

# O DEVER DE CUIDADO E A RESPONSABILIDADE POR DEFEITOS

---

## *THE DUTY OF CARE AND THE LIABILITY FOR DEFECTIVE PRODUCTS*

**FLAVIANA RANPAZZO SOARES**

Mestre e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Advogada. frampazzo@hotmail.com

Recebido em: 16.08.2016  
Aprovado em: 19.01.2017

**ÁREA DO DIREITO:** Consumidor

**RESUMO:** No âmbito das relações de consumo, e, especificamente, nos danos por defeitos provenientes de acidente de consumo, é necessário investigar qual é a gênese da proteção jurídica concedida ao consumidor. Admite-se a hipótese de que essa origem seja o dever de cuidado, cuja aplicação pode ser muito útil, sobretudo naqueles casos em que há divergência doutrinária ou jurisprudencial, tal como ocorre na responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento. Dessa forma, este artigo aborda o conteúdo e a extensão da expressão "defeito", tendo como base a premissa de que a responsabilidade estabelecida (baseada em um dever de cuidado) tem como objetivo a proteção da pessoa do consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do consumidor – Responsabilidade por acidente de consumo – Dever de cuidado – Produto defeituoso – Dano.

**ABSTRACT:** In the context of consumer relations, and specifically in terms of damage caused by defective products due to their accidental use, it is necessary to investigate the basis of the juridical consumer protection. It is assumed that such origin is the duty of care, whose enforcement can be very useful, particularly in those cases in which there is jurisprudential or doctrinal divergence, as it is the case in liability for development risks. Thus, this paper discusses the content and the scope of the term "defective", based on the premise that the goal of the established responsibility (based on duty of care) is consumer protection.

**KEYWORDS:** Consumer law – Product liability – Duty of care – Defective product – Damage.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Paradigmas e premissas que formam o broquel de proteção ao consumidor. 3. Do conteúdo jurídico da expressão "defeito" e sua ligação com o dever de "segurança", no âmbito do direito do consumidor. 4. Do dever de segurança em relação a um comportamento admissível. 5. Alguns exemplos de violação do dever de cuidado. 5.1. Automóveis. 5.2. Alimentos. 5.3. Medicamentos. 5.4. Outras hipóteses que exigem cuidados. 6. Os acidentes de consumo. 7. Conclusões. 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Embora seja relativamente recente a específica proteção jurídica concedida aos consumidores, por meio de microssistemas legislativos, notadamente pela Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor brasileiro – CDC), é certo que o sistema normativo do direito do consumidor é a representação da superação de alguns antigos paradigmas da tradicional responsabilidade civil e do direito dos contratos, sendo um dos grandes avanços do CDC o reconhecimento do ocaso da culpa, com a previsão da regra de responsabilidade objetiva do fornecedor, por vícios ou defeitos nos produtos ou serviços.<sup>1</sup>

O *objetivo* deste artigo é o de buscar a gênese da responsabilidade por defeitos no CDC, cuja *hipótese* é a de que ela esteja no denominado “dever de cuidado”.

O artigo apresentado trata dessa gênese, das feições e aplicações do dever de cuidado, pois o seu adequado uso é essencial para que sejam atingidos os objetivos constitucionais ligados à tutela do consumidor.

Para atender esse propósito, utiliza-se o *método* da pesquisa bibliográfico-documental, tendo como objetivo uma pesquisa exploratória, cuja natureza é essencialmente teórica, mas com repercussão prática, fazendo-se uso dos principais referenciais legislativos e teóricos a respeito do tema.

## 2. PARADIGMAS E PREMISSAS QUE FORMAM O BROQUEL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Trazendo a hipótese deste estudo ao universo jurídico e, sobretudo, às relações de consumo, tem-se que o dever de cuidado permeia a atividade do fornecedor, desde a criação de um produto ou na concepção de um serviço até que eles cumpram as suas funções, porque o cumprimento de uma *função* é a *causa* do seu fornecimento, que surge em razão de uma *necessidade*.

Conforme destacado na introdução, é fundamental estudar qual é a base jurídica da proteção estabelecida no CDC quando esse diploma trata da responsabilidade por defeitos.

Isso é possível de ser alcançado através do exame dos *valores e dos princípios jurídicos*.

---

1. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 180-181; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

Mesmo que se admita a fluidez que é ínsita ao vocábulo *valor*,<sup>2</sup> há um espaço, nessa acepção, para construção teórica e prática.

Sabe-se que normas jurídicas consagram valores, sendo certo que tais normas possuem a função de formalizar e tornar pública sua missão, que, em última análise, é a de servir como elementos de defesa de quem possa ser afetado negativamente em seus interesses relevantes, que sejam juridicamente atingidos de maneira ilegítima, ou mesmo de servir como norte para que determinados interesses sejam promovidos pelo Estado, que, por certo, deve ter sua conduta pautada considerando tais valores e por eles sendo limitado.

Por conseguinte, tem-se um determinado *estado de coisas*, no qual o Estado tem uma função de promoção da defesa do consumidor estatuída constitucionalmente (art. 5º, inciso XXXII).

A defesa do consumidor considera o fato de que a vida é um valor – um “vetor do real” cognoscível e previamente idealizado, uma entidade constitucional por natureza<sup>3</sup> –, e a defesa do consumidor é um princípio, radicado no plano deontológico, instituído como dever preliminar finalístico, dependente das possibilidades fáticas e normativas e aplicáveis em diferentes graus, pois deve considerar o estado de coisas a ser promovido em correlação aos efeitos, quanto às condutas que devem ser praticadas no interesse dessa promoção.<sup>4</sup>

Trata-se de uma realização desejável, algo com a qual o Estado se compromete porque considera como relevante para a construção de uma sociedade digna e justa. Tanto assim é que a mesma Constituição Federal que capta valores políticos e os reveste com viés jurídico prevê que a ordem econômica deve observar o princípio de “defesa do consumidor” (art. 170, *caput* e inciso V). Com isso, surge a natural consequência do reconhecimento do princípio “defesa do consumidor” como uma norma imediatamente prospectiva, que merece realização concreta.

A intensidade (contexto e limites) desse compromisso, o valor da vida e o princípio da defesa do consumidor são o que devem ser vistos. Porém, é inquestionável que esse compromisso existe e é fundado na Constituição Federal brasileira. Para atingir esse compromisso, a defesa do consumidor se materializa através da criação

---

2. DOMINGO, Rafael. Confusionismo Jurídico, hoy. Persona y derecho. *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Pamplona, v. 30, p. 113-125, 1994. Vide especialmente as p. 118-122.

3. CUNHA, Paulo Ferreira da. Elementos para uma ética constitucional: valores políticos e virtudes de cidadania. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. São Paulo, ESDC, n. 09, jan./jun. 2007. p. 411-432. Sobre o tema, vide especialmente as p. 418-421.

4. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 18, 29 e 72.

de um sistema jurídico especial, que permite essa proteção, bem como a promoção de seus interesses jurídicos relevantes.

A defesa do consumidor pressupõe o denominado dever de cuidado, caracterizado como um *dever jurídico*, que impõe a necessidade de cuidado e de proteção reconhecida como substrato axiológico do sistema de proteção do consumidor, o qual impõe uma imediata *sujeição* do fornecedor, em uma seara em que se verifica a legítima expectativa de que esse cuidado tenha sido observado em cada produto colocado em circulação e em cada serviço oferecido, por ser necessário à proteção dos interesses legítimos do consumidor (notadamente vinculados aos seus direitos de personalidade).

O dever de cuidado é juridicamente reconhecido, no Brasil, pela escolha do valor constitucional *defesa do consumidor*, contemplando a necessidade de proteção (tutela) desse valor, beneficiando o consumidor, por ser a parte da relação de consumo que deposita *confiança* no produto ou serviço que será objeto da prestação, instituído como dever jurídico que deve permear a atividade do fornecedor.

O dever jurídico de cuidado vincula o fornecedor ao consumidor, e é estabelecido no interesse deste, impondo àquele um modo de conduta diligente. Nesse sentido, ele justifica uma possibilidade de limitação da atuação do fornecedor ou a determinação de um agir diferenciado<sup>5</sup> ou sob determinadas condições.

Esse *dever jurídico*, além de ser uma legítima expectativa, fundamenta a faculdade que o consumidor tem de postular a sua efetiva observância, seja extrajudicialmente, ao denunciar ou postular investigação por parte dos órgãos de proteção do consumidor, ao conduzir-se no sentido de evitar um dano, de mitigá-lo ou, caso tenha ocorrido, de tentar obter uma indenização; seja judicialmente, ao iniciar um processo.

Isso indica que esse dever jurídico se manifesta em duas dimensões: o fornecedor, em razão do dever de cuidado, tem o dever jurídico de colocar em circulação produtos ou oferecer serviços adequados e que não causem danos juridicamente injustificados ao consumidor,<sup>6</sup> e o consumidor tem a faculdade de agir, caso esse dever não seja atendido.

---

5. Obrigação tem um mais sentido estrito e específico (um elemento passivo de uma relação jurídica), ao passo que os deveres jurídicos possuem uma amplitude maior. Sobre o tema, vide o clássico TUHR, Andreas Von. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1934. t. 1. p. 5.

6. Nos tópicos seguintes, será explicitada a abrangência dessa “inadmissibilidade” por falta de justificação jurídica. Não se desconhecem, porém, as críticas à utilização da “legítima expectativa” como elemento a considerar na designação de um defeito (vide, por todos, CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 137), mas entende-se que é possível preenchê-la de conteúdo jurídico aceitável em um caso concreto.

O dever de cuidado é ínsito ao dever de ação com boa-fé, e pode ser visto nas regras que preveem ser direito básico do consumidor a proteção da sua vida, segurança e saúde, além do direito à prevenção e reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais (art. 6º, I e VI, e art. 8º do CDC), sendo certo que a prevenção é manifestação de cuidado prévio quanto à segurança e qualidade do produto ou serviço, e o direito à informação é essencial ao exercício de uma escolha consciente por parte do consumidor.

