elaborar um sistema distinto, com fundamentos e princípios próprios, pois percebeu que o sistema clássico da responsabilidade civil, ainda que não tivesse permanecido inerte na linha da história, já não se mostrava suficiente para reequilibrar a latente desigualdade entre fornecedor e consumidor.

Entre as modalidades de responsabilidade presentes no direito brasileiro pode-se afirmar que o Código de Defesa do Consumidor adotou como regra a responsabilidade objetiva, aquela que independe de culpa, fundada na teoria do risco da atividade, posição oposta à adotada pelo Código Civil que tem como regra a responsabilidade subjetiva.

Além disso, a responsabilidade imposta pelo Código de Defesa do Consumidor (contratual, extracontratual, pós-contratual, pré-contratual) segue os princípios da indenização integral, raciocínio que se extrai da preocupação do legislador em mencionar os danos morais ou extrapatrimoniais.

O Código de Defesa do Consumidor divide a responsabilidade do fornecedor em duas categorias básicas, com natureza e regime jurídico distintos (*tipologia das imperfeições dos produtos*), a saber: (i) *responsabilidade pelo fato do produto e do serviço* (artigos 12 a 14) e (ii) *responsabilidade por vício do produto e do serviço* (artigos 18 a 20).

A definição dessas categorias, cumpre observar, revela a preocupação com a saúde físico-psíquica do consumidor (acidentes de consumo) e com a sua incolumidade econômica (qualidade e quantidade dos produtos introduzidos no mercado).

Pois bem, antes de se comentar sobre cada uma dessas modalidades de responsabilidade, é importante que alguns conceitos fiquem aqui definidos a fim de facilitar a persecução do escopo deste trabalho.

Nessa linha, *relação de consumo* pode ser definida como o vínculo jurídico sobre o qual incide o microssistema estabelecido a partir da Lei nº 8.078/90 (norma de ordem pública e de interesse social, art. 1º).¹⁶⁵

Os sujeitos (ou elementos subjetivos) desta relação são o *fornecedor*¹⁶⁶, que é caracterizado como:

[...] toda pessoa física ou jurídica que, no exercício da sua atividade profissional econômica, lança produtos ou serviços no mercado de consumo. A atividade profissional da pessoa física ou jurídica deve ser, em qualquer hipótese, o meio para que o consumidor proceda à aquisição do produto ou do serviço.¹⁶⁷

O artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor assim define o *fornecedor*:

¹⁶⁵ LISBOA. Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 143.

¹⁶⁶ “Nas relações de consumo, o vocábulo fornecedor é fixado como gênero, do qual são espécies: o produtor, o montador, o criador, o fabricante, o construtor, o transformador, o importador, o exportador, o distribuidor, o comerciante e o prestador de serviços. Cf. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 147.

¹⁶⁷ LISBOA. Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 147.

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Dessas definições é possível inferir que o fornecedor pode ser: *o real*, *o aparente* e *o presumido*. O primeiro alude ao responsável pelo desenvolvimento e lançamento do produto no mercado; o segundo é aquele que, embora não tenha participado do processo de fabricação ou produção, tem manifesta aparência de ser fornecedor do produto (por exemplo, marca ou outro sinal distintivo); o terceiro é aquele que importou o produto ou o comercializa, isto quando não há identificação clara do seu fabricante, produtor, importador ou construtor.

Consumidor, pela dicção do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, é: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Além desse conceito *stricto sensu*, o diploma consumerista criou a figura do consumidor por equiparação, consoante se depreende dos seguintes dispositivos:

Art. 2º [...]

Parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17 Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento

Art. 29 Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.¹⁶⁸

Sobre o tema comenta Roberto Senise Lisboa:

As três equiparações legais ao consumidor (arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29) resultam da implementação do Estado Social do Direito, consagrando-se a proteção dos interesses da massa de consumidores considerados socialmente relevantes para o legislador. Os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos

¹⁶⁸ Este artigo é dedicado às práticas comerciais.

consumidores são protegidos em face da contratação em massa. Não há mais tão-somente a tutela individual do adquirente direto ou usuário final, mediante o equilíbrio da relação jurídica. Defendem-se os interesses sociais da massa de consumidores que intervêm nas relações de consumo (interesse difuso e coletivo), das vítimas de acidentes de consumo (interesse difuso e coletivo), das vítimas de acidentes de consumo ao menos atentatórios à vida, à saúde, ou à segurança do consumidor e das pessoas expostas às práticas decorrentes de oferta ou de publicidade, mesmo que não venham a adquirir o produto ou o serviço veiculado pela mídia (interesses difusos).¹⁶⁹

Por fim, quanto aos elementos objetivos da relação de consumo, *produto*, segundo o parágrafo 1º do artigo 3º, é “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” No parágrafo 2º deste mesmo artigo, *serviço* está assim definido: “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

6.1 RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

A saúde e a segurança da pessoa (incolumidade físico-psíquica) são as maiores preocupações do CDC. A Seção I deste diploma legal cuida da proteção à saúde e também da segurança do consumidor. A preocupação que se revela é com o lançamento de produtos e serviços no mercado que não ofereçam riscos ao consumidor. Os riscos aqui devem ser considerados os imediatos (diretos) e os mediatos (via transversa), como, por exemplo, danos ao meio ambiente (arts. 37, par. 2º e 51, XIV, ambos da esfera ambiental).

Assim, o Código impõe ao fornecedor (i) o *dever de diligência* – consistente em não colocar produtos no mercado que tragam riscos à saúde ou insegurança para os consumidores – e (ii) o *dever de informação* concernente às condições do produto antes e depois de sua colocação no mercado, independentemente de qualquer vínculo contratual.

¹⁶⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 187.

A seção II do CDC trata da responsabilidade do fabricante pelo fato do produto e do serviço. No art. 12 está disciplinado que:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

No parágrafo 1º o legislador fixou alguns critérios para aferir os defeitos dos produtos (cláusula geral) ao dispor que:

O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação.

Dessas disposições infere-se que os defeitos apresentados pelos produtos podem ser agrupados em três categorias principais: a) defeitos provenientes da fase de fabricação do produto e que atingem apenas alguns exemplares de determinada série; b) defeitos oriundos da concepção técnica do produto e que afetam toda a série de produção; e c) defeitos decorrentes da falta de informação ou instrução adequada sobre os riscos oferecidos por certo produto.

O artigo 14 desta mesma seção prescreve que:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores pelos defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Da mesma forma, o parágrafo primeiro deste artigo traz subsídios para aferir defeitos nos serviços:

O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo do seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III a época em que foi fornecido.

Nesse contexto, pode-se afirmar que responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (vício de qualidade por insegurança) é a derivada dos *acidentes de consumo* (danos extrapatrimoniais do consumidor) e para que ela incida é necessária a presença de três elementos básicos: (i) o fato ou o defeito do produto; (ii) o dano emergente ou iminente (que pode ser patrimonial ou moral ou os dois) e (iii) o nexo causal ou a relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso.

A diferença entre os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor reside no fato de que na responsabilidade pelo fato do produto o legislador especificou os responsáveis (*fabricante, produtor, construtor e o incorporador*), na responsabilidade pelo fato do serviço usou a expressão fornecedor, que inclui todos os responsáveis (solidariedade) da cadeia produtiva.

Roberto Senise Lisboa, a respeito, ensina que:

Responsabilidade pelo fato do produto e serviço (produção do bem ou prestação do serviço¹⁷⁰) é aquela que advém de um acidente de consumo, ou seja, de um evento que acarreta, ao menos, danos morais ao consumidor. No acidente de consumo, o produto ou o serviço apresenta um vício exógeno ou extrínseco, isto é, um defeito que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde (higidez física e psíquica) ou a segurança do consumidor (art. 6º, da Lei 8.078/90) [grifos no original].¹⁷¹

A expressão “fato do produto” já era conhecida e pode ser entendida como dano causado por defeito apto a ensejar responsabilidade ao fornecedor (Código Civil). O fato do serviço não se confunde com o defeito e seu dano¹⁷², não há fato do produto, apenas vício. Além disso, é preciso que este dano seja decorrente do defeito do produto. É oportuno, no entanto, lembrar que a expressão “fato do serviço” foi introduzida no ordenamento pátrio pelo próprio diploma consumerista.

¹⁷⁰ Definição de MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 567.

¹⁷¹ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 272.

¹⁷² Por dano deve-se entender os patrimoniais, extrapatrimoniais (morais), danos emergentes e lucros cessantes.

A propósito, pontuou James Marins:

[...] *fato do produto* é a manifestação danosa dos defeitos juridicamente relevantes, que podem ser de criação, produção ou informação (defeito), atingindo (nexo causal) a incolumidade patrimonial, física ou psíquica do consumidor (dano), ensejando a responsabilidade delitual, extracontratual, do fornecedor, independentemente da apuração da culpa (responsabilidade objetiva) [grifos no original].¹⁷³

Importante repisar que nesse contexto, a responsabilidade é objetiva, isto é, estando presentes os pressupostos acima mencionados, o fornecedor será responsabilizado pelo simples fato de ter colocado o produto no mercado, independentemente de ter agido ou não com culpa ou dolo.

Na responsabilidade pelo fato do serviço a ressalva que deve ser feita é quanto aos profissionais liberais, os quais, segundo o artigo 14, parágrafo 4º, têm a sua responsabilidade pessoal apurada mediante a verificação de culpa (responsabilidade subjetiva).

O profissional liberal, para ser beneficiado por esta norma, deve ser aquele escolhido pelo consumidor (*intuitu personae*), com base na confiança e na capacidade. Caso este profissional liberal integre uma pessoa jurídica ou preste serviços a pessoas jurídicas a sua responsabilidade (que deixa de ser pessoal) é objetiva.

Quadra também, neste tema, distinguir as obrigações de *meio* e de *resultado* quando a tarefa é aferir a responsabilidade do profissional liberal. Assim, quando ele for escolhido pelo consumidor (*intuitu personae*) e sua obrigação for de resultado, a sua responsabilidade é objetiva; quando se tratar de obrigação de meio aplica-se a regra do artigo 14, parágrafo 4º do CDC (verificação de culpa).

A responsabilidade do comerciante, caracterizando uma hierarquia, é sucessiva (ou subsidiária como entende parte da doutrina). O comerciante só será

¹⁷³ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. vol. 5. São Paulo: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Biblioteca do Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, 1993.

responsabilizado pela reparação quando: 1) o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puder ser identificado; 2) o produto não oferecer uma identificação clara do fabricante, do construtor, do produtor ou do importador; 3) quando o comerciante não conservar corretamente os produtos perecíveis.¹⁷⁴

O Código de Defesa do Consumidor também criou expressamente, por meio do artigo 7º, parágrafo único, o princípio geral da solidariedade entre os causadores do dano (que deve decorrer de lei ou da vontade das partes, segundo o Código Civil). Por esta regra, o consumidor poderá exigir de qualquer um dos causadores do dano a indenização devida, não estando sujeito a discussão interna sobre a repartição da responsabilidade, resguardado o direito de regresso (art. 13, parágrafo único).

