

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

LUDMILLA TAVARES DAIER

**RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
ANÁLISE DO RESP 473.085/RJ À LUZ DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

BRASÍLIA

2011

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

LUDMILLA TAVARES DAIER

**RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
ANÁLISE DO RESP 473.085/RJ À LUZ DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor Doutor Valcir Gassen.

BRASÍLIA

2011

LUDMILLA TAVARES DAIER

**RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
ANÁLISE DO RESP 473.085/RJ À LUZ DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor Doutor Valcir Gassen.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Valcir Gassen
Universidade de Brasília

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão
Universidade de Brasília

Professor Mestre Alex Lobato Potiguar
Universidade de Brasília

Brasília, __ de _____ de 2011.

Aos meus amados pais, Cesó e Antônia,
e queridos irmãos, Marco Túlio e Victor
Hugo, por todo o amor, confiança e
dedicação imprescindíveis ao meu
crescimento.

AGRADECIMENTOS

À Universidade de Brasília e à sua Faculdade de Direito, pelo esforço inestimável de seu corpo docente e de funcionários na construção de tão valioso ensino.

Ao Professor Valcir Gassen, pela cordialidade e disposição em partilhar um pouco de sua sabedoria.

Aos colegas de graduação, fonte de incentivo na busca do conhecimento jurídico.

Aos meus familiares e amigos, e especialmente ao adorável Paulo César, pelo carinho e apoio incessantes.

RESUMO

O presente trabalho propõe a investigação do tratamento judicial conferido à responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo. Para tanto, utiliza-se o método do estudo de caso, que permite a análise do tema com maior profundidade. Embora reconheça não ser possível generalizar as conclusões obtidas, o estudo fornece um indício das dificuldades normalmente enfrentadas pelos tribunais no julgamento dos casos submetidos à sua apreciação. Partindo-se da demonstração de que a responsabilidade civil sofreu relevantes transformações nos últimos tempos, identificam-se as principais tendências contemporâneas relacionadas à matéria e a sua influência na elaboração do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro. Em seguida, por meio da análise dos principais conceitos que conformam a responsabilidade civil nas relações de consumo, constata-se que não há suficiente esclarecimento teórico nem consenso doutrinário a respeito do tema. Acrescenta-se que tal circunstância pode constituir um dos motivos pelos quais os juristas encontram obstáculos na definição da interpretação mais adequada às normas legais, quando aplicadas a uma hipótese concreta. Além disso, verifica-se que há certa resistência dos julgadores do caso posto sob análise em recorrer a fontes externas de elucidação do direito, especialmente no que se refere ao dever de segurança imposto aos fornecedores de produtos e serviços, em desatendimento aos próprios comandos da lei. Conclui-se, assim, pela necessidade de maior dedicação da doutrina ao desenvolvimento do tema, bem como pela recomendação de que os magistrados adotem uma postura de julgamento mais atenta ao contexto social em que estão inseridos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Código de Defesa do Consumidor. Fornecedor de produtos e serviços. Dever de segurança. Atividade dos tribunais.

ABSTRACT

This work proposes the investigation of the judicial treatment conferred on civil responsibility in connection to consumption relations. For that purpose, it is used the method of case study, which allows a deeper analysis of the theme. Although it recognizes that is not possible to generalize the conclusions obtained, the study supplies an indication of the difficulties normally faced by courts at the judgement of the cases submitted to their appreciation. Starting from the demonstration that the civil responsibility suffered relevant transformations lately, it identifies the main contemporary tendencies related to the subject and their influence on the production of the Brazilian Consumer Defence Code. Next, through the analysis of the main concepts that outlines the civil responsibility on the consumption relations, it notices that there is not sufficient theoretical explanation neither doctrinal consensus about the theme. It adds that the mentioned circumstance can be one of the reasons why the jurists find obstacles on defining the most appropriate interpretation to legal norms, when applied to a concrete hypothesis. Apart from that, it verifies that there is a certain resistance of the judges of the case putted under analysis in turning to external sources elucidatory of the law, especially in what concerns to the security owe imposed to the supplier of products and services, unattending to the peculiar commands of the law. It concludes, therefore, for the necessity of bigger dedication of the doctrine in developing the theme, as well as for the recommendation that the judges adopt a more attentive judging posture to the social context in which they are inserted.