O princípio da boa-fé foi erigido a um dos princípios fundamentais das relações de consumo, segundo o art. 4º, III, do CDC, o qual representa a necessidade de condução dos atos das pessoas, segundo padrões éticos de comportamento que contemplam a conduta honesta, leal e proba, elementos cooperativos que devem incidir em todo *processo* contratual.<sup>7</sup>

A boa-fé atua como fonte de deveres de conduta, princípio limitador do exercício de direitos subjetivos, além de servir como princípio interpretativo,<sup>8</sup> determinando que o fornecedor garanta a segurança dos produtos ou serviços postos em circulação, preservando a incolumidade da saúde e do patrimônio do consumidor.

O dever de cuidado está numa relação direta com o princípio da boa-fé, com o princípio da confiança, e com a máxima *neminem laedere*, arrematado pela dignidade humana.<sup>9</sup>

---

7. Notadamente no adimplemento, como resultado desejável dos negócios jurídicos. Sobre o tema, vide SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 37.

Seja pela noção de obrigação como processo, seja pelo reconhecimento de deveres de conduta laterais, surge a necessária conduta de modo a não causar danos ou desequilibrar prestações (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 604-607).

8. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 180.

9. A dignidade é um valor intrínseco e próprio, atribuído ao ser humano, que ao mesmo tempo une e iguala as pessoas (pois todas têm um núcleo comum) e as difere, pois a dignidade serve para assegurar a preservação das diferenças que tornam cada ser único e especial e que são necessárias para o próprio desenvolvimento sadio da sociedade. A dignidade inter-vém para evitar que tais diferenças possam servir para inferiorizar uns frente aos outros. A respeito do tema, vide Borella, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (Org.) *Ethique, droit et dignité de la personne*. Paris: Economica, 1999. p. 38; SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 110-11; LÓPEZ, Pablo López. La persona humana como mínimo e máximo. In: MURILLO, Ildefonso (Org.). *Filosofía práctica y persona humana*. Madrid: Diálogo filosófico, 2004. p. 501-512. Especialmente na p. 510.

De acordo com o que foi visto neste item, o dever de cuidado é um fundamento de promoção e base de sustentação da proteção devida ao consumidor, nas relações de consumo.<sup>10</sup>

Então, a partir do que foi abordado, é possível afirmar que o dever de cuidado é um dever jurídico, que deve atuar como um ponto de partida (base fundante) e, também, como ponto de chegada (objetivo a ser alcançado) no direito do consumidor.

Seguindo-se nesse percurso, é necessário estabelecer o conceito de “defeito”, classificando-o como uma violação desse dever de cuidado, para, a partir disso, traçar as consequências jurídicas dessa admissão, na esfera da responsabilidade do fornecedor, o que é objeto do próximo tópico.

### 3. DO CONTEÚDO JURÍDICO DA EXPRESSÃO “DEFEITO” E SUA LIGAÇÃO COM O DEVER DE “SEGURANÇA”, NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Estabelecidas as premissas sobre as quais se assentam tanto a proteção ao consumidor quanto ao dever de cuidado que se deve ter ao fornecer produtos e serviços, é necessário estabelecer o conceito de produto ou serviço defeituoso.

No fornecimento de produtos ou serviços, a responsabilidade pode ser sinteticamente caracterizada por *vício*, que ocorre quando há disparidade informativa, na qualidade ou quantidade, que torna o produto ou serviço impróprio, inadequado, ou que lhe diminua o valor, ou seja, a tutela atinge a adequação do produto ou serviço ao fim a que se destina; ou por *defeito*, que é o problema que coloca em risco a segurança da pessoa. Vale dizer, a tutela jurídica está relacionada ao amparo (segurança) dos interesses patrimoniais e extrapatrimoniais do consumidor.

O segundo caso (responsabilidade do fornecedor por defeitos em produtos ou serviços) é o que interessa para este estudo, porque decorre não propriamente de vício no produto, mas do dever de cuidado que o fornecedor deve ter em relação ao consumidor.<sup>11</sup>

---

10. Isso é constatável não apenas no sistema jurídico brasileiro, sendo também o elemento que permeia o direito de danos no sistema do *common law*, onde o *duty of care* é estudado com mais profundidade e aplicado a partir de critérios claros, estabelecidos por precedentes, sendo empregado notadamente em ações de natureza indenizatória que tratam de relações de consumo e na responsabilidade culposa. É um meio de limitação da conduta do fornecedor, que considera a previsibilidade do dano, sua razoabilidade e justiça, sendo que *Donoghue v. Stevenson* e *Caparo Industries v. Dickman* são os principais precedentes a respeito do tema. BERMINGHAM, Vera; BRENNAN, Carol. *Tort Law Directions*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 50.

11. SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 294.

Não há dissenso quanto à consideração do defeito do produto ou serviço como sendo aquele que deixa de oferecer a *segurança que dele legitimamente se espera*, sendo essa expressão utilizada na Diretiva da União Europeia 85/374/CEE, em seu art. 6º,<sup>12</sup> e que é essencialmente reproduzida nas legislações de diversos países.

Ainda que a responsabilidade do fornecedor seja objetiva, o dever de cuidado impõe um grau de zelo maior, sobretudo nas hipóteses de consumidores hipervulneráveis e na construção do que se entende por segurança legitimamente esperada, como se demonstrará.

Assim, o primeiro questionamento a ser feito é se existe um dever de segurança do fornecedor para um caso concreto, a seguir, determinar qual seria o padrão de conduta admissível e, por fim, confrontar esse padrão considerado como recomendável com a conduta praticada, para avaliar se o produto é considerado defeituoso, pela falta do dever de segurança que legitimamente se esperava de um produto ou serviço.

A experiência indica que não há uma situação de segurança absoluta para produtos e serviços, ao mesmo tempo em que a legislação também não indica precisamente quais são os elementos concretos que caracterizem um defeito. Essa última afirmação descortina uma atuação proposital do legislador, que optou por estabelecer um *conceito jurídico indeterminado*, que confere certo grau de fluidez na atividade de construção de seu conteúdo, conforme as circunstâncias do caso concreto e o sistema jurídico vigente.

Não obstante o conceito jurídico indeterminado, a própria legislação auxilia na atribuição de conteúdo ao conceito, ao determinar que a apresentação, o uso e os riscos razoavelmente esperados do produto ou serviço, ou mesmo a época em que foram colocados em circulação, são elementos que devem ser considerados na análise do caso concreto.

A época em que o produto ou serviço foi posto em circulação deve ser avaliada sempre que se está diante de um caso de possível defeito. Não é possível exigir do fornecedor um padrão de segurança, ou a aplicação de uma tecnologia, de um procedimento, de um material, de uma técnica etc. inexistente ou inexigível ao tempo em que esse produto ou serviço foi introduzido no mercado.<sup>13</sup>

---

12. ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 1995. p. 244.

13. Os denominados “riscos de desenvolvimento” compõem importante questão na responsabilidade por acidentes de consumo. Trata-se de assunto polêmico, pois há divergência doutrinária a respeito desse risco como causa excludente da responsabilidade do fornecedor. Por isso, esse ponto será brevemente referido na parte deste artigo que trata dos medicamentos, mas merece estudo apartado e mais aprofundado, que este trabalho não comporta.

Quanto à “apresentação”, esta abrange o *layout* do produto ou serviço, seu formato, a publicidade a ele relacionada, suas instruções (rótulos, bulas, advertências etc.), ou seja, a apresentação diz respeito aos aspectos externos do produto ou serviço, que devem ser completos, precisos e claros e inteligíveis por parte do destinatário.

O uso previsível e os riscos razoavelmente esperados do produto ou serviço, por sua vez, tratam do seu aproveitamento normal, ou seja, de servir-se do que está à disposição do consumidor da forma regular, da sua utilização de acordo com o que é usual.

Dentro desse contexto de uso em moldes usualmente aceitos, está o dever do fornecedor de antever condutas dos consumidores que sejam comuns (previsíveis), como, por exemplo, que produtos infantis sejam colocados na boca pelas crianças. Nesse aspecto, o dever de cuidado incide como objetivo a ser alcançado e como meio utilizado para determinar a conduta aceitável do fornecedor quanto ao produto ou serviço oferecido.

O dever de cuidado imposto ao fornecedor determina, por exemplo, que ele faça brinquedos em que os materiais nele empregados não sejam tóxicos ou perigosos (interna ou externamente) e que possam ser colocados na boca sem machucar ou causar intoxicação.

O dever de cuidado não se restringe ao produto em si. Ele também influencia o direito de informação do consumidor.

Nos produtos dirigidos ao público infantil, fica muito evidente esse dever. Toda propaganda de produtos infantis deve ser feita com cautela, pois a criança é um ser em formação (física e psíquica), cujo discernimento está em maturação, e, por inexperiência e vulnerabilidade agravada, tem a propensão de acreditar que aquilo que é visto ou ouvido é crível, não sendo admissível uma propaganda sobre algo que não se pode alcançar ou que possa levar a um entendimento de qualquer maneira distorcido ou perigoso por parte do público alvo da propaganda (ou seja: o paradigma para análise da correção ou incorreção da propaganda veiculada é aquele do resultado de um entendimento infantil, sob uma ótica de avaliação muito criteriosa).<sup>14</sup>

O dever de cuidado também determina, por exemplo, que um fabricante de produtos de limpeza de lentes de contato industrialize um produto que não agrida os

---

14. Sobre o aspecto normativo da propaganda de produtos infantis, vide o art. 37, § 2º, do CDC, bem como as limitações impostas através da Resolução n. 163/2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Sob a ótica doutrinária, veja-se: BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Os efeitos da publicidade na vulnerabilidade agravada: como proteger as crianças consumidoras? *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, v. 90, p. 69-90. nov./dez. 2013.

olhos do consumidor, pois é possível (“legitimamente esperado”) que o consumidor use esse produto diretamente nos olhos, tanto quanto possa utilizá-lo no asseio das suas lentes de contato.

Por isso que, em muitos casos, a utilização aparentemente incorreta (“criança colocar o brinquedo na boca”) enseja a responsabilidade do fornecedor por defeito no produto ou no serviço, porquanto a conduta, a despeito de não ser a mais “correta”, era legitimamente esperada.