6.2 RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

Outro tipo de responsabilidade civil contemplado pelo CDC é o relativo aos *vícios do produto ou do serviço*¹⁷⁵. Estes vícios podem ser *de qualidade* ou *de quantidade* que tornem o produto ou o serviço impróprio ou inadequado para o consumo (artigos 18 a 26).

¹⁷⁴ Artigo 13, do Código brasileiro de defesa do consumidor.

¹⁷⁵ Não existe consenso doutrinário sobre a existência ou não de diferença entre os conceitos de *vício* e *defeito do produto ou serviço*, sendo que para parte da doutrina, ambos os conceitos implicam um desvalor atribuído a um produto ou serviço. Já Claudia Lima Marques classifica *defeito* como uma “falha de segurança” e *vício* como uma “falha na adequação e na prestabilidade”. (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. xx). Hugo Nigro Mazzilli entende que *defeituoso* é quando um produto ou serviço não oferece a segurança que dele se espera e *vício do produto ou serviço* é aquele que atinge sua qualidade ou quantidade ou quando decorre da falta de correspondência com as indicações, instruções ou publicidade. (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 567). Para Sergio Cavalieri Filho, no fato do produto ou serviço o *defeito* é tão grave que provoca um acidente de consumo e o *vício*, por sua vez, é um defeito menos grave, que apenas causa um mau funcionamento ou não funcionamento. (*Programa de direito do consumidor*, p. 240-241). Zelmo Denari defende que “Ontologicamente não existe diferença entre os conceitos de defeito e vício de qualidade, pois ambos significam a qualificação de desvalor atribuída a um bem ou serviço”. Apud GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 184).

Essa modalidade de responsabilidade se baseia na *Teoria da Qualidade* que tem por objetivo instituir um dever de qualidade anexo à atividade dos fornecedores. A ideia é que o fornecedor tem a obrigação legal de entregar um produto em perfeitas condições de uso, o qual deve resistir ao uso normal e durar o tempo ordinário de vida concebido para aquele tipo de produto.

Não se pode confundir a disciplina dos vícios do CDC com a dos vícios redibitórios tratada no Código Civil (artigos 441 e 446¹⁷⁶), pois estes dizem respeito aos defeitos ocultos das coisas, ao passo que os vícios de qualidade e quantidade tanto podem ser ocultos quanto aparentes. Além disso, os vícios redibitórios têm como fundamento uma relação contratual e a sua gravidade e contemporaneidade com a formação do contrato são requisitos para que sejam reconhecidos como tal. Os requisitos para que se reconheça o vício redibitório não constam no diploma consumerista, na parte que trata dos vícios do produto.

Outra diferença entre vícios redibitórios e vícios provenientes das relações de consumo é que os prazos para reclamar aqueles são bastante exíguos quando comparados aos previstos pelos artigos 26 e 27 do CDC. Soma-se a isto o fato de que o sistema de reparação neste código é muito mais amplo e efetivo do que aquele do Código Civil (direito de exigir a substituição do produto, restituição imediata da quantia paga, sem prejuízo de perdas e danos, abatimento proporcional do preço, complementação do peso e da medida e re-execução dos serviços sem custos quando cabível). Nos vícios do produto ou do serviço a prova não incumbe ao consumidor, tal como ocorre nos vícios redibitórios, uma vez que constatado o vício, pesa sobre o fornecedor a obrigação de provar a sua inexistência.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Art. 441 do Código Civil brasileiro: “A coisa recebida em virtude de contrato comutativo não pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor.”

Art. 446 do Código Civil brasileiro: “Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos 30 (trinta) dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência.”

¹⁷⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 61-66.

Com efeito, ainda que no artigo 18 do CDC não tenha sido repetida a expressão “independentemente da existência de culpa”¹⁷⁸, tal como constou nos artigos 12 e 14, com todo respeito às posições contrárias que afirmam haver dúvida de interpretação¹⁷⁹, entende-se que a responsabilidade pelos vícios do produto e do serviço também é objetiva (o que também vem reforçado pela regra do artigo 23¹⁸⁰), até porque nos artigos que tratam esta responsabilidade nenhuma menção é feita sobre a culpa (responsabilidade subjetiva).

Sobre o assunto, o Professor Nelson Nery Junior ensina que:

Tanto a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, como a oriunda do vício do produto ou serviço, são de natureza **objetiva**, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de o fornecedor indenizar. O legislador brasileiro adotou o sistema da responsabilidade civil objetiva pelos danos causados a direitos do consumidor, formando parêntese com as mais modernas legislações dos países industrializados. O acaso da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, já vem sendo sentido de há muito, pois não mais atende às necessidades do mundo moderno. Em se tratando de

¹⁷⁸ “Como já dissemos anteriormente, entendemos ser *subjetiva* a natureza jurídica da responsabilidade civil decorrente dos vícios do produto e do serviço com presunção de culpa *jure et de jure*. É mais consentânea com as nossas profundas raízes subjetivistas e com o fato de se reconhecer que sempre haverá para estes vícios um contrato-base supondo a existência de uma garantia que, se falhar, indicará um descumprimento e um contraente, por isso, em mora. Ou seja, haverá sempre um comportamento do fornecedor que o levará ao não-cumprimento da garantia prestada. E mais, a falta de determinação pelo legislador na escolha expressa da responsabilidade como sendo objetiva, tal como fez ao prescrevê-lo nos artigos 12 e 17 do CDC, completa as indagações que fizemos e tal diferenciação atribui plausibilidade aos argumentos apresentados.” QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*, p. 119.

¹⁷⁹ “Houve certa vacilação do legislador, já que todo o microsistema e sua principiologia lhe davam suporte para que ousasse criar outro caso de responsabilidade objetiva expressa, também ao tratar da responsabilidade pelo vício do produto. Controvérsias a respeito têm se formado e se alongarão, congregando doutrinadores de peso, que se manifestam em sentidos diversos. Para Maria Helena Diniz e Antônio Herman de Vaconcelos Benjamin a responsabilidade, neste caso, é subjetiva; por outro lado, Nelson Nery Junior e José de Aguiar Dias asseguram tratar-se de responsabilidade objetiva. Há muito tempo entre nós, a responsabilidade subjetiva tem sido acolhida pelo direito brasileiro, como regra, sendo certo, porém, que dadas as peculiaridades das situações no mundo em que hoje vivemos, a responsabilidade objetiva tem sido prestigiada com a opção da lei, que a acolhe, expressamente, cada vez mais, dadas as mutações nas circunstâncias do viver hodierno. Teria cabimento, neste caso, ver também inserida a expressão ‘independentemente de culpa’, sobretudo em considerando a importância da função didática no novo Código, pois não se deverá esperar que os advogados, na sua tarefa de ilidir, na prática, os prejuízos que ao consumidor possam advir dentro de uma relação de consumo, se proponham a perquirir a *mens legis*. É do conhecimento de todos que, em nosso trabalho cotidiano, ao buscar-se a efetiva reparação, a exegese fica, sem dúvida, muito presa à literalidade da lei.” QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. v. 11. São Paulo: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, p. 45-46.

¹⁸⁰ Art. 23 do Código de Defesa do Consumidor: “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime da responsabilidade.”

relações de consumo, ressalta a necessidade da adoção da responsabilidade objetiva, pois do contrário estaríamos praticamente do regime da irresponsabilidade, ao exigir-se da vítima a prova diabólica da culpa do fornecedor [sem grifo no original].¹⁸¹

Em outro artigo, reforça o citado doutrinador:

Conforme já salientamos alhures, tanto a responsabilidade pelos acidentes de consumo como a responsabilidade pelos vícios dos produtos e serviços são de natureza objetiva, prescindindo da culpa para que se dê o dever de indenizar. A locução 'independentemente da existência de culpa', que consta do art. 12 do CDC, é expletiva, pois bastaria que a norma não exigisse como relevante a conduta para afirmar a responsabilidade do fornecedor, que estaríamos diante de hipótese de responsabilidade objetiva. Esta é uma das razões por que o legislador não repetiu no art. 18 a mesma expressão 'independentemente da existência de culpa' [...].¹⁸²

Além de objetiva, essa responsabilidade é ainda solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante, conforme redação do artigo 18 do CDC:

Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não-duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Constatado o vício, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 18 do CDC, o fornecedor tem o prazo de trinta dias para saná-lo e passado este prazo, sem solução por parte do fornecedor, caberá ao consumidor escolher uma das três hipóteses dos incisos I, II, e III deste parágrafo (*substituição do produto, restituição da quantia paga ou abatimento do preço*).

O parágrafo 6º do citado artigo traz as hipóteses de produtos impróprios para o consumo, a saber:

¹⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n. 33, dezembro 1990, p. 76-79.

¹⁸² NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, setembro/dezembro 1992, p. 44-77.

§ 6º São impróprios ao uso e consumo:

- I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;
- II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;
- III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Assim, diante da solidariedade dos fornecedores, pode o consumidor escolher, de acordo com a sua conveniência, aquele para quem reclamar, ressalvadas apenas as exceções previstas nos artigos 18, parágrafo 5º (produtos *in natura*) e 19, parágrafo 2º (vício de quantidade – pesagem).

Ainda, segundo a disciplina do citado artigo 18, são dois os tipos de vício: de *quantidade* e de *qualidade*. O *vício de qualidade* (por inadequação) pode ser definido como aquele que torna o produto impróprio para o consumo, com redução do seu valor, assim como aqueles que apresentam disparidade entre as suas indicações e as suas reais condições. Já os *vícios de quantidade* são os que apresentam disparidade entre as indicações da embalagem, do recipiente, mensagem publicitária e suas reais condições (respeitadas as variações decorrentes de sua natureza).

O artigo 20 do mesmo diploma legal regula os vícios de serviços que também podem ser de *qualidade* e de *quantidade*. Os vícios de qualidade tornam os serviços impróprios (são os inadequados para os fins que deles se esperam e/ou aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade – par. 2º) para o consumo ou lhes diminuem o valor. Os vícios de quantidade são aqueles que apresentam disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária.

As medidas reparatórias para os *vícios do produto* constam no parágrafo 1º do artigo 18 do CDC (*substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; restituição imediata da quantia paga, atualizada, sem prejuízo das perdas e danos e abatimento proporcional do preço*).

As medidas reparatórias para os *vícios de quantidade do produto* estão disciplinadas nos incisos I, II, III e IV, do artigo 19 do CDC (*abatimento proporcional do preço; complementação do peso ou da medida; substituição do produto por outro da mesma espécie sem vícios e imediata restituição da quantia paga com atualização, sem prejuízo de perdas e danos*).

As medidas reparatórias dos *vícios de qualidade e quantidade do serviço* constam dos incisos I, II e III do artigo 20 do CDC (*reexecução dos serviços sem custo; restituição imediata do valor pago atualizado, sem prejuízo das perdas e danos e abatimento proporcional do preço*).

Frise-se que, sem prejuízo dessas medidas reparatórias, tem ainda o consumidor, por expressa previsão legal (art. 18, parágrafo 1º, inciso II), direito à reparação por perdas e danos.