Key-words: Civil Responsibility. Consumer Defence Code. Supplier of products and services. Security owe. Courts activity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTEMPORANEIDADE.....	12
1.1 Evolução do conceito e do fundamento da responsabilidade civil.....	13
1.2 Causas dos desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil e a manifestação do triplo fenômeno: expansão dos danos, objetivação da responsabilidade e sua coletivização.....	16
1.3 O sistema misto do novo Código Civil e a superação da dicotomia entre <i>responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva</i>	20
1.3.1 <i>Modificações na noção de culpa em direção à objetivação</i>	22
1.3.2 <i>Configurações do risco como novo fundamento da responsabilidade civil</i>	24
1.4 Utilidade da distinção entre <i>responsabilidade contratual e extracontratual</i>	26
CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: CRIAÇÃO DE UM NOVO MODELO?	29
2.1 Princípios fundamentais da responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo.....	30
2.2 Responsabilidade por vício do produto e do serviço.....	33
2.3 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.....	35
2.3.1 <i>O dever de segurança e a sua violação como caracterizadora do defeito</i>	38
2.3.2 <i>O risco inerente e o dever de informar</i>	40
2.3.3 <i>Os responsáveis</i>	42
2.3.4 <i>Causas excludentes de responsabilidade</i>	43
CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DO RESP 473.085/RJ À LUZ DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	49
3.1 Descrição do caso.....	50
3.2 Aplicação à hipótese do Código de Defesa do Consumidor	52
3.3 Questões suscitadas com base nos argumentos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.....	53
3.3.1 <i>A culpa como critério para definição da responsabilidade da associação recorrida</i>	53

3.3.2 <i>Distinção entre risco inerente e fortuito interno ao serviço e suas consequências</i>	56
3.4 As dificuldades na definição das expectativas legítimas de segurança e o papel dos tribunais	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65
ANEXO – Votos proferidos no julgamento do REsp 473.085/RJ	67

INTRODUÇÃO

Os estudos acerca da responsabilidade civil apresentam uma variação de conceitos e fundamentos que acompanha o curso das transformações na realidade social, evidenciando a necessidade que têm os institutos jurídicos de se atualizarem permanentemente, a fim de atenderem ao surgimento de novas expectativas. O dinamismo inerente à vida e ao próprio direito reclama flexibilidade suficiente das normas e das concepções tradicionais para que se mantenham adequadas aos fins a que se destinam.

Nesse contexto, a ideia de culpa, que por séculos constituiu o alicerce da responsabilidade civil, viu-se relegada, nos tempos atuais, à situação de critério técnico insuficiente. O progresso tecnológico e o adensamento populacional, aliados a outros fatores de ordem econômica, política, social e moral, propiciaram o surgimento da teoria da responsabilidade objetiva, fundada na ideia de risco, em suas mais diversas acepções (risco-proveito, risco profissional, risco excepcional, risco criado, risco integral). Diferentemente da doutrina difundida nos primórdios da civilização, em que a objetividade decorria do instinto de vingança e do propósito de punir o lesante, a teoria contemporânea da responsabilidade civil baseia-se nos princípios de justiça e de equidade, visando à reparação da vítima e à garantia da segurança jurídica.

No direito brasileiro, embora ainda se considere a teoria subjetiva da responsabilidade civil como regra, verifica-se uma ampliação do campo de incidência da teoria objetiva, destacando-se, no âmbito da legislação especial, o Código de Defesa do Consumidor, que instituiu o sistema de responsabilidade objetiva para os fornecedores de produtos e serviços, atribuindo-lhes o dever de garantir a adequação e a segurança dos bens introduzidos no mercado de consumo, com o decorrente ônus de arcar com os riscos de seu empreendimento.