Assim como é legitimamente esperada a confiança que o consumidor deposita no fornecedor, no sentido de que produtos ou serviços que estejam à sua disposição tenham um padrão mínimo de qualidade e que sejam seguros.

#### 4. DO DEVER DE SEGURANÇA EM RELAÇÃO A UM COMPORTAMENTO ADMISSÍVEL

A exigência de segurança ao consumidor é analisada considerando um comportamento admissível, por ser razoável, que pode ser verificado concreta ou abstratamente. Na primeira hipótese, é fixado com base na conduta do fornecedor e na conjuntura do evento. Na segunda, é verificado de acordo com um comportamento médio aceitável, determinado *a priori*.<sup>15</sup>

Não se desconhecem as críticas que são feitas aos critérios que buscam um modelo abstrato de comportamento<sup>16</sup> e que esse modelo oculte as próprias premissas singulares do julgador. Todavia, não se chegou, até hoje, na doutrina, a outro critério melhor e isento de críticas, pois a subjetividade é inerente aos próprios termos “defeito” e “segurança”, como conceitos jurídicos indeterminados.

E é justamente porque a pessoa humana é falível, que é possível a realização de um raciocínio no sentido de estabelecer qual seria o comportamento admissível para alguém que não tivesse falhado. Isso, no entanto, não elimina a possibilidade de se estabelecer, considerando-se as circunstâncias concretas, qual seria o modo de proceder adequado tendo em conta determinado suporte fático.

Assim, revela-se admissível a utilização de um método que se utilize de um modelo de conduta concebido abstratamente como exigível, ou mesmo o uso de um modelo intermediário, que considere a conjuntura concreta do caso em análise.

Esse método pode ser utilizado, no direito do consumidor, quando trata da responsabilidade por defeito, ainda quando presente hipótese de responsabilidade

---

15. À semelhança do raciocínio aplicado na aferição da culpa na responsabilidade civil, quando estudada a ideia de culpa *in concreto* e *in abstracto*. Sobre o tema, vide LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 61-63.

16. Constante, por exemplo, em SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile em droit français*. T. I. Paris: LGDJ, 1951. p. 7.

objetiva, pois o raciocínio se aplicará não propriamente sobre o erro ou acerto na conduta do fornecedor (“culpa”), mas se, em determinado caso concreto, o produto ou serviço resulta de um histórico de admissível cuidado com o consumidor, ou seja, se determinado caso é possível de ser caracterizado como hipótese de defeito ou não.

De toda forma, a experiência prática indica que o juízo crítico a respeito da classificação do produto ou serviço como defeituoso é realizado posteriormente à ocorrência do dano, através da comparação entre o resultado real do produto ou serviço e aquele que, segundo a diligência, seria o legitimamente esperado para o caso.

Todavia, quando se trata de um dever de segurança que exige que um produto ou serviço oferecido a um consumidor não lhe cause danos inadmissíveis ou inesperados, é aceitável que um padrão médio de cautela exigível seja rigoroso, no mínimo aquele que um profissional prudente, da mesma especialidade, empregaria em caso semelhante.

Assim é o raciocínio que se faz, por exemplo, na atividade de um médico no atendimento eletivo de um paciente (caso em que a responsabilidade é subjetiva). Ele deve fazer uso das técnicas mais adequadas disponíveis no momento para atender ao paciente, bem como deve prescrever o tratamento ideal, considerando o quadro clínico do paciente e solicitar os exames necessários para um correto diagnóstico. Fundamental é que o médico informe ao paciente quais são as opções de tratamento, com seus prós e contras, para que o paciente escolha a que mais lhe convém.<sup>17</sup> Caso desvie de um padrão de conduta aceitável, considerando as circunstâncias do atendimento, o médico pode ser responsabilizado.<sup>18</sup>

---

17. Esse padrão de conduta exigível pode ser alterado conforme as condições de atendimento. Exemplifica o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando afirma que um anestesista pode errar por omissão “na ausência de informação à autora acerca dos riscos de fazer uma anestesia geral, em que seria necessária a intubação traqueal e, possivelmente, extração de alguns dentes, considerando as características pessoais da paciente. Isso porque tratava-se de cirurgias eletivas, em que se poderia optar pela anestesia local, fazendo-se as duas cirurgias em dias diversos, sem que a autora sofresse os riscos da intubação pela anestesia geral” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 9ª Câm. Cív., Apelação Cível 70034759696, parcialmente provida, por unanimidade, rel. Des. Marilene Bonzanini. j. 20.10.2010, DJ 28.10.2010. Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 10.06.2016).

18. Essas afirmações podem ser alteradas considerando as circunstâncias do atendimento (normal ou de emergência, em um hospital bem equipado ou dentro de uma ambulância, em atendimento feito por um clínico geral ou especialista etc.), pois não é admissível, por exemplo, que numa situação de emergência, um médico plantonista tenha tempo ou mesmo infraestrutura para dar o melhor atendimento ao paciente, oferecendo-lhe todas as informações necessárias para um consentimento informado quanto ao tratamento que está sendo executado. Vale, para tanto, um critério de razoabilidade.

No entanto, o grau de cuidado com a segurança que seria admissível de exigir do fornecedor não é absoluto: varia de acordo com as circunstâncias, mas é tanto maior quanto o risco que está envolvido no fornecimento de produtos ou serviços e o seu respectivo destinatário (por exemplo, fabricar um produto que será colocado na boca de uma criança e um produto que será utilizado na boca de um adulto).

Portanto, tanto a intensidade ou a gravidade dos danos que podem ser ocasionados em decorrência do produto ou serviço, quanto a probabilidade de que os mesmos aconteçam, determinam uma maior cautela do fornecedor em relação ao consumidor, e são aspectos que devem ser considerados na determinação do *standard* de cuidado exigível em cada caso concreto.<sup>19</sup>

Pode haver casos em que o custo para tornar seguro o produto ou serviço seja alto, e que as medidas para tanto inviabilizariam a sua circulação no mercado. Nesse caso, deve haver uma ponderação de interesses: caso o produto ou serviço seja realmente necessário, a ponto de que os possíveis problemas sejam em um percentual pequeno ou de menor gravidade em comparação com os benefícios que o mesmo traz à coletividade, que justifique a sua manutenção em circulação, mesmo sem a condição ideal de segurança para essa hipótese, o interesse do maior número de beneficiados em comparação ao de possíveis lesados justificaria o interesse da sua manutenção em circulação,<sup>20</sup> desde que fossem apresentadas as informações necessárias a uma correta escolha do consumidor. Contudo, nesses casos, a análise deve ser criteriosa e, muitas vezes, não excludente do dever de indenizar, apesar da manutenção da sua circulação no mercado.

Nos casos de produtos ou serviços que tenham uma grande periculosidade (assim considerados aqueles que causem prejuízos de grande monta ou em grande número de casos; que a periculosidade seja de difícil supressão etc.), ou nos casos em que existam no mercado produtos ou serviços similares, com menor potencial agressivo, o recomendável é que tais produtos ou serviços não sejam postos em circulação ou, caso estejam no mercado, sejam recolhidos.<sup>21</sup>

---

19. Em *Haley v. London Electricity Board* (London, 1965), uma Companhia fornecedora de eletricidade foi responsabilizada por negligência, porque a barreira que erigiu no entorno de um buraco que havia feito em uma estrada não era capaz de evitar que pessoas cegas fossem lesadas (RUSH, Jon; OTTLEY, Michael. *Business Law*. London: Thomson, 2006. p. 144).

20. Caso, por exemplo, dos medicamentos utilizados no tratamento do câncer, que podem causar sérios efeitos colaterais.

21. Benjamin expressa que, na periculosidade exagerada, “Seu potencial danoso é tamanho que o requisito da previsibilidade não consegue ser totalmente preenchido pelas informações prestadas pelos fornecedores. Por isso mesmo, não podem, em hipótese alguma – em face da imensa desproporção entre custos e benefícios sociais da sua produção e

A prática usual também é um fator a ser considerado quando se trata de definir um padrão de cuidado nas relações de consumo.

Quando um fornecedor, na sua atividade, utiliza-se de procedimentos conforme as boas práticas, que sejam usuais no segmento de mercado em que atua, é provável que esteja agindo corretamente, pois se trata de uma conduta conforme um padrão médio e razoável. Por isso que a conduta em desconformidade com as boas práticas é considerada irregular.

No entanto, se essas práticas, ainda que usuais, não forem consideradas seguras, ou que estejam fora de um padrão admissível e exigível, de cuidado quanto aos que utilizarem um produto ou serviço, elas não atendem ao dever de cuidado e devem ensejar ao fornecedor o dever de indenizar o consumidor lesado.

Ainda, em inúmeros casos de fornecimento de produtos ou serviços, há regulamentações especiais que tratam das condições em que os mesmos poderão ser postos em circulação. É o que acontece, por exemplo, no fornecimento de energia elétrica, de gás, na fabricação, distribuição, compra e venda de medicamentos. Nessas hipóteses, as regras instituídas podem ser utilizadas como meios de determinação dos deveres do fornecedor, e da classificação da sua conduta no exercício das suas atividades.<sup>22</sup>

Não se pode esquecer, na determinação do dever de diligência na proteção ao consumidor, dos casos em que “a coisa fala por si” (*res ipsa loquitur*), situação que ocorre quando, analisando-se determinado fato, verifica-se que ele não seria possível de ter ocorrido, exceto se fosse o resultado de uma falta de diligência do fornecedor. Ou seja, em condições normais, frutos de um cuidado razoável, determinado produto ou serviço não causaria um dano: o dano só ocorreu porque houve uma falha no dever de se conduzir com um cuidado razoável.

A natureza do produto também atua como elemento a ser considerado para averiguação da ocorrência de um defeito. Produto novo é diferente de produto usado;

---

comercialização – ser colocados no mercado.” (BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 161-197. Trecho extraído da p. 169).