O artigo 22 trata dos serviços fornecidos pelos órgãos públicos, colocando os serviços públicos sob a égide da legislação de consumo. A responsabilidade aqui, também é objetiva, cabendo ao consumidor unicamente demonstrar a *prova da ocorrência do dano; o nexo de causalidade entre a ação ou omissão da empresa e a ocorrência do dano e o montante do prejuízo*. Além de objetiva, esta responsabilidade é própria e solidária entre todos os fornecedores dos serviços públicos.

O artigo 23 dispõe sobre a hipótese da ignorância (desconhecimento) do fornecedor em relação aos vícios do produto ou do serviço, sendo expresso que tal fato não o exime da responsabilidade: “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”.

No artigo 24, que trata da “garantia legal de adequação do produto ou serviço independente de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor”, o legislador consumerista introduziu a garantia legal implícita a todo produto e serviço e para que possa ser exercida pelo consumidor devem estar

presentes os seguintes requisitos: a) existência de um contrato; b) ocorrência do vício; c) anterioridade do vício; d) reclamação nos prazos estabelecidos por lei.

Importante registrar que a responsabilidade pelos vícios dos produtos e dos serviços decorre da lei e tem caráter de ordem pública, não podendo ser modificada pela introdução de cláusulas contratuais que restrinjam ou limitem o seu alcance, conforme norma preconizada pelo artigo 25 do CDC, *verbis*:

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

Portanto, desses dois regimes jurídicos estudados, presentes no CDC – *responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço* –, pode-se afirmar que: a) ambos atuam em esferas distintas, a primeira busca proteger a saúde e a segurança do consumidor, a sua incolumidade físico-psíquica e a segunda a integridade econômica; b) ambas adotam a responsabilidade objetiva do fornecedor, sem qualquer permissão de investigação da culpa dele nos prejuízos experimentados; c) para a hipótese de vício de qualidade exige-se um vínculo contratual original entre a vítima e o seu fornecedor, o que não é necessário para as hipóteses de vício por insegurança, que tem a maior ampliação do conceito de consumidor (art. 17); d) a definição do sujeito responsável pelos vícios de qualidade por insegurança é mais restrita (o comerciante é excluído), ao passo que nos vícios de qualidade por inadequação e de quantidade todos os fornecedores são responsáveis; e) nas hipóteses dos artigos 12, 13 e 14 (responsabilidade pelo fato do produto e do serviço), o consumidor postula apenas a indenização material e moral que lhe é devida, nos vícios de qualidade por inadequação do produto/serviço e de quantidade, além das perdas e danos, o consumidor pode lançar mão de diversas soluções, tais como abatimento do preço, substituição das partes viciadas, restituição da quantia paga, complementação do peso e da medida, reexecução do serviço.

7 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Tal como já colocado em capítulos anteriores *excludentes* de responsabilidade são fatores externos previstos na ordem jurídica brasileira que isentam o agente de arcar com os danos provocados à vítima, ou seja, o agente está exonerado do dever de reparar o dano.

Quanto à responsabilidade pelo fato do produto, o parágrafo 3º do artigo 12 do CDC prescreve que:

O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: *I- que não colocou o produto no mercado; II- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro* [sem grifo no original].

Na responsabilidade pelo fato do serviço, o parágrafo 3º do artigo 14 traz a seguinte disciplina: “O fornecedor de serviços não será responsabilizado quando provar: *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro* [sem grifo no original]”.

A primeira hipótese – *não colocação do produto no mercado* – é prova que compete ao fornecedor, ou seja, só será eximido da responsabilidade se provar que não colocou voluntariamente o produto em circulação. Neste conceito estão inseridas as entregas de amostras grátis, entregas ao transportador, doações etc.

Aqui, importa consignar que a colocação não voluntária do produto no mercado exime o fornecedor da responsabilidade, mas daquela preconizada no CDC (objetiva), pois nada impede que ele responda por negligência ou imprudência (culpa – subjetiva) na guarda e conservação do produto (nas hipóteses de falsificação, furto ou roubo, por exemplo).

A segunda hipótese – *inexistência do defeito* – também exime o fornecedor de qualquer responsabilidade, mas desde que, provado o dano por parte do consumidor, o fornecedor demonstre que o defeito alegado não existe ou que o dano experimentado pelo consumidor não decorreu daquele feito (causa extintiva do direito do autor da ação segundo o Código de Processo Civil, artigo 333 e prova a cargo do fornecedor).

A terceira excludente de responsabilidade no sistema do CDC alude à *culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro* e que não pode ser confundida com o conceito de culpa concorrente (que não exime a responsabilidade, no máximo, a atenua, com base no princípio da boa-fé). Aqui parte-se da ideia de que ainda que tenha ocorrido o dano, este não é decorrência do defeito do produto mas da conduta exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Portanto, o simples fato de haver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, quebra o nexo de causalidade necessário para a imposição do dever de reparar.

Observação pertinente quanto à terceira excludente é que, havendo culpa exclusiva de terceiro *fornecedor*, este fato não exclui a responsabilidade, devendo ser aplicada a regra do direito de regresso por incidência do parágrafo único do artigo 13 do CDC.

Para Silvio Luis Ferreira da Rocha¹⁸³ o “controle administrativo imperativo” também se apresenta como uma excludente de responsabilidade, uma vez que o fornecedor pode alegar como prova da inexistência do defeito no produto a conformidade da fabricação deste com as normas técnicas impostas pelo controle administrativo.

Nesse sentido, discorre o citado a autor:

¹⁸³ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. v. 4. São Paulo: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Biblioteca de Direito do Consumidor, 2000, p. 109-110.

A única hipótese de exclusão de responsabilidade do fornecedor seria a existência de norma imperativa que, em termos taxativos e cogentes, prescrevesse particularmente padrões de produção dos produtos, não deixando margem para qualquer alternativa do fornecedor. Nesse caso, o fornecedor, para exonerar-se da responsabilidade, deveria provar o nexo de causalidade entre o defeito e a conformidade à norma imperativa; teria de provar que o conteúdo obrigatório da norma é que originou o defeito do produto, de tal sorte que o dano seja inteiramente devido *au fai du prince*.¹⁸⁴

Com todo respeito à opinião do autor, a ampliação do rol das excludentes, além de não contar com apoio do sistema introduzido pela legislação consumerista, ainda parece se confundir com o fato de terceiro (Poder Público) que tem expressa previsão no inciso III do parágrafo 3º do artigo 12 e no inciso II do parágrafo 3º do artigo 14, ambos do CDC.

Com relação à responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, é verdade que o CDC não foi expresso neste sentido, nem precisava ser, pois não há dúvidas de que as excludentes previstas para a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (artigo 12, par. 3º e artigo 14, par. 3º, *culpa da vítima ou de terceiro*) aqui ficam recepcionadas, além da *prova de que o produto ou o serviço não apresenta o vício alegado* também ser causa de exclusão desta responsabilidade.

Para os serviços públicos, da mesma forma, a *inexistência do defeito* (depois de prestado o serviço público) e a *culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro* são causas excludentes de responsabilidade.

Para a responsabilidade subjetiva (dos profissionais liberais) são consideradas excludentes as mesmas causas adotadas pela legislação civil, quais sejam: *legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal e o caso fortuito e a força maior*.

¹⁸⁴ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, p. 110.

7.1 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O presente capítulo ficou reservado à grande discussão e divergência da doutrina e da jurisprudência, ao enfrentar a questão de definir se o caso fortuito e a força maior podem (ou devem) ser considerados excludentes de responsabilidade nas relações de consumo, a exemplo da teoria adotada pelo Código Civil (artigo 393).

Tal discussão traz necessariamente as seguintes indagações que doravante serão enfrentadas: a) ainda que não expressamente mencionadas como causas excludentes de responsabilidade, o caso fortuito e a força maior devem ser considerados como excludentes de responsabilidade nas relações de consumo? b) o rol das excludentes do CDC é taxativo ou permite extensão? c) o caso fortuito e a força maior rompem o nexo de causalidade ou representam ausência de culpa do fornecedor?

A primeira indagação, de forma objetiva, pode ser respondida e adiante justificada nas respostas às indagações seguintes. Com todo respeito a opiniões, emanadas de importantes juristas, no sentido de que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade do fornecedor, entende-se que esta não é a correta exegese do microsistema criado pela Lei nº 8.078/90, uma vez que referidas excludentes (da legislação civil) não foram nem poderiam ter sido contempladas na legislação consumerista.

Logo de início, pode-se inferir que da redação do parágrafo 3º do artigo 12 e do parágrafo 3º do artigo 14 do CDC, o legislador contemplou tão-só as excludentes ali expressamente mencionadas. É o que se depreende da dicção dos dispositivos citados:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou

acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

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

I - que não colocou o produto no mercado;

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

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 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.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Sobre essa redação da lei, assim se posiciona Luis Antônio Rizzatto Nunes¹⁸⁵: “A utilização do advérbio ‘só’ não deixa margem de dúvidas. Somente valem as excludentes expressamente previstas no § 3º, e que são taxativas. Nenhuma outra que não esteja ali tratada desobriga o responsável pelo produto defeituoso”.

Comunga deste entendimento Tupinambá Miguel Castro do Nascimento¹⁸⁶, ao comentar o assunto:

Nas relações de consumo, os arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, do Código do Consumidor, indicam as causas exonerativas, quando há defeito no produto e no serviço. E entre elas não se encontra elencada a relativa a caso fortuito ou força maior. Sem validade o argumento que afirmasse a indicação dos artigos ser não-taxativa ou não exaustiva,

¹⁸⁵ NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso do direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2005, p. 271.

¹⁸⁶ NASCIMENTO. Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 53-54.

caso em que se poderia aplicar subsidiariamente o que dispõe o Código Civil. Isto porque, nos dois parágrafos a expressão usada é 'só não será responsabilizado quando provar' (o grifo é nosso), sinal indicativo que o rol é exaustivo. Assim, ao contrário do que ocorre na responsabilidade comum, a força maior ou o caso fortuito, não são causas exonerativas da responsabilidade civil nas relações de consumo.

A simples interpretação literal destes artigos legais denota que o regime da responsabilidade objetiva do CDC é absoluto, as causas de exclusão ali são taxativas e, ainda, que o fundamento desta responsabilidade é o *risco da atividade* assumido pelo fornecedor. Desta feita, não seria correto afirmar que, da mesma forma que o CDC não contemplou tais excludentes, também não as negou, até porque o sistema tradicional tem traços bem distintos no sistema implantado pelo código em comento.¹⁸⁷

Imperioso alertar para o fato de que o CDC não contemplou ditas excludentes naqueles artigos. Bem por isso, inseri-las, ou melhor, entendê-las implícitas naquele capítulo também representa transgressão às regras de hermenêutica. Ademais, as normas restritivas de direito (e isto seria uma restrição ao direito de reparação do consumidor) não podem ser aplicadas de forma ampliativa, mas, ao contrário, devem ser interpretadas de forma declarativa ou estrita.