As tendências de objetivação da responsabilidade, no entanto, não significam a completa supressão da noção de culpa do campo de investigação reservado à matéria. Ao contrário, o elemento subjetivo permanece atrelado aos novos modelos de responsabilidade fundada no risco, criando sistemas mistos de responsabilização, conforme apontado pela doutrina e reconhecido pela jurisprudência. Não se pode negar, porém, que a culpa já não ocupa mais, no direito contemporâneo, o lugar de principal fundamento da responsabilidade civil, sendo igualmente certo que o seu conteúdo sofreu sensíveis alterações.

Atualmente, a noção de culpa desenvolve-se em um sentido objetivo, sendo apreciada em abstrato, por meio da comparação entre a conduta do agente e um modelo geral de comportamento, o qual é definido com base no grau de diligência ou cautela exigível em face das circunstâncias específicas do caso concreto. Conclui-se, assim, que a culpa adquire um significado normativo, exigindo um juízo de valor em cada hipótese.

Semelhantemente à responsabilidade civil subjetiva, que se funda na ideia de culpa, entendida como violação a um dever geral de cuidado, a responsabilidade aplicável às relações de consumo, apesar de objetiva, tem como alicerce o chamado *dever de segurança*, definido com base nas expectativas legítimas dos consumidores coletivamente considerados em um determinado estágio da evolução social. Tal como a culpa e seu correspondente dever de cuidado, o dever de segurança, cuja violação enseja responsabilização do fornecedor de produtos e serviços, só poderá ser delimitado na análise de cada caso singular, dada a impossibilidade de se determinar previamente todas as situações que possam acarretar riscos ao consumidor.

Na prática judicial, todavia, nem sempre se confere a devida atenção a esse processo de definição do dever atribuído aos fornecedores em matéria de segurança. Representativo desse problema é o caso submetido ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 473.085/RJ, no qual se verificam relevantes divergências na interpretação dos conceitos e normas legais atinentes à responsabilidade civil nas relações de consumo, em razão, principalmente, da falta de consenso a respeito da determinação do dever de segurança incumbido ao fornecedor.

Com base nessas premissas é que se verifica a importância do presente estudo, que procura investigar os conceitos que compõem a responsabilidade civil geral e a responsabilidade civil nas relações de consumo, para, posteriormente, identificar possíveis falhas nas atividades de interpretação e aplicação das normas legais ao caso do REsp 473.085/RJ, como possível indício da existência de um problema maior e generalizado na atividade dos tribunais.

Para essa finalidade, estruturou-se o presente trabalho em três capítulos.

O primeiro indicará a evolução e as principais tendências contemporâneas da responsabilidade civil no direito brasileiro, como forma de constituir o pano de fundo necessário à análise do sistema específico do Código de Defesa do Consumidor.

O segundo capítulo será dedicado à investigação das inovações apresentadas pela lei consumerista e dos conceitos essenciais para a interpretação das normas que regulam a matéria, buscando apontar a falta de esclarecimentos doutrinários em alguns momentos, que acaba por dificultar a aplicação dos dispositivos legais à hipótese concreta.

O terceiro e último capítulo mostrará, na prática, as dificuldades de interpretação e aplicação das normas relativas à responsabilidade civil nas relações de consumo, por meio da análise de um caso concreto. Para tanto, serão utilizados os entendimentos doutrinários desenvolvidos nos capítulos anteriores, como fundamento para a constatação de possíveis falhas no julgamento do REsp 473.085/RJ.

Diante da atual realidade de expansão acelerada da responsabilidade civil e da necessidade de seleção, pelo Judiciário, dos interesses merecedores de tutela, a investigação a que se propõe este trabalho guarda especial relevância, já que pretende demonstrar a forma como vem sendo utilizada a discricionariedade judicial no âmbito da matéria.

CAPÍTULO 1

RESPONSABILIDADE CIVIL E CONTEMPORANEIDADE

A responsabilidade civil desenvolve-se em um ambiente caracterizado pela incerteza e pela mutabilidade, razão pela qual não foi possível, até hoje, estabelecer uma teoria permanente e unitária acerca de seus fundamentos, nem sequer obter um consenso doutrinário a respeito do próprio conceito do instituto. O acordo verifica-se, apenas, na definição da premissa de que o prejuízo sofrido pela vítima em virtude da lesão a um bem jurídico seu deve ser transferido a outrem.