22. “De maneira geral, para a identificação em concreto da periculosidade, alguns critérios indicativos devem ser usados, como por exemplo, o fato de a atividade ser administrativamente regulada, ou depender de autorização, ou, ainda, quando o prêmio do seguro for alto, critérios que servem de indício de sua natureza de risco. Além disso, estatísticas deverão ser utilizadas para a especificação daquelas atividades que, com maior frequência, ensejam acidentes.” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 95, v. 854, dez. 2006. p. 11-37. Trecho extraído da p. 29).

produto durável tem características diversas das de um produto perecível; produto feito para o uso doméstico é diferente do produto vendido para uso industrial.

Outro fator a ponderar é o preço do produto ou do serviço.

O consumidor não pode exigir um mesmo nível de segurança de um produto de menor preço e mais simples daquele que é mais caro e complexo.<sup>23</sup>

O desgaste causado pelo tempo e a intensidade de uso determinam uma atenuação na avaliação da ocorrência de defeito, porquanto a tendência é a de que um produto seja mais eficiente e seguro ao tempo da sua colocação em circulação, e de que o decurso dos meses e anos naturalmente comprometa o seu funcionamento, cabendo ao consumidor fazer as manutenções cabíveis e de não o utilizar quando não estiver mais em condição de segurança.

Um produto possui uma vida útil média, e esse é um parâmetro admissível na interpretação judicial de um caso concreto.<sup>24</sup>

Os produtos ou serviços potencialmente perigosos, ou prejudiciais por natureza, como as bebidas alcoólicas ou instrumentos cortantes (facas, tesouras), são insitadamente perigosos, e o consumidor deve fazer um uso moderado e cuidadoso, sem que, *a priori*, se possa falar em defeito em razão desse risco característico, que lhe é inerente, previsível e tolerável.<sup>25</sup>

---

23. É admissível que um sistema de segurança de um veículo de luxo seja superior ao de outro, mais simples, pois isso não significa que o sistema de freios dos veículos mais simples seja inseguro. Nos casos em que não houver diferença de preços, se há um nível de segurança regular que seja equivalente, o produto que não tem o mesmo nível de segurança que o produto superior não deve ser considerado como defeituoso (vide, a respeito, PARDOLESI, Roberto; BITETTO, Anna. Risultato anomalo e avvertenza generica: il difetto nelle pieghe del prodotto. *Danno e responsabilità*, Milano, IPSOA, n. 3, mar. 2008., p. 292-295. especialmente na p. 294).

24. Os critérios admissíveis relacionados à vida útil do produto foram definidos pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp 984.106/SC, no qual afirmou-se que “Cuidando-se de vício aparente, é certo que o consumidor deve exigir a reparação no prazo de noventa dias, em se tratando de produtos duráveis, iniciando a contagem a partir da entrega efetiva do bem e não fluindo o citado prazo durante a garantia contratual. Porém, conforme assevera a doutrina consumerista, o Código de Defesa do Consumidor, no § 3º do art. 26, no que concerne à disciplina do vício oculto, adotou o critério da vida útil do bem, e não o critério da garantia, podendo o fornecedor se responsabilizar pelo vício em um espaço largo de tempo, mesmo depois de expirada a garantia contratual”. (STJ, 4ª Turma, REsp 984.106/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.10.2012, negado provimento ao recurso, de forma unânime, *DJe* 20.11.2012, *RSTJ*, v. 229, p. 462. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 23.12.2016).

25. “Por isso, deve-se estabelecer uma distinção entre produtos e serviços intrinsecamente perigosos e os acidentalmente perigosos. Os produtos e serviços intrinsecamente perigosos

Isso se dá quando, além de serem naturalmente perigosos, o consumidor tenha ciência dessa periculosidade, especialmente quanto à forma de uso (portanto, há dois elementos agregados para isenção de responsabilidade do fornecedor, nessa hipótese: o primeiro é o da periculosidade ínsita, inerente, previsível e tolerável; o segundo, o da informação que deve ser dada ao consumidor, nesse sentido).

Por outro lado, o uso controlado de um medicamento que cause reações adversas é admissível, e essa possível reação adversa não pode ser considerada como defeito quando os benefícios de seu uso em um caso concreto superam os prejuízos por eventual reação. Entretanto, se o consumidor não foi devidamente alertado a esse respeito (possibilidade de reações adversas), há defeito (de informação) e conseqüente responsabilidade do fabricante.<sup>26</sup>

Ainda, com base nas observações supraexpostas, é possível extrair a seguinte classificação dos defeitos, presente na doutrina:<sup>27</sup>

a) *defeitos no projeto ou concepção*: são os erros que têm causa na fase de planejamento, que geram problemas em toda a série de produtos ou serviços realizados com base nesse erro, incluindo, mas não se limitando, a erros em fórmulas, projetos, materiais, técnicas, erros de previsões de conseqüências em situações reais de uso (por exemplo, erros na concepção de um sistema de segurança em veículos; de efeitos colaterais graves e indesejados em medicamentos; previsão de uso de matéria-prima tóxica na fabricação de um brinquedo ou mesmo da embalagem de um alimento);

b) *defeitos de execução*: são erros ocorridos em quaisquer das fases de fabricação, execução, construção, montagem, distribuição, estocagem ou comercialização, ou seja, são problemas na fase em que o projeto se torna realidade, ou no momento em que um serviço será executado, sendo erros que derivam de diversas causas, como, por exemplo, de falhas humanas, mecânicas, de componentes etc.;

---

são aqueles que apresentam um risco inerente à sua própria qualidade ou modo de funcionamento. A sua periculosidade é natural. Exemplo paradigmático é o da faca de cozinha, que, quanto mais afiada, mais útil se apresenta. Diferentemente, os produtos e serviços de periculosidade adquirida, são aqueles que se tornam perigosos em razão de um defeito de concepção técnica, de fabricação ou, até mesmo, de informação, colocando em risco a saúde e a segurança do consumidor” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140).

26. Trata-se de processo envolvendo a fabricante do medicamento Survector (cuja substância ativa é o Cloridrato de Amineptina): TJRS, 5ª Câm. Cív., Apelação Cível 70028742997, rel. Des. Leo Lima, unanimemente, deram parcial provimento ao apelo, j. 15.07.2009, DJ 23.07.2009. Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 10.06.2016.

27. Essa classificação pode não ser isenta de críticas, mas auxilia na análise da questão, conforme: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 174-178).

c) *defeitos de informação*: são falhas de esclarecimento (de insuficiência ou inadequação) quanto às características do produto ou serviço, do seu conteúdo (composição), forma de uso, e advertências quanto a riscos, perigos ou efeitos. As informações devem ser claras, precisas e inteligíveis pelo consumidor. Caso contrário, podem gerar o dever de indenizar.

Ainda há o questionamento a respeito da impossibilidade de o fornecedor saber que determinado produto poderia ter um defeito, no momento em que ele foi colocado em circulação.

Dentro desse perímetro de defeito de projeto ou concepção, está o chamado risco de desenvolvimento, isto é, a possibilidade de ocorrer algum dano ao consumidor, por falha de segurança em um produto, não detectável ou imprevisível na época em que foi colocado no mercado, em razão do nível de conhecimento científico existente e técnicas disponíveis até então.<sup>28</sup>

No Brasil, ao contrário de muitos países europeus,<sup>29</sup> os riscos do desenvolvimento devem ser absorvidos pelo fornecedor, ou seja, o consumidor, vítima de um

---

28. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit. p. 182.

No entanto, há doutrina (minoritária) exclamando que o chamado “risco do desenvolvimento” não seria considerado como “defeito” (vide, nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 244-245; STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 2007, v. 855. jan. 2007. p. 46-53). Porém, a doutrina brasileira que assim vê o tema baseia-se, em grande medida, na doutrina europeia e na Diretiva 85/374/CEE, que admitiu o risco do desenvolvimento como hipótese de exclusão da responsabilidade, aparentemente mais por razões econômicas do que por argumentos jurídicos (sobretudo nos sistemas europeus).

Porém, esse entendimento está mais relacionado ao conceito que se tem de defeito, do que por uma questão de redação do art. 14 do CDC. Ou seja, se for considerado que o defeito de concepção seria algo evitável, o risco do desenvolvimento nele não estaria abrangido. Porém, nesse estudo, não se considera o elemento “evitável” como integrante do conceito de defeito de concepção (sobre o conceito de defeito de concepção e a divergência referida, vide ALVIM, Eduardo P. Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 15. jul. 1995. p. 132-15

29. A Diretiva 85/374/CEE, de 25.07.1985 prevê, em seu art. 7º: “O produtor não é responsável nos termos da presente Diretiva, se provar: [...] e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito; [...]”. No entanto, a própria diretiva permite que cada país tenha regras próprias em relação ao tema.

Eugênio Facchini Neto (Inovação e responsabilidade civil: os riscos do desenvolvimento no direito contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovanni Agostini; LUPION, Ricardo (Org.). *Direitos fundamentais, direito privado e inovação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012. p. 95-124. A afirmação consta nas p. 100-101) afirma que nem todos países europeus acolheram

dano causado por um produto, por consequência nociva que não tenha sido conhecida ao tempo em que foi colocado no mercado, tem direito a uma indenização pelos danos sofridos.

A doutrina estabelece que essa determinação tem como base o argumento de que o fornecedor: (1) é quem tem o controle sobre a produção e, por isso, deve ter o cuidado de apresentar produtos com qualidade e segurança; (2) deve arcar com o resultado da colocação do produto em circulação, pois foi quem criou o risco de dano; (3) por seu conhecimento quanto ao produto, criação, fabricação, formulação etc., é quem tem a melhor condição de controlar a sua qualidade e segurança; (4) deve antever a possibilidade de defeito e acautelar-se quanto a isso, contratando seguro de responsabilidade civil e incorporando essa despesa ao seu custo de produção e preço de venda.<sup>30</sup>

Ademais, destaca-se que o CDC é um microsistema baseado na premissa de proteção ao consumidor, e qualquer restrição nesse sentido seria contrária a esse fundamento, aliado ao fato de que as hipóteses excludentes de responsabilidade previstas nos artigos 12, § 3º, e 14, § 3º, do CDC, não preveem os riscos de desenvolvimento como causa de exoneração da responsabilidade do fornecedor, o que mais se reforça pelo teor do art. 931 do Código Civil.<sup>31</sup>

---

irrestritamente essa diretiva, excepcionando casos de alimentos, medicamentos, de derivados de sangue, e o grau de cuidado aplicável é rigoroso para excluir o dever de indenizar. Para um percurso da aplicação prática da Diretiva Europeia, bem como sobre a aplicação da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, vide WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 2. jul./dez. 2012. p. 213-227.

30. PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 59. nov. 1993. p. 148-168. Especialmente na p. 151-152.

31. MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 291 e 292.

Sobre as teorias que tratam da responsabilidade prevista no art. 12 do CDC (responsabilidade legal sem culpa, responsabilidade objetiva propriamente dita ou responsabilidade por risco-criado), vide CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 124 e 125.

Há debate doutrinário a respeito da extensão e aplicabilidade do art. 931 do Código Civil, o qual não faz referência ao requisito “defeito” para atribuição da responsabilidade.

De toda forma, a 1ª Jornada de Direito Civil – CEJ do CJF (Brasília, set. 2002) aprovou o Enunciado 43, com o seguinte teor: “A responsabilidade civil pelo fato do produto prevista no art. 931, do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”.

Sergio Cavalieri Filho afirma que a responsabilidade estatuída pelo art. 931 do Código Civil é objetiva no defeito do produto, não podendo haver outra interpretação, sob pena de

Não obstante isso, afirma-se que o rol de excludentes previstas no art. 14, § 3º, do CDC não é exaustivo, pois o caso fortuito e a força maior também excluem a responsabilidade civil.<sup>32</sup>

No âmbito do CDC, é possível afirmar que o risco do desenvolvimento integraria um fortuito interno, e somente o fortuito externo seria capaz de excluir a responsabilidade do fornecedor.

Assim, tratando-se de riscos de desenvolvimento, os entendimentos que admitem a responsabilização do fornecedor, têm como base a premissa de que o consumidor não pode sofrer consequências lesivas decorrentes de produto que utilizou, com a confiança de que não seria contrário às justas expectativas nele depositadas.<sup>33</sup>

---

estabelecer uma impossível responsabilidade fundada no risco integral, que o empresário não suportaria (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 48. out. 2003. p. 69-84).

Para Claudia Lima Marques, a responsabilidade por risco e a responsabilidade empresarial previstas no Código Civil (em seus arts. 927, parágrafo único e 931) poderão complementar a aplicação do CDC ou mesmo superá-la se forem mais favoráveis aos consumidores (MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 45. jan. 2003. p. 71-99. Entendimento expressado na p. 71).

Afirmando que o art. 931 do CC possui configuração própria, e até mesmo mais eficaz, no tratamento da responsabilidade por danos, tem-se os ensinamentos de Tula Wesendonck (Art. 931 do Código Civil: repetição ou inovação? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 3. abr. 2015. p. 141-159).

32. “A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer, que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado, mantendo-se então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar. Quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça tem realizado distinção entre caso fortuito interno e externo, afastando a responsabilidade do fornecedor apenas na segunda hipótese.” (BENJAMIN, Antônio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 161-197. Trecho extraído da p. 181).
33. Conforme Pietro Trimarchi (*Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961. p. 16), a consequência “financeira” do dano passa da vítima para quem é responsável por esse dano.

Nem se diga que há um interesse maior na realização de testes de novos produtos, que representam evoluções e que apresentam riscos insitos, pois os danos provenientes de tais riscos podem ser indenizados através da contratação de seguro de responsabilidade civil, medida satisfatória para atender aos anseios tantos dos fornecedores (de desenvolvimento), quanto dos consumidores (de preservação).

---

SOARES, Flávia Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 13. ano 4. p. 139-170. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

Na dicotomia *atividade empresária x saúde do consumidor*, pode-se afirmar que a saúde é contemplada como direito fundamental com maior expressão, e o dever de cuidado, que permeia as relações de consumo, impõe a proteção ao consumidor, embora não se possa olvidar que o conteúdo e as consequências dos “riscos de desenvolvimento” recebem cargas de preenchimento que podem não ser puramente jurídicas, e isso hoje traz determinadas consequências, mas que podem ser alteradas por razões políticas ou econômicas, que determinam alterações legislativas periódicas.

Na Europa, houve uma opção legislativa por restringir a responsabilidade do fornecedor; no Brasil, a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência, exprimem que o risco do desenvolvimento não atua como elemento excludente da responsabilidade objetiva do fornecedor.

## 5. ALGUNS EXEMPLOS DE VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO

### 5.1. Automóveis

Automóveis são bens de consumo potencialmente lesivos (pelo seu porte, pela velocidade que podem alcançar, pelo volume de acidentes que podem provocar e pela capacidade danosa fatal na ocorrência dos acidentes) e, quanto maior a frota em circulação, maior pode ser o número de eventos causadores de danos.

Algumas vezes, os veículos podem acarretar uma condição de insegurança ao consumidor, sobretudo quando se verifica uma ocorrência de defeito. Outras vezes, uma desatenção na projeção ou produção, ou mesmo a falta de previsão de algum problema admissível de ocorrer, também pode gerar consequências desastrosas.

Pode ocorrer, também, de uma indústria criar um novo modo de realizar determinados procedimentos ou novas concepções de determinadas peças ou comandos no automóvel (v.g., câmbio manual, automático ou automatizado; freios; tracionamento; sistemas de aceleração; modos de fixação de rodas etc.), que podem se mostrar lesivos ao consumidor.

Quando identificado um defeito, o fornecedor deve providenciar o designado *recall*, que é o procedimento realizado com o objetivo de informar os consumidores a respeito de um risco de danos decorrentes de produtos nocivos ou perigosos, bem como para providenciar gratuitamente a supressão dessa condição adversa, em atendimento ao disposto no art. 10, § 1º, do CDC,<sup>34</sup> tudo isso com o objetivo de evitar um dano ou de mitigá-lo.

---

34. É conduta tipificada como crime a omissão de comunicação sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, que seja conhecida posteriormente à sua colocação no mercado assim como o descumprimento da ordem para a retirada de produto nocivo do mercado (conforme art. 64, *caput* e parágrafo único, do CDC).

Em 2003, por exemplo, alguns consumidores, ao acionarem o mecanismo de rebaixamento do banco traseiro de um veículo nacional, tiveram um dedo decepado, pois esse sistema funcionava como uma “guilhotina”. A montadora negava a ocorrência de defeito, pois o seu uso conforme o manual não seria capaz de gerar esse tipo de lesão.

Entretanto, conforme destacado no decorrer deste estudo, a conduta normal do consumidor ao rebaixar o banco traseiro do veículo, apesar de não ser a “correta”, de acordo com o “manual”, era legitimamente esperada, pois era usual em outros modelos de veículos. Trata-se de típico *defeito de projeto*, que não atentou à possibilidade de uma ação de rebaixamento esperada, mesmo que em desacordo com o recomendado no manual.<sup>35</sup>

Em 2008, a montadora desse veículo firmou um termo de ajustamento de conduta junto ao Ministério Público, no qual ela se comprometeu a realizar um *recall*, substituindo o mecanismo de rebaixamento do banco traseiro daquele modelo, após aprovação desse novo sistema pelos órgãos brasileiros de normatização e qualidade industrial.<sup>36</sup>

Além disso, comprometeu-se a demonstrar o funcionamento do mecanismo a cada consumidor, a adequar o manual do veículo e a fazer ampla divulgação na mídia do *recall* oferecido, tendo recolhido o equivalente a aproximadamente um milhão e oitocentos mil dólares ao Fundo Federal de Defesa de Direitos Difusos.<sup>37</sup>

Assim, demonstra-se que a indústria automobilística tem um dever de cuidado a observar em relação aos consumidores, devendo inserir no mercado produtos com uma segurança legitimamente esperada, considerando as premissas expostas neste estudo.

---

O procedimento do recall, atualmente, está disciplinado pela Portaria do Ministério da Justiça 487, de 15.03.2012 (DOU 16.03.2012). Disponível em: [www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=219764]. Acesso em: 26.12.2016.

35. “Basta imaginar que, no caso mais tradicional de recall – o do setor automobilístico –, não interessa apenas ao proprietário do veículo que a convocação para reparos seja atendida: há um interesse geral, interesse social até, pois eventual desconformidade poderá provocar acidente envolvendo terceiros, que não guardam relação alguma com o consumidor, todos sendo potenciais vítimas do defeito na relação de consumo. Seja ele oriundo apenas de falta do fabricante que, a princípio, inseriu no mercado produto defeituoso, seja também por ato omissivo do consumidor, que, ciente dos riscos, não atendeu ao recall”. (FERREIRA NETO, Afranio Affonso; DÓRIA, Marcelo. Recall e a defesa dos consumidores. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 24. jul.-dez. 2009. p. 9-22, trecho extraído da p. 10).
36. Sobre o tema *recall*, vide SCHWARTZ, Teresa M.; ADLER, Robert S. Product recalls: a remedy in need of repair. *Case Western Reserve Law Review*. Cleveland, Ohio, v. 34, n. 4. 1984. p. 401-464.
37. *Revista Procon*. São Paulo, n. 10, maio/jun. 2008, p. 8-9. Disponível em: [www.procon.sp.gov.br/pdf/revista\_procon\_10.pdf]. Acesso em: 14.06.2016.

## 5.2. Alimentos

Ao contrário dos alimentos que são produzidos na natureza, cuja composição é típica (caso das frutas e verduras) e, geralmente, não lesiva, não processados ou minimamente processados; outros são produtos da ação humana, direta ou indireta, resultantes de processos de manipulação ou industrialização.

Nesses casos, há alimentos que são resultado de alterações (caso típico dos alimentos transgênicos) ou que utilizam ingredientes que causam reações em pessoas alérgicas.