É verdade que parte da jurisprudência se posiciona de modo diferente ao enfrentar o assunto, conforme decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, no excerto a seguir transcrito:

Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte.

1. Como assentado em precedente da Corte, *'o fato de o artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de*

¹⁸⁷ "A regra do nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade não as elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar." Cf. BENJAMIN, Antônio Herman de Vaconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 67.

responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil (REsp nº 120.647-SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 15/05/00).

2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto.

3. Recurso especial conhecido e provido [grifo no original].¹⁸⁸

Finalmente, a resposta à terceira indagação, como se infere, é a que vem espancar qualquer dúvida sobre a impossibilidade de se considerar o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade no CDC. O fato é que esta assertiva, que não prejudica tampouco enfraquece as outras (taxatividade do rol de excludentes e impossibilidade de se estender normas restritivas de direitos), por meio de uma análise sistemática destes institutos (*caso fortuito e força maior*), serena – ou ao menos deveria serena – os corações dos apegados à doutrina tradicional (subjetiva) com raízes no Código Civil.

Conforme abordado na seção 5.4, relativamente à teoria do caso fortuito e da força maior, em que pesem as grandes divergências entre os adeptos das *escolas objetiva e subjetiva*, a análise da história do Direito indica que o elemento subjetivo não pode ser dissociado dos negócios. Ademais, a vontade e a conduta do homem são o termômetro de qualquer relação social.

Oportuno lembrar que o CDC, ao contrário do Código Civil, como regra, adotou a responsabilidade objetiva, dispensando, assim, a comprovação da culpa para atribuir ao fornecedor a responsabilidade pelo dano. Para tanto, basta a demonstração da existência de nexo causal entre o dano experimentado pelo consumidor e o vício ou defeito no serviço ou produto.

O entendimento da jurisprudência quanto à responsabilidade objetiva do CDC não tem sido diferente, conforme se extrai do seguinte julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL – Danos morais – Negativação indevida do nome do autor – Abertura de conta-corrente por estelionatário,

¹⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 330.523. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 11.12.2001. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

utilizando-se de documentos falsos – Hipótese em que o banco concedeu empréstimos e entregou ao falsário talão de cheques, os quais vieram a ser devolvidos sem provisão de fundos, desabonando o nome do autor em cadastro de inadimplentes – Relação de consumo caracterizada – Responsabilidade objetiva do prestador de serviços pelo seu mau funcionamento – Culpa não investigada – Existência de nexo de causalidade entre o fato danoso e a conduta do banco réu – Danos presumidos – Majoração da indenização de R\$ 3.000,00 para R\$ 5.000,00 – Recurso do autor provido em parte, desprovido o do banco réu.¹⁸⁹

Consoante entendimento da *escola subjetiva*, que aponta no sentido de que o caso fortuito e a força maior – aqui tomadas como expressões sinônimas, conforme exposição contida na seção 5.4, representam o produto da conduta não culposa do agente com a inevitabilidade do evento danoso, e sendo objetiva a responsabilidade adotada no CDC, em que não se discute a culpa do fornecedor, estas excludentes são completamente estranhas ao referido diploma legal.

Um dos autores do anteprojeto do CDC, o Professor Nelson Nery Junior, ao comentar os artigos referentes à proteção contratual, Capítulo VI, adepto também desta escola, assim analisou:

No regime da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, regulado pelo CDC, não há lugar para as causas ou cláusulas de exclusão dessa responsabilidade. O caso fortuito e a força maior não excluem o dever de indenizar porque são circunstâncias que quebram o nexo de causalidade na *conduta* do agente. Só são válidas para excluir a responsabilidade *subjetiva*, mas não a objetiva. Como o sistema do CDC é fundado na responsabilidade objetiva, não se aplicam, aqui, o caso fortuito e a força maior como excludentes do dever de indenizar. Caso fortuito e força maior excluem a culpa, elemento estranho e irrelevante para a fixação do dever de indenizar no regime do CDC [grifos no original].¹⁹⁰

O mencionado doutrinador, acompanhado de Rosa Maria de Andrade Nery¹⁹¹, mais uma vez, defendendo a sua posição, afirma que:

¹⁸⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 7.080.270-3, Comarca de Ribeirão Preto/SP, 12ª Cam. Direito Privado. Relator Des. Rui Cascardi. Julgado em 10/12/2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

¹⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 549.

¹⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Leis civis comentadas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 195.

Fundada na teoria do risco da atividade, a responsabilidade objetiva do CDC não é compatível com causas de exclusão do dever de indenizar derivadas da culpa. O caso fortuito e a força maior excluem a culpa do agente, que é irrelevante para a fixação do dever de indenizar no CDC. V. casuística do CDC 14, abaixo, verbete caso fortuito e força maior.

Em outro artigo, reitera o jurista:

O Código adotou a *teoria do risco da atividade* como postulado fundamental da responsabilidade civil ensejadora da indenização dos danos causados ao consumidor. A simples existência da atividade econômica no mercado, exercida pelo fornecedor, já o carrega com a obrigação de reparar o dano causado por essa mesma atividade. A responsabilidade é, portanto, *objetiva* (arts. 12 e 18). Não é necessário que tenha agido com culpa, tampouco que sua atividade esteja autorizada pelo órgão competente do poder público, ou, ainda, que tenha havido caso fortuito ou força maior. Apenas e tão-somente as circunstâncias mencionadas no CDC em *numerus clausus* como causas excludentes do dever de indenizar é que efetivamente podem ser invocadas pelo fornecedor a fim de eximi-lo deste dever. Este sistema é semelhante ao já existente no Brasil para o dano causado ao meio ambiente (art. 14 da Lei 6.938/81), que não admite o caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil [grifos no original].¹⁹²

A jurisprudência, nesse sentido, confirma:

Responsabilidade Civil – Assalto à agência bancária – Dano moral – dever de indenizar caracterizado – Responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco criado – Aplicação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – Inocorrência de caso fortuito ou força maior.

Dano moral – Valor – Majoração – Não cabimento – Manutenção da quantia fixada pelo magistrado de primeiro grau. Apelações Desprovidas.¹⁹³

Contudo, outro jurista, também autor do citado anteprojeto e incumbido de comentar os artigos que tratam da responsabilidade civil no CDC, sustenta que:

As hipóteses de caso fortuito e força maior, descritas no artigo 393 do Código Civil como eximentes da responsabilidade na ordem civil,

¹⁹² NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, vol. 3, p. 45-77.

¹⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 7.257.399-6, Comarca de Araçatuba/SP, 12ª Cam. Direito Privado. Relator Des. José Reinaldo. Julgado em 17/12/2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

não estão elencadas entre as causas excludentes da responsabilidade pelo fato do produto. Mas a doutrina mais atualizada já advertiu que esses acontecimentos – ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo. Na primeira hipótese, instalando-se na fase de concepção ou durante o processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-la para se subtrair à responsabilidade por danos. Como observa com acuidade James Marins: ‘Isto porque até o momento em que o produto ingressa no mercado tem o fornecedor o dever de garantir que não sofre qualquer tipo de alteração que possa torná-lo defeituoso, oferecendo riscos à saúde e segurança do consumidor, mesmo que o fato causador do defeito seja a força maior’. Por outro lado, quando o caso fortuito ou a força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Não tem cabimento qualquer alusão ao defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir. Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inocorrência dos respectivos pressupostos.¹⁹⁴

O raciocínio formulado pelo citado autor, que inclusive divide o caso fortuito em *interno* e *externo*¹⁹⁵, adota a *escola objetiva* para justificar a sua posição

¹⁹⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini Grinover et al. (coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 199-200.

¹⁹⁵ O que também é entendimento de Sergio Cavalieri Filho: “Cremos que a distinção entre fortuito *interno* e *externo* é totalmente pertinente no que respeita aos acidentes de consumo. O *fortuito interno*, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, lega-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber se o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas conseqüências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável. O mesmo já não ocorre com o *fortuito externo* assim entendido aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra, ocorrido em momento posterior ao de sua fabricação ou formulação. Em caso tal, nem se pode falar em defeito do produto ou do serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada – *inexistência de defeito* (art. 14, § 3º, I) [grifos no original]”. (*Programa de direito do consumidor*, p. 256-257). Neste mesmo sentido: AMARAL JUNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1992, p. 101-123: “O CDC não esclarece se o caso fortuito e a força maior se incluem entre as causas que eximem a responsabilidade do fornecedor. Entretanto, a solução que parece melhor se harmonizar com a sistemática do código é que a considera o caso fortuito e a força maior como excludente da responsabilidade apenas quando forem alheias à atividade produtiva do fornecedor. Aceitar que acontecimentos oriundos na esfera de produção do fornecedor pudessem ser considerados como caso fortuito ou força maior seria permitir o reingresso, por outros meios, do critério de culpa para aferir a responsabilidade do fornecedor.” James Marins tem o mesmo entendimento. (*Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto*, v. 5, p. 153-154).

na “boa vontade do fornecedor” – que jamais poderia impedir o evento. O fato é que o sentido da expressão utilizada pelo legislador “boa vontade do fornecedor” alude exatamente à conduta deste, à diligência empregada ou não (culpa) por ele no fornecimento do produto ou na prestação do serviço. Estes elementos, vale lembrar, são usados pela *escola subjetiva* para fundamentar o caso fortuito e a força maior na ideia da culpa, sendo esta totalmente estranha à responsabilidade do CDC.

Ademais, a discussão sobre a classificação – sem apoio no direito clássico – em caso fortuito externo e interno parece ser até mesmo inócua, isto porque, seguindo as regras mais simples de direito, como poderia não ser o fornecedor responsabilizado por fato imprevisível durante o momento da fabricação do produto ou realização do serviço – “fortuito interno”? Não importa se interno ou externo, o fato é que o caso fortuito, que tem como elemento a ausência de culpa do fornecedor, diante da inquestionável responsabilidade objetiva adotada pelo CDC, jamais poderia ser, de uma forma ou de outra, excludente de responsabilidade.

Parte da doutrina também ataca a ideia de não se admitir o caso fortuito e a força maior como excludente de responsabilidade ante o argumento de que seria o mesmo que aceitar/permitir o risco integral para o fornecedor, o que, segundo esta corrente, não se pode conceber. Esta explicação não guarda qualquer pertinência com a estrutura do CDC, que optou por imputar ao fornecedor toda a carga econômica resultante do defeito do seu produto ou serviço, atendendo também ao princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Nesse sentido leciona Luis Antônio Rizzato Nunes¹⁹⁶:

O risco do fornecedor é mesmo integral, tanto que a lei não prevê como excludente do dever de indenizar o caso fortuito e a força maior. E, como a norma não estabelece, não pode o agente responsável alegar em sua defesa essas duas excludentes. O que acontece é que o CDC, dando continuidade, de forma coerente, à normatização do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, preferiu que toda a carga econômica advinda do defeito recaísse sobre o agente produtor. Se a hipótese é de caso fortuito ou de força maior e em função disso o consumidor sofre acidente de consumo, o mal há de ser remediado pelo agente produtor. Na verdade o fundamento dessa ampla responsabilização

¹⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Leis civis comentadas*, p. 195.

e, em primeiro lugar, o princípio garantido na Carta Magna da liberdade do empreendimento, que acarreta direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco do empreendimento. E a Lei 8.078, em decorrência desse princípio, estabeleceu o sistema de responsabilidade civil objetiva. Portanto, trata-se apenas de questão de risco de empreendimento. Aquele que exerce a livre atividade econômica assume esse risco integral.¹⁹⁷

Feitas essas considerações, parece claro não se poder admitir o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade nas relações de consumo, seja em respeito ao rol taxativo da lei, seja por razões de hermenêutica (norma restritiva sem possibilidade de extensão) e, principalmente, seja pela correta conceituação destes institutos.

Ademais, não se pode perder de vista que o caso fortuito e a força maior têm um sentido de inevitabilidade – aquilo que escapa da diligência exigível do ser humano – e que a diligência é uma das formas da conduta não culposa, assunto este totalmente estranho à responsabilidade objetiva adotada pelo CDC.

Por último, razões de ordem social e econômica inspiraram o legislador consumerista e o fizeram adotar o risco integral para a atividade do fornecedor, além da tentativa auspiciosa (entre as várias existentes no CDC) de reequilibrar uma relação que já nasce desequilibrada.

7.2 RISCOS DE DESENVOLVIMENTO

Outra celeuma que gravita em torno do tema de excludente de responsabilidade no CDC alude aos *riscos de desenvolvimento*.

O Conselho das Comunidades Europeias adotou a não-responsabilização do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento. A Diretiva 85/374/CEE, no seu artigo 7º, estabelece que: “O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar: e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no

¹⁹⁷ NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*, p. 271.

momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do feito”.¹⁹⁸

Por outro lado, essa mesma diretiva, no seu artigo 15¹⁹⁹, permitiu que qualquer Estado-membro possa derrogar esta excludente, mantendo e prevendo em sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se provar que os conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitiam detectar a existência de defeito.

No Brasil, Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin²⁰⁰ define riscos de desenvolvimento como “aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido no

¹⁹⁸ Diretiva 85/374/CEE. “Art. 7º. O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: a) que não colocou o produto em circulação; b) que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente; c) que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua actividade profissional; d) que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito; f) no caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricantes do produto.” THE EUROPEAN UNION ON-LINE. Disponível em: <<http://europa.eu.int>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

¹⁹⁹ Artigo 15 da Diretiva 85/374/CEE: “1. Qualquer Estado-membro pode: a) Em derrogação do artigo 2º, prever na sua legislação que, na acepção do artigo 1º, a palavra ‘produto’ designa igualmente as matérias-primas agrícolas e os produtos da caça; b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no no 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito; 2. O Estado-membro que desejar introduzir a medida prevista no no 1, alínea b), comunicará à Comissão o texto da medida em causa. A Comissão informará desse facto os Estados-membros. O Estado-membro interessado suspenderá a adopção da medida prevista por um período de nove meses a contar da informação à Comissão, e na condição de que esta não tenha entretanto submetido ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva respeitante à matéria em causa. Se, contudo, a Comissão não comunicar ao Estado-membro interessado, no prazo de três meses a contar da recepção da referida informação, a sua intenção de apresentar tal proposta ao Conselho, o Estado-membro pode tomar imediatamente a medida prevista. Se a Comissão apresentar ao Conselho uma proposta de alteração da presente directiva no prazo de nove meses acima mencionado, o Estado-membro interessado suspenderá a adopção da medida prevista por um período de dezoito meses a contar da apresentação da referida proposta. 3. Dez anos após a data de notificação da presente directiva, a Comissão submeterá ao Conselho um relatório sobre a incidência, no que respeita à protecção dos consumidores e ao funcionamento do mercado comum, da aplicação pelos tribunais da alínea e) do artigo 7º e do nº 1, alínea b), do presente artigo. Com base nesse relatório, o Conselho, deliberando sob proposta da Comissão nas condições previstas no artigo 100 do Tratado, decidirá a revogação da alínea e) do artigo 7º.” THE EUROPEAN UNION ON-LINE. Disponível em: <<http://europa.eu.int>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

²⁰⁰ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 67.

momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço”.

Roberto Senise Lisboa²⁰¹ também formula o seguinte conceito:

Risco de desenvolvimento (developmental risk) é aquele que decorre da utilização de um produto adequado para uma determinada época, que se demonstra, com o uso posterior, perigoso para a vida, a saúde ou a segurança do consumidor. O risco de desenvolvimento é, a rigor, uma das conseqüências naturais do avanço tecnológico, que possibilitou ao ser humano a manipulação, o preparo e a utilização de substâncias químicas das mais variadas possíveis, para a elaboração e a conservação de medicamentos e gêneros alimentícios [grifos no original].

Apresentados esses conceitos, é importante registrar que os riscos de desenvolvimento não guardam qualquer pertinência com a situação contida no artigo 12, parágrafo 2º, do CDC, *verbis*: “O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”. Na verdade, esta regra não trata de defeito de produto mas de produto de melhor qualidade, mais avançado. O mesmo deve ser dito em relação à disciplina do artigo 14, parágrafo 2º: “O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas”. O raciocínio é o de que serviços mais simples, de menor qualidade, não são defeituosos, desde que respeitem os padrões de segurança exigidos.

Assim, na hipótese de um produto ou serviço (lançado pelo fornecedor de acordo com as especificações técnicas de segurança), passado um tempo, tornar-se nocivo ou perigoso ao consumidor, em razão do avanço do conhecimento e da ciência, surge a tormentosa questão: quem deverá arcar com os prejuízos-danos advindos de sua obsolescência tecnológica? Em outras palavras, qual a relevância dos riscos de desenvolvimento na responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço?

A doutrina, na tentativa de dar uma resposta ao problema, divide-se entre um responsável (o fornecedor) e outro (o consumidor).

²⁰¹ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade nas relações de consumo*, p. 282.

Fabio Ulhoa Coelho²⁰² e outros autores entendem que a opção por imputar ao fornecedor todos os riscos de desenvolvimento inviabilizaria o setor produtivo, estancaria a pesquisa, o progresso científico, impedindo o lançamento de novos produtos. Além disso, seria extremamente injusto imputar ao fornecedor a responsabilidade por riscos que ele sequer conhece, sem falar que uma injusta distribuição da carga econômica dos riscos de produção traz consequências danosas para o próprio desenvolvimento social (ordem econômica), além de obrigar o fornecedor a repassar estes riscos (custos) para os preços dos seus produtos, tornando inacessível a aquisição por muitos consumidores. Junto com esse argumento, sustentam que a responsabilização do fornecedor pelos riscos de desenvolvimento não contribui em nada para a prevenção dos danos, haja vista a impossibilidade de identificar os alegados defeitos, ou seja, o fornecedor não os despreza, simplesmente os desconhece.

Por outro lado, Roberto Senise Lisboa e Marcelo Junqueira Calixto²⁰³ entendem que os riscos de desenvolvimento devem ser carreados ao fornecedor, primeiro em razão do que dispõe o CDC, precisamente na parte que regula as excludentes de responsabilidade; segundo porque o Código adotou a teoria do risco integral, além de a responsabilidade ser objetiva, sendo irrelevante a culpa do fornecedor e de terceiro. Defendem ainda a ideia de que creditar esses prejuízos na conta do consumidor seria transgressão à hermenêutica do CDC, perpetuando o desequilíbrio da relação fornecedor-consumidor.

Consoante abordado na seção 5.4, que tratou do caso fortuito e da força maior, oportunidade em que se defendeu que referidas excludentes não foram importadas do Código Civil para o CDC, o mesmo raciocínio deve valer para os riscos de desenvolvimento. É que o rol de excludentes do CDC (art. 12, § 3º, I, II, III e art. 14, § 3º I e II) é *taxativo*, não permitindo ampliação, além de a norma restritiva não poder ser interpretada ampliativamente.

²⁰² COELHO, Fabio Ulhoa. *O empresário e dos direitos do consumidor*. p. 82-89.

²⁰³ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade nas relações de consumo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 285 e CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 241-252.

O argumento da taxatividade do rol das excludentes do CDC e do inaceitável equívoco de hermenêutica na ampliação da norma restritiva, outra ilação fundada na teoria do risco integral adotada pelo CDC e na irrelevância da culpa do fornecedor para se aferir a sua responsabilidade (que é objetiva), também reforçam a compreensão de que os riscos de desenvolvimento mencionados pelo legislador consumerista não foram e não devem ser considerados como excludentes de responsabilidade.

Os artigos 8º, 9º e 10 do CDC, ao resguardar com disposições expressas a proteção da saúde e da segurança do consumidor, dispõem sobre a exigência imposta ao fornecedor de, antes de colocar o produto no mercado, ter pleno conhecimento sobre a sua periculosidade. É seu dever, também, fornecer todas as informações necessárias ao consumidor.

Nesse sentido, o Decreto nº 4.680/2003 regulamenta o direito à informação do consumidor no que toca aos alimentos e ingredientes destinados ao consumo humano e animal, produzidos a partir de organismos geneticamente modificados.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.467/1999 também exige que a embalagem do produto alimentício geneticamente modificado contenha expressamente esta informação e quando o produto é vendido a granel, a informação dirigida ao consumidor deve estar bem destacada.

Diante desses preceitos e da ausência de disposição expressa na legislação consumerista pátria, muito embora o Brasil tenha se apoiado em boa parte da Diretiva 85/374/CEE, de 25.07.85, para legislar sobre produtos defeituosos e sobre a responsabilidade do fornecedor, diretiva esta que adotou os riscos de desenvolvimento como excludentes, não há dúvidas que aqui, por mais sedutora que seja a teoria da irresponsabilidade, o fornecedor tem integral responsabilidade também nos casos de riscos de desenvolvimento.

Silvio Luis Ferreira da Rocha²⁰⁴ comunga com esse entendimento ao afirmar que:

Com efeito, citada causa de exclusão, por ser controvertida, para ser aceita, deveria ter sido expressamente elencada no artigo 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Na sua ausência, a hipótese presente será esta: o defeito existia no momento em que o produto foi colocado no mercado, apenas o conhecimento científico existente não o permitia detectar. Não ocorreu culpa exclusiva do consumidor e a ausência de culpa do fornecedor é irrelevante para o deslinde do problema (art. 12, *caput*). Logo, o fornecedor responderá pela reparação dos danos causados pelo produto defeituoso.²⁰⁵

Revelador e muito importante apontar aqui que dois dos juristas co-responsáveis pela redação do anteprojeto do CDC, ante a indagação de serem os riscos de desenvolvimento excludentes de responsabilidade, afirmaram que risco de desenvolvimento não pode ser (e não foi) considerado como excludente no CDC.