O tipo de alimento em questão irá determinar o conjunto de informações que se exige, sendo que, em alguns casos (como as frutas), não será tão extenso; mas será maior quando se tratar, v.g., de um produto dirigido a um público específico, como o destinado a celíacos.<sup>38</sup>

Por isso, é fundamental que o fornecedor cumpra sua obrigação de informação adequada e clara prevista no inciso III do art. 6º do CDC, fazendo constar, na embalagem, informações completas e corretas a respeito do produto, como sua composição, ingredientes, características, quantidade, data de produção e validade etc., sob pena de responsabilidade. Esse dispositivo também determina a necessidade de informação no que concerne aos riscos que tais produtos podem apresentar, típica representação legislativa do dever de cuidado.

Geralmente, há regras regulamentadoras da produção e circulação de alimentos no mercado, sendo que, no Brasil, a Anvisa implementou o Programa Nacional de Monitoramento da Qualidade Sanitária de Alimentos, com a determinação dos padrões de qualidade aceitáveis e a fiscalização de amostras de produtos alimentícios em circulação, para verificação do atendimento dos padrões fixados.<sup>39</sup>

Diz-se que a legislação alimentar deve atuar no sentido de proteger os legítimos interesses dos consumidores, ofertando-lhes informações claras e suficientes, prévias à contratação<sup>40</sup> (conforme previsto no art. 31 do CDC), para que estes possam legitimamente exercer seu direito de escolha, com o objetivo de evitar práticas fraudulentas, adulterações de produtos alimentícios ou condutas que possam levar o

---

38. Tanto que há alimentos e embalagens cujo registro na Anvisa é obrigatório. Vide Resolução RDC 27 de 2010. Disponível em: [[http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/396299/DIRETORIA\\_COLEGIADA\\_27\\_2010.pdf/3d2ea4a0-6962-452a-b57d-11d09e8d0c6e](http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/396299/DIRETORIA_COLEGIADA_27_2010.pdf/3d2ea4a0-6962-452a-b57d-11d09e8d0c6e)]. Acesso em: 14.06.2016.

39. A informação e lista de produtos consta em: [[www.anvisa.gov.br/alimentos/programa/todas\\_categorias.htm](http://www.anvisa.gov.br/alimentos/programa/todas_categorias.htm)]. Acesso em: 26.12.2016.

40. FREITAS FILHO, Roberto. Alimentos transgênicos, risco do consumidor e ética de responsabilidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 89. set.-out. 2013. p. 165-202, especialmente nas p. 168-171.

consumidor a erro, sendo o fornecedor responsável quando a vida, a integridade física e a segurança do consumidor forem colocadas em risco, em razão da inserção de produtos no mercado de consumo que não estejam de acordo com as regras cabíveis, tanto que o inc. VII do art. 7º da Lei 8.137/90 prevê como crime contra as relações de consumo a indução do consumidor a erro, por “afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza ou qualidade do bem ou serviço” (inciso VII da referida Lei).<sup>41</sup>

Igualmente, é considerado crime contra as relações de consumo exposição à venda ou mesmo a venda de produto em desacordo com as determinações normativas que regulam o setor de alimentos.

Assim, responde objetivamente o fornecedor, pelos danos gerados pela comercialização de queijo com a informação “sem lactose”, quando verificado que o produto continha leite, o que acarretou riscos ao consumidor que tinha intolerância àquele ingrediente,<sup>42</sup> bem como pelas consequências lesivas decorrentes da ingestão de produto que continha “tartrazina”, substância que pode causar choque anafilático e que não constava no rótulo como ingrediente do produto.<sup>43</sup>

Por outro lado, não obstante o fato de o fornecedor não ser obrigado a colocar no mercado produtos necessariamente saudáveis ou nutritivos (cigarros e refrigerantes, por exemplo), há produtos cujas características nutricionais *natas* não podem ser alteradas.

Recentemente, foram anunciados casos de adição de grande quantidade de soro ou mesmo de álcool ao leite longa vida posto em circulação.

Essa conduta compromete o valor nutricional do produto, sem contar o fato de que o descaracteriza, pois o consumidor do leite quer comprar leite, e não soro ou outra substância que não lhe seja inerente.

Trata-se de caso típico de acidente de consumo, pois não se pode admitir que a composição de um produto, naturalmente saudável, seja alterada de forma prejudicial ao consumidor, especialmente se este não é ostensivamente alertado sobre o

---

41. FROTA, Mário. Segurança alimentar: imperativo de cidadania. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 44. out.-dez. 2002. p. 68-96, especialmente nas p. 78-81.

42. TJRS, 10ª Câm. Cív. Apelação Cível 70038687612, rel. Des. Túlio de Oliveira Martins, j. 25.11.2010, DJ 14.12.2010. Por unanimidade, negaram provimento ao apelo e ao recurso adesivo. Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 11.06.2016.

43. Para o TJRS, há responsabilidade do Supermercado pelo choque anafilático sofrido por cliente alérgico ao corante tartrazina, utilizado na elaboração do pão por ele consumido, sem que na embalagem constasse informação a respeito da presença desse ingrediente no produto. (TJRS, 10ª Câm. Cív., Apelação Cível 70015423494. rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. 13.07.2006, DJ 10.10.2006. Por unanimidade, foi negado provimento ao apelo e parcialmente provido o recurso adesivo). Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 10..06.2016.

ocorrido (essa seria uma hipótese de defeito, mas que também se verifica a ocorrência de vício de qualidade).

O consumidor espera que o leite que está tomando tenha uma determinada concentração de cálcio (considerando-se um padrão médio de concentração de cálcio em um litro de leite *normal*), que é importante para a sua saúde, para a preservação de seus ossos. Sendo o leite adulterado, com a inclusão de elemento nutricionalmente pobre ou prejudicial, é a própria saúde do consumidor que fica em risco, pois ele tem a ilusão de que está ingerindo os nutrientes de que necessita e, de fato, não está tendo um produto com a qualidade legitimamente esperada: “a pobreza de certos alimentos, sem ser diretamente nociva, isto é, sem provocar por si uma doença, pode contribuir para um estado de subalimentação, debilitante do estado geral”.<sup>44</sup>

Por esse motivo, também é fundamental que o uso de aditivos (conservantes, corantes, aromatizantes, emulsificantes, estabilizantes etc.), de pesticidas e de produtos nocivos à saúde em geral, seja regulamentado e fiscalizado e, evidenciadas situações de anormalidade, deve haver punição e responsabilização quanto a quem lhes der causa.

### 5.3. Medicamentos

Os medicamentos são produtos farmacêuticos, criados com a finalidade de utilização em atividade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico.<sup>45</sup> Por sua natureza, contêm substâncias puras ou associadas, e, como tal, podem interferir tanto na estrutura quanto nos sistemas e nas funções fisiológicas da pessoa, podendo causar-lhe efeitos colaterais.

Quando esses efeitos colaterais estão relacionados ao risco do desenvolvimento, conforme anteriormente referido, haverá dever de indenizar e de alterar a bula do medicamento tão logo o defeito seja identificado ou a sua verossímil possibilidade seja identificada, sem prejuízo do *recall* para recolhimento de produtos defeituosos que estejam no mercado, e de avisos públicos para informar a população do ocorrido.

Se esse efeito colateral for grave, ou mais grave que o de outros produtos que já estão no mercado com a mesma finalidade (ou seja, que sejam medicamentos substituíveis), o ideal é não autorizar a sua produção ou comercialização.

---

44. ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 52.

45. Vide Lei 5.991/1973, art. 4º, II, e farmacopeia brasileira (Resolução RDC Anvisa 135, de 29 de maio de 2003. Disponível em: [[www.anvisa.gov.br/hotsite/genericos/legis/resolucoes/2003/135\\_03rdc.htm](http://www.anvisa.gov.br/hotsite/genericos/legis/resolucoes/2003/135_03rdc.htm)]. Acesso em: 26.12.2016).

Foi o que ocorreu com o medicamento “Vioxx”, cuja venda foi proibida, após a descoberta de que causava risco vascular,<sup>46</sup> em hipótese típica de reconhecimento jurisprudencial de responsabilidade objetiva do fornecedor por risco de desenvolvimento.

Se os efeitos colaterais, por outro lado, forem conhecidos e admissíveis em razão dos benefícios que causam (benefícios maiores que os prejuízos dos efeitos colaterais), devem, necessariamente, constar na bula, e, nessa hipótese, sendo identificada a ocorrência de efeito colateral, previsto e avisado na bula, não tem sido reconhecida a responsabilidade do fabricante.<sup>47</sup>

Ainda que os estudos científicos estejam sendo realizados para verificação da conexão entre o uso de um medicamento e determinado efeito colateral, se indicativos parciais já identificarem a possibilidade de ocorrência de defeito, ou, ainda que exista apenas um estudo idôneo, indicando que isso seja possível, desde esse momento, existe para o fornecedor o dever de advertir o consumidor.

Quando esse efeito é conhecido e consta na bula, a atenção se volta à análise da conduta médica, pois o médico tem o dever de fazer um diagnóstico adequado e conforme as informações ou meios disponíveis e admissíveis no momento do atendimento. Realizado o diagnóstico, deve apresentar ao paciente possíveis tratamentos,

---

46. E que ensejou dever de indenizar a uma vítima de parada cardiorrespiratória e fibrilação ventricular, em razão do uso do medicamento, conforme demonstra o seguinte trecho do acórdão: “(...) nos autos, há comprovação da utilização continuada do medicamento pelo período que gerava o aumento de risco, além da informação de que o paciente, após sua primeira consulta com seu médico particular, não sofreu com outras desordens no sistema cardíaco, até o ano de 2004, quando sofreu episódio de parada cardiorrespiratória e fibrilação ventricular, que evoluíram, posteriormente, para o falecimento. Após, portanto, ter tomado o medicamento Vioxx, de forma continuada, por um período maior do que 18 meses. Não há dúvida de que a causa específica, o fator principal, determinante da morte, em casos como este, não poderá ser exatamente determinada. A questão, no entanto, é que o aumento do risco gerado pelo Vioxx, que simplesmente determinou sua abolição do mercado, estava presente na equação que resultou na morte do marido da autora. E, como tal, insere-se no nexo de causalidade, na relação de causa e efeito.” (TJRS, 9ª Câm. Cív., Apelação Cível 70048594907, Rel. Des. Marilene Bonzanini, recurso provido por unanimidade, j. 12.12.2012, DJ 23.01.2013. Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 10.06.2016).

47. Como ocorreu na Apelação Cível 70033189739, do TJRS, em que se afirmou ser “inviável a responsabilização das requeridas pela morte da vítima, tendo em vista que a mesma teria ocorrido a partir da reação do paciente ao medicamento, o que deveria ter sido objeto de avaliação do médico que ministrou o medicamento, e não das fabricantes/importadoras que cumpriram com o seu dever de informação nos termos da legislação consumerista, esclarecendo aos profissionais e consumidores as principais informações a respeito do medicamento, dentre elas, as reações adversas provocadas pelas drogas.” (TJRS, 10ª Câm. Cív., rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 27.05.2010, DJ 07.07.2010. Por unanimidade, deram parcial provimento à apelação. Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 11.06.2016).

indicando, em cada caso, riscos envolvidos, inclusive quanto a possíveis efeitos colaterais que possam ser causados pelo uso de um medicamento.<sup>48</sup>

Assim ocorreu, por exemplo, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,<sup>49</sup> de paciente com “produção excessiva de ácido úrico”, sendo-lhe receitada a administração do medicamento “Alopurinol” (seguida do medicamento “Captopril”), sendo que, pela administração medicamentosa realizada, poderia ter desencadeada a chamada “Síndrome de Stevens Johnson”, popularmente conhecida como a “síndrome do esfolado vivo”, que é uma reação alérgica grave, que causa eritemas na pele e que pode ser fatal.

A medicação tem efeito colateral, e, segundo o acórdão, o efeito colateral é conhecido e consta na bula. No acórdão, constou expressamente que não houve erro de diagnóstico ou de tratamento. Contudo, considerou-se violado o dever de informação, pois o médico não avisou a paciente dessa possibilidade de desencadeamento, tendo retirado da paciente a oportunidade de optar em fazer ou não o tratamento, ou de utilizar outro medicamento, condenando-o a indenizar os danos experimentados pela paciente.<sup>50</sup>

Assim como, também, o hospital ou a clínica devem realizar, no paciente, prévio teste de sensibilidade antes de utilizar medicamento que contenha penicilina em sua formulação ou, não havendo condições ou tempo de fazê-lo, ou sendo o caso de necessidade de uso do medicamento mesmo com risco de reação, tem o dever

---

48. KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 40.

49. No acórdão, afirmou-se que não teria havido erro de diagnóstico quanto à síndrome, “quando o quadro clínico não recomendava a interrupção imediata do tratamento”. Porém, entendeu pela caracterização de falha no dever de informar, pois “os médicos demandados não informaram a paciente acerca dos riscos do tratamento e da possibilidade de que a ingestão do medicamento alopurinol pudesse desenvolver a Síndrome de Stevens Johnson, falhando no seu dever de informação. O direito à informação deve ser examinado a partir do direito à autonomia do paciente. Os riscos de doenças graves, ainda que excepcionais, integram o conteúdo do direito à informação e o paciente possui direito de ser informado sobre a possibilidade de ocorrência, para deliberar sobre a realização ou não do ato médico, seja um procedimento de intervenção específico ou utilização de medicamentos”. (TJRS, 9ª Câm. Cív., Apelação Cível 70047562269, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. 27.06.2012, DJ 29.06.2012. Por unanimidade, deram parcial provimento ao apelo). Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 11.06.2016.

50. O consentimento informado permite que o paciente faça uma opção consciente de tratamento, ou mesmo de não tratamento conforme o caso, “com responsabilidade própria face a intervenção, conhecendo os seus custos e consequências, bem como os seus riscos, assumindo-se, assim, o doente, como senhor do seu próprio corpo”. (PEREIRA, André Gonçalves Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 56).

de monitorar o paciente e de orientá-lo sobre o que deveria observar e como proceder caso iniciasse um desencadeamento alérgico (o qual pode ser fatal), para dar pronto atendimento.<sup>51</sup>

Conforme adverte Cavalieri Filho, quando incidente a responsabilidade decorrente da fabricação, oferecimento e circulação de medicamento defeituoso, esta “acompanha o produto por onde quer que circular durante toda a sua existência útil”, podendo ser vítimas de dano todas as pessoas que fizerem uso do fármaco, ainda que não o tenham adquirido, pois são equiparados a consumidores todas as vítimas do acidente de consume (art. 17 do CDC).<sup>52</sup>

#### 5.4. Outras hipóteses que exigem cuidados

O universo das relações de consumo nos dá uma série de exemplos de defeitos, cabendo ao fornecedor zelar para que, nas suas atividades, sempre busque uma condição de segurança ao consumidor.

---

51. Há decisões excluindo a responsabilidade do médico se houve prévia investigação quanto à reação alérgica e adequado atendimento, se a reação se manifestar, como demonstra o seguinte trecho de ementa: “Apelação cível. Responsabilidade civil hospitalar. Erro médico. Não verificação. Choque anafilático em procedimento cirúrgico de cirurgia nasal. Anestesia. Reação imprevisível. Investigação prévia realizada, assim como instituído imediatamente tratamento recomendado para a reversão do quadro, o qual, entretanto, não surtiu efeito. Óbito. Prestação de serviço médico que seguiu o normalmente observado pela cultura médica. Inexistência dos pressupostos do dever de indenizar”. (TJRS, 9ª Câm. Cív., Apelação Cível 70037342565, rel. Des. Marilene Bonzanini, j. 20.10.2010, DJ 20.04.2011. Por maioria, vencido o Revisor, negaram provimento ao apelo). Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 11.06.2016.

Porém, há condenação quando não há prévio exame de sensibilidade, além do acompanhamento após a administração do medicamento e da informação ao paciente a respeito de possível reação alérgica e sem orientação de como proceder, caso ela se manifestasse: “Falta de dever de informação e falha na prestação do serviço – houve falta de esclarecimento ao paciente e familiares no tocante as consequências que poderiam advir do remédio ministrado. Não poderia o médico e, em consequência o próprio estabelecimento, ministrar tratamento sem as devidas cautelas, isto é, cuidar para que o paciente permanecesse por mais tempo na clínica, para pronto atendimento, caso ocorressem reações adversas que, no caso, acabaram culminando na morte do paciente.” (Trecho do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível 70002823276, 1ª Câmara Especial Cível, rel. Des. Angela Maria Silveira, j. 15.08.2002, DJ 25.10.2002. Por maioria, deram provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente a ação. Vencida em parte, a relatora, que provia em menor extensão). Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 11.06.2016.

52. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 29. jan.-mar. 1999. p. 55-62, especialmente na p. 58-60.

Equipamentos de parques de diversão, especialmente aqueles em que o consumidor é colocado em uma situação em que não pode controlar seus movimentos ou os do próprio equipamento, ou em que a brincadeira por si envolva situação de perigo (por exemplo, montanha-russa, brinquedos de queda-livre, “kamikaze” etc.), devem ser alvo de extremo cuidado do fornecedor, pois são potencialmente perigosos, e o risco de dano de grande monta é maior do que em equipamentos sem essas características. Ademais, tais equipamentos devem estar de acordo com as regras instituídas pela NBR 15926/2011, da ABNT.<sup>53</sup>

Igualmente, produtos que podem ter seu uso alterado ou que sejam viciantes (caso de solventes químicos<sup>54</sup> e alguns medicamentos) devem ter sua fabricação e comercialização fiscalizadas e controladas por órgãos públicos, e somente podem ser consumidos por quem cumpra determinados requisitos (idade adequada; uso necessário para atividade profissional regulamentada e fiscalizada; doença que esteja sendo tratada e que o uso seja recomendado por escrito pelo médico, por exemplo).

## 6. OS ACIDENTES DE CONSUMO

Nenhum dos elementos expostos neste estudo pode ser considerado como conclusivo, absoluto ou inquestionável na formação do conceito de “defeito”. No entanto, todos servem como elementos de valoração, como recursos auxiliares e, por vezes, convergentes na atividade de classificação de uma determinada ocorrência como violadora de um dever de diligência do fornecedor.

Poder-se-ia, com isso, dizer que seria incompatível a afirmação de que é objetiva a responsabilidade do fornecedor por acidente de consumo,<sup>55</sup> quando a análise do dever de cuidado acaba por tratar da conduta do fornecedor em comparação a um *standard* de comportamento admissível, seja apriorístico, seja casuístico.

---

53. O texto da mencionada NBR consta em [www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=86437]. Acesso em: 27.12.2016.

O mesmo cuidado também deve se ter com *escadas rolantes*, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível 70045351160 (10ª Câm. Cív., rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 15.12.2011, DJ 19.01.2012. Por unanimidade, deram parcial provimento ao apelo). Disponível em: [www.tjrs.jus.br]. Acesso em: 11.06.2016.

54. A venda de solventes químicos está sujeita a cadastro na ANP (conforme Resolução 48/2010. Disponível em: [http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=anp:10.1048/enu]. Acesso em: 26.12.2016) e autorização da Polícia Federal (Portaria 1.274/2003. Disponível em: [www.pf.gov.br/servicos-pf/produtos-quimicos/legislacao/PORTARIA1274.pdf/view]. Acesso em: 26.12.2016).

55. A expressão “acidente de consumo” é utilizada por Thierry Bourgoignie (*Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Bruxelles: Stoy-Scientia, 1988. p. 287).

Contudo, essa incompatibilidade é apenas aparente.

Demostrou-se, neste estudo, que o dever de cuidado é considerado na formação de uma interpretação para o preenchimento do vocábulo *defeito*, como conceito jurídico indeterminado.

Ademais, o ônus de comprovar a inexistência de defeito, no Brasil, é do fornecedor,<sup>56</sup> pois, havendo dano e nexos de causalidade, todos os exemplos vistos indicam que “a coisa fala por si”, ou seja, se o produto causou um dano, por ser inseguro (defeituoso), o dever de demonstrar que o produto não é inseguro é do fornecedor.