A propósito, Zelmo Denari comentou:

[5] RISCOS DE DESENVOLVIMENTO – Nos termos do inciso III, para se saber se um produto é ou não defeituoso, há que se levar em consideração ‘a época em que foi colocado em circulação’, e, dependendo da prefixação dessa data, o fornecedor poderá ou não se eximir da responsabilidade. Forte setor doutrinário considera que o Código, nesta passagem, acolhendo sugestão da Comunidade Econômica Européia – adotou a teoria dos *riscos de desenvolvimento*, vale dizer, daqueles riscos que correm os fornecedores por defeitos que somente se tornam conhecidos em decorrência dos avanços científicos posteriores à colocação do produto ou serviço no mercado de consumo.

[...]

Entre nós, James Marins considera que os riscos de desenvolvimento são eximentes de responsabilidade, qualificando-os entre os defeitos juridicamente irrelevantes, o que significa ‘insusceptível de levar à responsabilização do fornecedor pelo fato do produto. Para Antônio Herman Benjamim não basta ao fornecedor provar que, com base no conhecimento científico da época, desconhecia os riscos a ele inerentes, pois a análise do grau de conhecimento científico não é feita tomando por base um fornecedor

²⁰⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade nas relações de consumo*, p. 285 e CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento*. p. 241-252.

²⁰⁵ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*, p. 112.

em particular, mas sim o que sabe a comunidade científica, em determinado momento histórico.

A nosso viso, a dicção normativa do inciso III, do art. 12, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, está muito distante de significar adoção da *teoria dos riscos do desenvolvimento*, em nível legislativo, como propôs a Comunidade Econômica Européia. De resto, o exemplo da nocividade de certas drogas, como a talidomida, e da comoção social causada em todo o mundo em decorrência do seu poder de mutilação do gênero humano, nos dá a exata medida da inconsistência dos postulados desta teoria para aferição da responsabilidade dos fabricantes. Quando estão em causa vidas humanas, as eximentes de responsabilidade devem ser recebidas pelo aplicador da norma como muita reserva e parcimônia [grifos no original].²⁰⁶

Nesse mesmo sentido, Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin:

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

Por adotar um sistema de responsabilidade civil objetiva alicerçado no *risco de empresa*, a lei brasileira não podia, com razão, exonerar o fabricante, o produtor, o construtor e o importador na presença de um risco de desenvolvimento [grifos no original].²⁰⁷

Em outra oportunidade o citado jurista reiterou:

O Código, entre as excludentes da responsabilidade que prevê, não arrola os riscos de desenvolvimento (arts. 12, parágrafo 3º, e 14, parágrafo 3º). A Comissão de Juristas (aqui, leia-se: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, Kazuo Watanabe, José Geraldo Brito Filomeno, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari), deliberadamente, excluiu o risco de desenvolvimento do texto. Tal orientação prevaleceu no Senado e na Câmara dos Deputados.²⁰⁸

²⁰⁶ Apud GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 194-195.

²⁰⁷ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 67.

²⁰⁸ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. Responsabilidade civil e acidentes de consumo no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*. São Paulo. AASP, n. 33, dezembro 1990.

Eduardo Arruda Alvim²⁰⁹, com relação à impossibilidade de se admitir o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade no CDC, sustenta que na ideia de risco de desenvolvimento subsume-se a noção de defeito de concepção, ainda que não constatado no momento da colocação do produto no mercado. Sendo um defeito de concepção (projeto e fórmulas), segundo o artigo 12, caput, do CDC, tal fato é apto a responsabilizar o fornecedor. Soma-se a isso, para tal entendimento, o fato de que, pelo sistema do CDC a ausência de culpa do fornecedor (pelos avanços tecnológicos) não o exime da responsabilidade do CDC (objetiva).

Importante destacar que a questão da segurança do destinatário final do produto, bem juridicamente tutelado e de maior importância que a atividade empresarial, teve grande influência do caso de maior repercussão e comoção no mundo, que foi a ingestão, por mulheres grávidas, do calmante *Contergan-Thalidomida*, causando a morte e deformidades em um sem-número de crianças.

Como mencionado anteriormente, Fabio Ulhôa Coelho²¹⁰, adepto da tese de que os riscos de desenvolvimento excluem a responsabilidade do fornecedor, entende que a análise dos artigos do CDC levam à conclusão, ainda que de forma indireta, de que os riscos de desenvolvimento estão ali contemplados como excludentes de responsabilidade.

O citado autor explica que ao fornecedor é imposto o dever de pesquisar os riscos dos produtos que pretende inserir no mercado. Este dever de pesquisa inclui ainda o dever de informar suficientemente o consumidor. A ausência de pesquisa pode levar o fornecedor a lançar um produto/serviço no mercado com um defeito de concepção, por exemplo. Bem por isso, todas as possibilidades oferecidas pelo *estado da arte* devem ser esgotadas.²¹¹

²⁰⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon, v. 15, julho/setembro 1995, p. 133-150.

²¹⁰ COELHO, Fabio Ulhôa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82-89.

²¹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. *O empresário e dos direitos do consumidor*, p. 82-89.

Ainda, na concepção de Fábio Ulhoa Coelho²¹², os gastos com pesquisas (e seus limites, por consequência) variam de acordo com os custos dos produtos que o fornecedor oferecerá, com a faixa econômica do consumidor. Com essa assertiva o autor dá a entender que os produtos destinados às camadas menos abastadas da população recebem menos investimentos em pesquisa, podendo oferecer mais riscos. Situação contrária ocorre em relação à produção destinada às classes sociais mais abastadas, ou seja, para os mais pobres, menos pesquisas; para os mais ricos, mais pesquisas, menos riscos (pura relação de custo-benefício).

A vingar essa ideia, passa-se a admitir então que a segurança de um produto está atrelada ao seu custo. Os produtos mais caros, na verdade, podem, no máximo, oferecer um *plus* de segurança. Contudo, independentemente do custo, todos os produtos devem ser seguros.

Mais adiante o autor defende que a responsabilidade do fornecedor deve ser excluída, nas hipóteses em que, depois de introduzido o produto no mercado, o avanço da ciência comprovar a sua nocividade para o consumidor. A seguir, parte para uma interpretação equivocada no parágrafo 1º do artigo 10 do CDC, pois acredita que não se está pretendendo o impossível do fornecedor, até porque é verdade que certos riscos não podem ser previstos.²¹³

O fato é que o legislador decidiu que o fornecedor assumisse e arcasse com estes riscos. O comando do parágrafo 1º não imputou qualquer dever de indenizar para o fornecedor, mas apenas a obrigação de comunicar as autoridades competentes e os consumidores, valendo a observação de que o dever de indenizar está previsto nos artigos 12 a 17 do CDC.

Os argumentos expendidos, de fato, não convencem. Além de estarem fundados em uma análise equivocada dos artigos do CDC, trazem a ideia de que a sociedade está obrigada a aceitar um produto inseguro pelo fato de o produtor ter feito tudo o que a ciência e a tecnologia permitissem para a garantia do produto.

²¹² COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e dos direitos do consumidor*, p. 82-89.

²¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e dos direitos do consumidor*, p.82-89.

Ademais, imperioso reconhecer que o fato de o fornecedor não deter os meios técnicos e científicos para constatar a insegurança de um produto não significa que o produto seja seguro. Não sendo seguro, isto é, causando danos ao consumidor, inclusive por experiências feitas nos próprios consumidores (que depois de usarem o produto passam a constatar a sua nocividade – cobaias) a atividade assumida pelo fornecedor, o risco desta atividade (risco econômico) o torna necessariamente responsável.

Também não se pode ignorar que alguns argumentos formulados para a defesa da irresponsabilidade, na hipótese de riscos de desenvolvimento, apresentam-se, além de coerentes, até mesmo atraentes diante das bases precisas e sérias em que se alicerçaram.

James Marins²¹⁴, por exemplo, ao defender os riscos de desenvolvimento como excludente de responsabilidade, apresenta uma teoria (inclusive criando categorias de defeitos dos produtos) séria e sistematizada ao analisar o CDC, que muito embora não seja a opção do código (que não adotou riscos de desenvolvimento como excludente), oferece argumentos de envergadura.

Da análise dos artigos do CDC o autor extrai as imperfeições apontadas pelo legislador e as classifica em duas categorias: a) defeitos dos produtos e b) vício dos produtos. Os defeitos são mais graves que os vícios: os primeiros são capazes de provocar acidentes, causando danos à saúde do consumidor, os segundos, menos graves, apenas acarretam uma diminuição do valor do produto ou o tornam inservível. Considerando, na sua teoria, apenas os *defeitos dos produtos*, ainda os divide nas seguintes espécies: a) *defeitos juridicamente irrelevantes para efeito de responsabilidade civil* (os defeitos decorrentes de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, caso fortuito ou força maior, normal ação deletéria do tempo e riscos de desenvolvimento), e b) *defeitos juridicamente relevantes*. O rol taxativo do artigo 12, *caput*, se refere aos defeitos juridicamente relevantes.²¹⁵

²¹⁴ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. v. 5., p. 28

²¹⁵ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. v. 5., p. 28

Seguindo a doutrina e a jurisprudência estrangeiras, James Marins²¹⁶ cria uma segunda classificação para os defeitos: I- *defeitos de criação* (projeto e fórmula); II- *defeitos de produção* (fabricação, construção, montagem, manipulação, acondicionamento) e III- *defeitos de informação* (publicidade, apresentação, informação insuficiente ou inadequada), sendo estes os únicos juridicamente relevantes e aptos a ensejar responsabilidade para o fornecedor.

O autor ainda sustenta que com a distinção dos defeitos do produto é possível chegar a um critério legal de distribuição dos riscos, tornando o sistema protetivo do CDC eficaz e harmônico, além de não sobrecarregar injustamente o fornecedor. Para ele, o artigo 12, §1º, incisos II e III do CDC (*o uso e os riscos que razoavelmente dele se espera e a época em que foi colocado em circulação*), indica que o consumidor tem direito à proteção contra os riscos provocados por produtos considerados perigosos e, por outro lado, o fornecedor tem a obrigação de lançar no mercado somente produtos seguros (segurança legitimamente esperada).

Com efeito, o fornecedor está autorizado a inserir no mercado produtos que não sabia nem deveria saber ser perigosos, valendo-se do grau de conhecimento científico da época da introdução deste produto no mercado.²¹⁷ Portanto, na eventualidade de um fornecedor lançar um produto com defeito de criação, produção e informação (defeitos juridicamente relevantes), a posterior descoberta da nocividade e insegurança deste produto após a sua introdução no mercado (riscos de desenvolvimento – defeito juridicamente irrelevante) não está apta a lhe imputar responsabilidade.

James Marins acredita não ser legítima a expectativa do consumidor por uma segurança que não é alcançada nem mesmo pelo grau de conhecimento científico existente na época em que o produto foi introduzido no mercado.²¹⁸

²¹⁶ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. v. 5., p. 32

²¹⁷ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. v. 5., p. 33

²¹⁸ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. v. 5., p. 33

Tal como dito acima, pela técnica e precisão com que foi desenvolvida, esta teoria desperta interesse e aguça o sentimento de justiça, na questão da distribuição da carga econômica, mas outros aspectos, analisados também com precisão e técnica jurídicas, levam à conclusão contrária, conforme adiante se argumentará.

Todavia, o fato de o fornecedor ter esgotado todos os meios de pesquisa e estudos ou usado todo o conhecimento científico que dispunha na época da introdução do produto no mercado, não autoriza a transferência de riscos para a sociedade, para o consumidor. Ao se considerar que toda atividade traz riscos e que os benefícios (de ordem econômica) de um produto posto no mercado são auferidos somente pelo fornecedor, nada mais justo que percalços encontrados no caminho (riscos de desenvolvimento) sejam assumidos exatamente por ele e não por aquele que sempre pagou o preço cobrado por quem o produziu.

Imagine-se que a um paciente com um grave câncer fosse disponibilizado por determinada indústria farmacêutica um remédio recém-introduzido no mercado, com a promessa (expressa em bula) de curá-lo do câncer. O produto é caro e o paciente, em busca da salvação da própria vida, submete-se ao preço e passa a adquirir e usar tal produto.

A primeira indagação que exsurge desta situação é a seguinte: será ilegítima a expectativa do consumidor-paciente de que aquele medicamento – com abandono de outros – irá lhe curar a enfermidade, conforme prometido pelo fornecedor na respectiva bula? A resposta, obviamente, é negativa. Passa-se o tempo, a doença do paciente regride, mas os efeitos esperados pelo remédio são surpreendentes, pois muito embora esteja livre do câncer, desenvolveu cegueira, como um dos efeitos colaterais do remédio que comprou (pagou) e ingeriu durante anos.

Na hipótese de ser chamado o fabricante para se explicar, alega que de acordo com os conhecimentos científicos da época não poderia prever tal efeito colateral (cegueira), que pôde ser constatado unicamente em razão do desenvolvimento da pesquisa e da ciência.

Nova indagação surge: quem pagará esta conta? O consumidor, que se curou do câncer, mas ficou cego? O consumidor que pagou caro pelo medicamento e todas as vezes que o adquiria o fazia na legítima expectativa de que, em contraprestação aos altos custos do remédio, estava adquirindo um medicamento seguro? Por acaso imaginava o consumidor, das inúmeras vezes que adquiriu o medicamento, que se curaria do câncer, mas os efeitos colaterais o deixariam cego? O fato é que, ante o desconhecimento deste risco, por certo, a segurança que este paciente tinha em relação ao remédio era legítima.

Por fim, verificado o dano, no caso a cegueira do consumidor, unicamente em razão do uso do medicamento por período prolongado e ante a justificativa do fornecedor de que à época não dispunha de conhecimentos científicos suficientes acerca do efeito colateral, a conta seria então apresentada para o consumidor sob o argumento de que os riscos de desenvolvimento isentam o fornecedor e transferem para ele –consumidor - todo este ônus.

Em rigor, não se diga que a injustiça desta solução decorre de sentimentos de piedade e solidariedade para com o consumidor, pois muito antes de ser um critério de distribuição dos riscos injusto, é desequilibrado sob o ponto de vista econômico.

Dúvidas não restam de que é muito mais lógico imputar ao fornecedor esta responsabilidade, por ter ele auferido lucros durante anos com a comercialização deste produto, para um número indeterminado de consumidores, lucros estes que – seja por meios próprios ou socorrendo-se a seguros – devem fazer frente a estes riscos, riscos de desenvolvimento, os quais são ínsitos a sua atividade.

Em rigor, não se trata de investigar a culpa ou não do fornecedor no momento em que introduziu o produto no mercado. Também não se trata de obrigá-lo a provar que se valeu de todo o conhecimento que dispunha a comunidade científica mundial, mas sim da premissa de que deve o fornecedor assumir os riscos de sua atividade e que quanto mais ousado e inovador forem os seus produtos (que certamente repercutirão no preço), maiores serão os riscos que terá de assumir.

As três hipóteses do artigo 12, § 1º, do CDC não contemplam os riscos de desenvolvimento como excludente de responsabilidade, apenas assentam a ideia de que determinados produtos perigosos devem ser apresentados de forma diferenciada, exatamente em razão da segurança do consumidor.

Além disso, o uso e os riscos que razoavelmente se esperam do produto quer se referir àquelas situações em que não poderá o consumidor ignorar, por exemplo, que o manuseio de fogos de artifício é perigoso e acidentes porventura advindos do seu uso são esperados.

Com a declaração “quanto à época em que foi colocado em circulação o produto”, não se quer referir ao estado da arte e da ciência daquele período, mas sim das exigências legais de segurança existentes no momento em que o produto foi introduzido no mercado, podendo ser citado como exemplo o caso das indústrias de tabaco, que a partir de determinado momento passaram a ser obrigadas a alertar (advertir), no próprio produto (cartelas de cigarro), os malefícios do seu uso, por determinação do Ministério da Saúde.

Por último, vale ainda tecer algumas ponderações sobre o *princípio da precaução*, que está umbilicalmente ligado à segurança do consumidor e aos riscos de desenvolvimento, muito embora tenha surgido no direito ambiental.

A propósito, tanto a legislação quanto a doutrina e a jurisprudência se preocupam com esquemas protetivos que têm o condão de impedir práticas que representem sinais ou evidências de danos à saúde coletiva, sobretudo, produtos que ainda não estejam cientificamente comprovados (os danos em potenciais). É sabido que o avanço da ciência e da tecnologia, a despeito de novas descobertas, novas drogas e métodos de fabricação, não alcança a garantia necessária sobre a incolumidade do ser humano.²¹⁹

²¹⁹ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos de desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 64, 2007, p. 25-26.

No caso dos alimentos transgênicos, até hoje os cientistas não forneceram respostas seguras sobre a não-nocividade destes produtos, quando ingeridos pelo ser humano, especialmente quanto à maior retenção de resíduos de herbicidas, por exemplo.

Em tais hipóteses, consoante a “Teoria da Precaução”, havendo dúvidas sobre os efeitos nocivos que o uso/consumo de determinado pode acarretar para o ser humano, sua circulação deverá ser impedida até que a ciência possa garantir a sua inofensividade. Tal teoria não se confunde com o princípio da prevenção, conquanto é dever do Estado impor medidas preventivas para evitar que produtos e práticas que indiquem certa nocividade – sem que haja comprovação científica atestando o contrário – sejam disponibilizados no mercado. O objetivo aqui é a precaução, ou seja, evitar, a todo custo, o dano que possa advir do consumo desse tipo de produto. A prevenção, por sua vez, revela-se nas mais variadas sanções para aquele que efetivamente causa o dano. Nesse sentido, o inafastável dever de reparação tem o intuito de prevenir – inibir – a repetição da conduta.

A doutrina costuma caracterizar a *precaução* como a incerteza científica, associada à eventualidade de danos graves e irreversíveis. O princípio revela, na verdade, uma garantia contra os riscos potenciais, desconhecidos e prováveis, os quais não estão ainda ao alcance do estágio atual do conhecimento e que, por isto, não podem ser identificados. Esta ausência de certeza de inofensividade de um produto ou de uma prática exige o desenvolvimento de mais cautela e estudos suficientes, sem o que não é possível alcançar a segurança a que tem direito todo ser humano.²²⁰

Nessa linha, vale colacionar ementa de acórdão Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre riscos de desenvolvimento:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. RISCO DO

²²⁰ EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos de desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 64, 2007, p. 25-26.

DESENVOLVIMENTO. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE OU FORNECEDOR DO PRODUTO E OBJETIVA. EXCLUDENTES DO ART. 12 DEPENDEM DE PROVA A SER FEITA PELA EMPRESA E NAO PELO CONSUMIDOR. PRODUTOS PERIGOSOS, COM ACRESCIMO POSTERIOR DE MECANISMO DE SEGURANCA, NA PRESENCA DE DANO, OCASIONAM DEVER DE INDENIZAR. A DESOBEDIENCIA A REGRAS DO MANUAL DE INSTRUCOES SE COMPUTA NA MEDIDA DA INDENIZACAO PELO DANO MORAL. APELACAO PARCIALMENTE PROVIDA. (08 Fls.)²²¹

Portanto, como se vê, o fornecedor que se olvida da precaução necessária para a introdução de qualquer produto ou serviço no mercado, não raro motivado pelos lucros que irá auferir, assume a responsabilidade pelos danos provocados aos consumidores, bem como de todos os riscos envolvidos, inclusive os de desenvolvimento da sua atividade.

²²¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70000228684, Nona Câmara Cível, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, 01/12/1999. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2009.

8 CONCLUSÃO

De início cabe mencionar, consoante a trajetória percorrida na construção deste trabalho, que o estudo da responsabilidade civil está vinculado à compreensão da evolução econômica, social e política de determinada sociedade.

A história tem testemunhado que, de acordo com o tempo e a sociedade em que viveram, os homens foram criando maneiras para resolver os seus problemas. Desde os primórdios da civilização o homem luta pelos seus interesses. Dos conflitos que advêm desse eterno embate, como é cediço, geram direitos para uns e prejuízos para outros.

Passo a passo, os governantes foram substituindo os seus governados na tarefa de regulação e direção dos conflitos que surgiam na sociedade, até chegar o momento em que não mais se admitia a justiça com as próprias mãos.

O elemento culpa, ora serviu de figurante, ora de protagonista no palco da responsabilidade. Nesse cenário, o Direito avançou e recuou todas as vezes que detectou injustiças na solução dos problemas com base na culpa.

A responsabilidade civil nunca perdeu o caráter preventivo; sua “roupagem” foi-se adaptando às novas relações humanas, ao invento, ao progresso, às inúmeras transformações que frutificavam com o modo de produção capitalista, mudanças estas que significaram uma diversificação das engrenagens da vida em sociedade, especialmente as relações privadas, públicas, trabalhistas, fiscais e, em época mais recente, as consumeristas.

A sociedade de massa transformou-se em uma sociedade de consumo. Os negócios jurídicos ganharam contornos próprios, diferentes. Os contratantes passaram a ocupar patamar jurídico inédito e, logo, o Direito obrigou-se a admitir que o regime tradicional da responsabilidade já não mais socorria este novo mundo, nada tradicional.

Diante desse ineditismo das relações negociais, dos novos conflitos e interesses, acentuou-se o desequilíbrio entre as partes e o sistema de responsabilidade que se tinha em mãos já não se prestava para a tarefa de recuperar o equilíbrio.

A responsabilidade civil foi adquirindo um regime especial na mesma proporção em que as relações foram se tornando especiais e a redução das hipóteses de exoneração desta responsabilidade foi o grande traço desta adaptação.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor ingressou na ordem jurídica brasileira como principal ferramenta para se operar a igualdade dos homens e a proteção do consumidor com previsão constitucional.

O direito material dos consumidores, aquele previsto pelos legisladores constituintes, de nada valeria sem a disciplina do diploma legal consumerista, que já nasceu com o intento, claro e destemido, de proteger o consumidor e não de regular as relações de consumo, como preferem os civilistas.