Na análise da ocorrência de *defeito*, não há uma avaliação quanto à reprovabilidade ou não da conduta do fornecedor, ou melhor dizendo, do elemento subjetivo da conduta do fornecedor, pois a responsabilidade nas relações de consumo é objetiva, mas sim quanto ao fato de que o produto ou serviço defeituoso não pode ser considerado como fruto da observância do cuidado, quando há a avaliação da extensão e conteúdo do *defeito*. O produto defeituoso, por conseguinte, não atende ao dever de gerar um resultado legitimamente esperado pelo consumidor.<sup>57</sup>

Disso resulta que cabe ao fornecedor, para eximir sua responsabilidade, comprovar cabalmente um dos casos admissíveis de exclusão da sua responsabilidade, quais sejam: a) que não colocou o produto no mercado; b) que o produto ou serviço não era defeituoso; c) conduta exclusiva do consumidor para ocorrência do dano ou a ocorrência de d) fato de terceiro, absolutamente desvinculado do fornecedor;<sup>58</sup> sob pena de ser objetivamente responsabilizado.

Há responsabilidade quando verificada a ocorrência de defeito, ainda quando o fornecedor não tenha agido de forma negligente (como na responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento), valendo lembrar, para os casos de responsabilidade

---

56. Conforme art. 12, § 3º, II, e art. 14, § 3º, I, do CDC.

Marcelo Junqueira Calixto, juntamente com a maioria da doutrina nacional, afirma que “nosso direito, ao contrário do direito comunitário europeu, adota uma presunção relativa de defeito do produto, por força do dano sofrido pelo consumidor, dispensando-se este de sua prova cabal.” (CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 148). Para Marcos Catalan, o próprio texto normativo brasileiro, ao tratar da falta de segurança, derruba “as paredes da dogmática negativista” (CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 74. abr. 2010. p. 113-153, especialmente na p. 142).

57. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 627.

58. O caso fortuito e força maior; a prescrição; o fato do príncipe; os riscos de desenvolvimento e a cláusula de não indenizar também são apontados por parte da doutrina como excluídos da responsabilidade do fornecedor no acidente de consumo. Porém, são pontos em que não há consenso.

pelo fato do consumo, que se deve indicar o causador do dano e o seu responsável, sendo pressupostos o defeito do produto ou serviço, o dano, o nexo causal entre o defeito e o dano<sup>59</sup> e o nexo de imputação.<sup>60</sup>

## 7. CONCLUSÕES

Através deste estudo, foi possível constatar que a quebra de alguns paradigmas do direito de danos desencadeou um maior amparo ao consumidor, com ênfase à regra da responsabilidade objetiva.

Afirmou-se que o fornecedor possui um dever de cuidado em relação ao consumidor e não pode oferecer produto ou serviço defeituoso, assim considerado aquele que não oferece a *segurança que dele legitimamente se espera*.

A doutrina e a jurisprudência apresentam vários elementos que podem ser considerados nessa averiguação, que abrangem tanto a pessoa do fornecedor (cuidados que o fornecedor deve ter ao projetar, executar e informar quanto a um produto ou serviço posto em circulação) quanto o próprio produto ou serviço em si (elementos relacionados a sua segurança, manuseio, vida útil etc.).

O dever de cuidado auxilia na construção do conteúdo da segurança admissível, em cada caso concreto.

Na possibilidade de confronto entre um caso concreto e um comportamento padrão admissível, flexível, deve-se considerar não apenas um *standard* de comportamento médio verificável na prática mas também um comportamento ponderado, exigível segundo as circunstâncias fáticas do caso concreto, inclusive quanto à tecnologia e aos dispositivos de segurança disponíveis.

Todavia, esse dever de cuidado, necessariamente, passa pela análise destes aspectos: da probabilidade de esse produto causar algum dano; do nível de gravidade que possa ter esse dano, caso ele ocorra; das medidas admissíveis e do seu custo na

---

59. Guilherme Reinig destaca a necessidade de formação do nexo causal entre dano e defeito, e afirma que o produtor não responderá por danos se demonstrar que o defeito surgiu em momento posterior àquele em que colocou o produto em circulação (REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 89. set.-out. 2013. p. 109-139, especialmente nas páginas 115-118). Ainda sobre o nexo de causalidade, vide a obra de Frota (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos*. Imputação e nexo de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014).

60. Quanto ao nexo de imputação na responsabilidade objetiva, este será visualizado a partir do dano e da análise do dever objetivo de conduta de determinada pessoa, ou de critérios legais, igualmente objetivos, baseados, por exemplo, no perigo da atividade, que determinam que a responsabilidade incida sobre alguém.

tentativa de evitar o dano; da conduta admissível para evitar o dano, considerando as circunstâncias concretas, em confronto com a conduta real; da existência de regras que regulamentam a atividade objeto do fornecimento ou o produto posto em circulação e se elas foram obedecidas etc.

Nesse sentido, são vários os critérios sugeridos, mas a sua aplicação varia de caso a caso, cabendo ao fornecedor comprovar que o seu produto ou serviço não é defeituoso, ou das demais hipóteses admissíveis de excludentes da responsabilidade.

Do que foi brevemente exposto neste trabalho, percebe-se que o dever de cuidado exigível do fornecedor resulta da necessidade de reconhecimento de um princípio geral dentro do direito do consumidor, representativo da importância que se dá à pessoa, que tem um direito de preservação da sua incolumidade, com fundamento constitucional, vinculado à dignidade humana (notadamente no feixe da integridade psicofísica).

Uma das principais consequências da necessidade de proteção legal dos consumidores é a admissão da incidência do princípio da reparação integral, pois o consumidor, ao adquirir um produto ou contratar um serviço, tem o objetivo de atender a um legítimo interesse, e, ao sofrer algum prejuízo decorrente de falha no produto ou serviço, tem a justa expectativa de que essa ocorrência seja anulada de alguma maneira, seja através da possibilidade de ter uma situação equivalente a que experimentava antes do momento em que teve o prejuízo, seja através de uma compensação.

Em suma, o objetivo do consumidor é de que não ocorra o dano ou, caso se consolide, que ele se desfça ou se aplaque.

Diferentes ordenamentos tratam do direito do consumidor, em menor ou maior âmbito de proteção (o que se observa, por exemplo, na atribuição da responsabilidade objetiva, nos microsistemas mais protetivos, ou subjetiva, nos menos protetivos). No entanto, em todos eles, implícita ou explicitamente, é possível identificar o traço marcante do *dever de cuidado*, demarcando o conteúdo de cada regra jurídica que trata das relações de consumo.

## 8. REFERÊNCIAS

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

ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 1995.

ALVIM, Eduardo P. Arruda. Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 15, p. 132-150. jul. 1995.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- BERMINGHAM, Vera; BRENNAN, Carol. *Tort law directions*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Os efeitos da publicidade na vulnerabilidade agravada: como proteger as crianças consumidoras? *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, v. 90, p. 69-90. nov.-dez. 2013.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 95, v. 854, p. 11-37. dez. 2006.
- BORELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (Org.). *Ethique, droit et dignité de la personne*. Paris: Economica, 1999.
- BOURGOIGNIE, Thierry. *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*. Bruxelles: Stoy-Scientia, 1988.
- CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 74, p. 113-153. abr. 2010.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 48, p. 69-84. out. 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 29, p. 55-62. jan.-mar. 1999.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Elementos para uma ética constitucional: valores políticos e virtudes de cidadania. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. São Paulo, n. 09, p. 411-432. jan.-jun. 2007.
- DOMINGO, Rafael. Confusionismo Jurídico, hoy. *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humano*. Pamplona, Universidad de Navarra, v. 30, p. 113-125. 1994.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Inovação e responsabilidade civil: os riscos do desenvolvimento no direito contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo (Org.). *Direitos fundamentais, direito privado e inovação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.
- FERREIRA NETO, Afranio Affonso; DÓRIA, Marcelo. Recall e a defesa dos consumidores. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v. 24, p. 9-22. jul.-dez. 2009.
- FREITAS FILHO, Roberto. Alimentos transgênicos, risco do consumidor e ética de responsabilidade. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 89, p. 165-202. set.-out. 2013.
- FROTA, Mário. Segurança alimentar: imperativo de cidadania. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 44, p. 68-96. out.-dez. 2002.

- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.
- KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- LÓPEZ, Pablo López. La persona humana como mínimo e máximo. In: MURILLO, Ildelfonso (Org.). *Filosofía práctica y persona humana*. Madrid: Diálogo filosófico. 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*: São Paulo, v. 45, p. 71-99. jan. 2003.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa fé no direito civil*. 2. Coimbra: Almedina, 2001.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, n. 59, p. 148-168. nov. 1993.
- PARDOLESI, Roberto; BITETTO, Anna. Risultato anomalo e avvertenza generica: il difetto nelle pieghe del prodotto. *Danno e responsabilità*, Milano, IPSOA. n. 3, p. 292-295. mar. 2008.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 89, p. 109-139. set.-out. 2013.
- RUSH, Jon; OTTLEY, Michael. *Business Law*. London: Thomson, 2006.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: LGDJ, 1951. t. 1.
- SCHWARTZ, Teresa M.; ADLER, Robert S. Product recalls: a remedy in need of repair. *Case Western Reserve Law Review*. Cleveland, Ohio, v. 34. n. 4., p. 401-464. 1984.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

- STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 855, ano 2007, p. 46-53. jan.-2007.
- TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961.
- TUHR, Andreas Von. *Tratado de Las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 1934. t. 1.
- WESENDONCK, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado. *Revista Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 213-227. jul.-dez. 2012.
- WESENDONCK, Tula. Art. 931 do Código Civil: repetição ou inovação? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 3, p. 141-159. abr. 2015.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação, de **diogo naves mendonça** e Guilherme Henrique Lima Reinig – RDCC 7/415-417 (DTR\2016\20333);
- A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante, de Guilherme Henrique Lima Reinig – RDC 89/109-139 (DTR\2013\9275);
- Art. 931 do Código Civil: repetição ou inovação?, de Tula Wesendonck – RDCC 3/141-159 (DTR\2015\6572);
- Responsabilidade pelo fato do produto: questões polêmicas, de Leonardo Roscoe Bessa – RDC 89/141-163 (DTR\2013\9277); e
- Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade, de José Guilherme Vasi Werner – RDC 58/98-115 (DTR\2006\260).