Com a vigência do referido Código, as atividades negociais começaram a ser vistas sob o aspecto da proteção da pessoa humana e não simplesmente da proteção econômica do sujeito consumidor. A igualdade – pilar que compõe a base do Estado Democrático de Direito – se consubstancia na esfera do direito material e não apenas constitucional.

Para os operadores do Direito, professores, advogados, juízes, promotores de justiça que se dedicam ao estudo das questões que gravitam na esfera da proteção e defesa do consumidor, além do convite para demonstrarem coragem e sensibilidade no trato destas novas relações sociais, vem o chamado para atuarem com despreendimento das regras tradicionais e ordinárias, dos ensinamentos primeiros dos bancos da escola de Direito, da coragem para enxergar que as soluções dos séculos passados já não resolvem mais.

Assim, passa a ser permitido aos homens do Direito lançar mão de soluções mais equitativas e humanas nas infindáveis e variadas relações de consumo, na maioria delas de extrema necessidade para os consumidores.

A nova realidade mostra que as todas as relações de consumo estão reguladas pelo microsistema do Código de Defesa do Consumidor e que a estas relações devem ser aplicadas as regras e princípios (natureza principiológica) do próprio Código, sendo que o operador somente poderá se valer de outra legislação (Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil) nos momentos de invencível lacuna e desde que verificada a perfeita compatibilidade entre estas leis.

A responsabilidade objetiva, absoluta e integral do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, assim como pelos vícios, é a positivação de todos estes princípios, este esforço e luta por parte de todos os envolvidos na elaboração do aludido Código, não como o ressurgimento da lendária justiça dos pobres, mas como um critério para uma justa e equilibrada distribuição dos riscos, atenta aos fatores econômico-financeiros, ao tão desejado e necessário equilíbrio na distribuição dos prejuízos.

O caso fortuito e a força maior, excludentes de extrema importância na responsabilidade dos fatos regulados pelo Código Civil, não foram contemplados como excludentes de responsabilidade no CDC; delas dispunha a Comissão de Juristas e delas abriram mão, diferentemente do que ocorreu no Código Civil que as contemplou expressamente. As forças da tradição e o apego ao que já existe não permitem a cômoda interpretação, com todo respeito aos que se valem dela, de que é princípio geral do Direito que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior.

A vida mudou, o homem mudou, as necessidades mudaram, os fatos mudaram, a lei mudou e os princípios também mudaram. É preciso que tudo isto passe a viver em perfeita sintonia. Princípios que antes poderiam ser considerados gerais, hoje apenas ocupam capítulos de histórias que se foram, que já não mais são vistas e vividas pelo homem da sociedade contemporânea.

Os riscos de desenvolvimento, da mesma forma, contaram com a rejeição da Comissão de Juristas, os quais estão aí, vivos e com saúde para afirmar que optaram por não adotar esses riscos como excludente de responsabilidade, não permitindo sequer que se perquirira sobre a “intenção do legislador”, não existe qualquer dúvida sobre eles.

Com essas considerações, logicamente, não se pretende imaginar sequer ter amenizado as acirradas discussões em torno de tão intrincadas questões, que são de fato de difícil solução, mas todo o esforço e sistematização que se buscou na exposição do tema da evolução da responsabilidade civil, chegando-se até a responsabilidade civil nas relações de consumo, já terá valido a pena se ao menos logrou plantar dúvida, por menor que seja, no acerto da responsabilidade objetiva, integral e absoluta do fornecedor de produtos e serviços como uma das maneiras, entre as várias contempladas no Código de Defesa do Consumidor, de se transportar a igualdade dos contratantes das relações de consumo, do plano formal para o material.

O Código de Defesa do Consumidor, por meio dos seus cento e dezenove artigos, sistematicamente desenvolvidos, está aí para solucionar e reequilibrar as relações de consumo, proporcionando o consumo seguro para aqueles que precisam, não desdenhando as vantagens e lucros que certamente têm os fornecedores.

O legislador consumerista, por certo, não teve a intenção de criar um instrumento para suscitar discórdias, redistribuir riquezas ou “punir” os ricos em favor dos pobres por meio das suas várias regras protetivas. Ao contrário, o microsistema introduzido por ele tem o claro objetivo de pacificar, dignificar e incrementar as relações entre consumidores e fornecedores, inclusive pelo sistema de responsabilidade (absoluta e objetiva) que contempla.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, p. 20-27, 1995.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 15, p. 132-150, 1995.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, p. 100-123, 1992.

ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Desafios do consumo*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

ARAUJO, Nadia. A responsabilidade civil no transporte aéreo – direito brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 318, p. 129-135, 1992.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 698, p. 06-11, 1993.

_____. Jurisprudência não pode criar responsabilidade objetiva, só a lei. Análise das Súmulas 341, 489 e 492, do Supremo Tribunal Federal e 132 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 743, p. 109-123, 1997.

BDJUR. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
<<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8767>>. Acesso em: 12 mar. 2009.

BECK Ulrich. *La sociedad dês riesgo*. Hacia uma nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, p. 42-55, 1995.

_____. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 9, p. 69-91, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil e acidentes de consumo no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, vol. 33, p. 16-34, dezembro de 1990.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991.

BERTOLDI, Marcelo Marco. Responsabilidade contratual do fornecedor pelo vício do produto ou serviço. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 10, p. 126-143, 1994.

BOAVENTURA, Marcelo Fonseca. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista do Direito Privado*. São Paulo, vol. 9, p. 157-182, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 300.190-RJ – 4ª Turma. Relator. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 24.4.91. DJU 18.03.02. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 330.523. Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 11.12.2001. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 841090/DF. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 24.10.2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 fev. 2009.

BULGARELLI, Waldirio. A tutela do consumidor na jurisprudência brasileira e de “lege ferenda”. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, n. 49, p. 40-55, 1983.

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

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].

CASSETARIA, Alvaro Augusto *et al.* *Grandes temas da atualidade*. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados. Jornada de Direito Civil. 11 set. 2002. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm>. Acesso em: 12.mar.09.

COELHO, Francisco Manoel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1955.

COELHO, Fábio Ulhôa. *O empresário e os direitos do consumidor*.

COMPARATO, Fabio Konder. Proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 80, p. 185-196, 1986.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

DENARI, Zelmo. Responsabilidade civil do fornecedor. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 33, p. 63-68, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 7.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos de desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 64, p. 9-42, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Responsabilidade civil objetiva no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 101-127, 1994.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, p. 33-41, 1995.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (coords.). *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HADDAD, Marcelo Mansur. Os vícios de produto nos contratos de compra e venda internacional: uma análise de direito comparado. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 23 e 24, p. 164-186.

HEERDT, Paulo. Os contratos de adesão no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, p. 76-97, 1993.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Do direito das obrigações. Artigos 863-927 pelo Desembargador Tito Fulgencio. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1928.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.

LEME, Lino de Moraes. *Da responsabilidade civil fora do contrato*. São Paulo: Saraiva, 1927.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

_____. O vício do produto e a exoneração da responsabilidade. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 5, p. 89-131.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Responsabilidade por vício nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 14, p. 33-40, 1995.

_____. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Biblioteca do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LOPOVTSKY, Giles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo*. São Paulo. Companhia das Letras, 2007.

LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor: aspectos práticos, perguntas e respostas*. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet*. Aspectos jurídicos relevantes. Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa dos Consumidores de Internet. Cap. 2. São Paulo

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARÇAL, Sergio Pinheiro. Código de Defesa do Consumidor: definições, princípios e o tratamento da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, p. 98-108, 1993.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. 5. São Paulo: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Biblioteca do Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, v. 5, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 28, n. 111, p. 277-294, 1991.

_____. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol 3, p. 155-197, 1992.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS. Plínio Lacerda. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 690, p. 287-291, 1993.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

McCRACKEN, Grant. *Cultura e Consumo*. Novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. *Da culpa e do risco*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. T. LIII.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das Obrigações, 2ª parte. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 22, p. 135-149, 1997.

MUKAI, Toshio; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos; COELHO, Fabio Ulhoa. Comentários do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Código Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3, p. 44-77, 1992.

_____. *Leis Civis Comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Aspectos da Responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 33, p. 76-79, dezembro de 1990.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes. In: Fux, Luiz; Nery Jr, Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2006, p. 422-430

NUNES, Luiz Antônio Rizatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense n. 56.

_____. *Manual da monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

PAROLIN, Marcos Cesar Pavani. *Responsabilidade civil na produção da prova*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

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

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *AJURIS*, Rio Grande do Sul, vol. 156 a 161, p. 147-158, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. III.

_____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. Generalidades sobre a responsabilidade civil do fabricante. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 654, p. 52-56, 1990.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos et al. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 26.

PONTES DE MIRANDA; CAVALCANTI, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. T. XXIII.

PÜSCHEL, Flavia Portella. *A responsabilidade por fato do produto no CDC, Acidentes de Consumo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Biblioteca do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 11.

_____. Da responsabilidade por vício do produto e do serviço - Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 7, p. 141-181, 1993.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 34.607/2003. 10ª Câmara Cível. Relator Des. Sylvio Capanema de Souza. Julgado em 02.3.2004. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Alçada. Apelação Cível 640/91. 6ª Câmara. Relator Sergio Cavaliere Filho. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Alçada. AC 7747/93. Reg. 3759. Cód. 93.001.17747. 5ª C. Relator Juiz Bernardino Machado Leituga. Julgado em 18.08.93. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Trinal de Justiça. Apelação Cível Nº 70000228684, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, 01/12/1999. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso dia 17.3.09).

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 4.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Responsabilidade Civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

RUSSO JUNIOR, Rômulo. *Responsabilidade pré-contratual*. Salvador: Podivm, 2006. v. II.

SÃO PAULO. Colégio Recursas dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo. Recurso nº 9 851 - Voto 1.046. Relator Carlos Von A damek. Juizado Especial Cível de Osvaldo Cruz. Julgado em 19.12.2008. Disponível em <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº. 402.448-4/0. Relator Enio Santarelli Zuliani. Julgado em. 20/10/2005. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 7.257.399-6, Comarca de Araçatuba/SP, 12ª Cam. Direito Privado. Relator Des. José Reinaldo. Julgado em 17/12/2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação s/ revisão 1.127.950-01/SP. 29ª Câm. Dir. Priv. Relator Ferraz Felizardo. Julgado em 17/12/2008. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

SÉLLOS, Viviane Coelho de. Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 11, p. 128-143, 1994.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Código do Consumidor. Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 666, p. 35-47, 1991.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato*. São Paulo: LTr, 1998.

SOUZA, James J. Marins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 6, p. 118-133, 1993.

_____. *A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço*. JB. Paraná, n. 166, p. 55-68, 1992.

SOUZA, José Franklin. *Responsabilidade civil*. Causas de exclusão. Leme: Mizuno, 2006.

STIGLITZ, Rubén S. Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, p. 5-77, 1995.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THE EUROPEAN UNION ON-LINE. Disponível em: <<http://europa.eu.int>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

VAL, Olga Maria do. Responsabilidade por vícios do produto e do serviço: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Brasilcon. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 13, p. 61-76, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. Responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 4.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)