Orientado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça distributiva e da solidariedade social, o tema da responsabilidade civil alcança, hoje, significação muito mais ampla do que a encerrada em sua ideia primitiva. As velhas estruturas já não conseguem atender às novas aspirações sociais, construídas em um contexto de multiplicação dos danos e de incremento do risco, com o conseqüente aumento da litigiosidade. E a “inundação” do Poder Judiciário, em razão do alargamento da responsabilidade civil, reforça a preocupação, presente em todo o processo evolutivo, com os critérios que justifiquem a responsabilização.

A constatação da insuficiência do critério da culpa fez surgir a responsabilidade baseada na teoria do risco, embora isso não signifique que o primeiro fundamento tenha sido excluído da ordem jurídica. Ao contrário, ambos os fundamentos subsistem nos ordenamentos modernos e se aplicam conforme as exigências do caso específico, para a consecução da finalidade primordial da responsabilidade civil, que consiste na restituição do prejudicado à situação anterior.

Da mesma forma, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual tem perdido muito de sua utilidade, sobretudo porque se tem considerado uma como abrangente da outra, sem se cogitar de qualquer incompatibilidade entre as duas espécies.

Por fim, a busca pelo efetivo ressarcimento da vítima prejudicada, sem que se atribua ao ofensor encargo maior do que pode suportar, tem ensejado a criação de mecanismos de coletivização da responsabilidade, a exemplo do seguro obrigatório. Todas essas tendências mostram-se relevantes na medida em que indicam a direção a ser seguida pelos tribunais no julgamento dos casos submetidos à sua apreciação.

O presente capítulo dedicar-se-á à análise da evolução da responsabilidade civil, em sentido amplo, bem como à identificação das principais tendências contemporâneas relacionadas à matéria, como forma de obter o necessário suporte teórico ao desenvolvimento dos capítulos subsequentes e de determinar os critérios que devem informar a prática judicial.

1.1 Evolução do conceito e do fundamento da responsabilidade civil

As primeiras noções de responsabilidade civil guardam pouca ou nenhuma semelhança com as ideias difundidas atualmente, evidenciando o fenômeno da “revolução” que se manifesta na matéria, identificado por Louis Josserand já na década de 1940¹. Para o referido autor, “o tronco primitivo, o tronco romano, desdobrou-se numa porção de ramos, e a responsabilidade tornou-se todo um mundo jurídico, mundo em movimento, em incessante gestação, sempre a começar”².

Em sua origem, a responsabilidade desenvolve-se em âmbito alheio ao direito, restringindo-se aos mecanismos de vingança privada, a qual é definida por José de Aguiar Dias, citando Leon e Henri Mazeaud, como “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”³. Nesse período, a reparação materializa-se na reação instintiva e automática da vítima, sem se cogitar de nenhuma ideia de culpa ou ausência de culpa por parte do autor do dano⁴.

Antes aplicada de forma natural e espontânea, a vingança privada passou a ser regulada, ingressando no domínio jurídico por meio da pena de Talião prevista na Lei das XII Tábuas. O poder público começou a intervir, no sentido de admiti-la ou excluí-la quando injustificável⁵. Propiciou-se, assim, a transição para a fase da composição voluntária – em que o lesado poderia transigir, recebendo uma compensação econômica (*poena*) do ofensor – e,

¹ JOSSEERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. Trad. de Raul Lima. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, fasc. 454, p. 52-63, jun. 1941, afirma ser o termo “revolução” o mais adequado para descrever o caráter dinâmico da teoria da responsabilidade, em que “a verdade de ontem não é mais a de hoje, que deverá, por sua vez, ceder lugar à de amanhã” (p. 52).

² Idem ibidem, p. 52.

³ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 29.

⁴ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 38.

⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

posteriormente, para o período da composição tarifada ou obrigatória – imposta pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em cada caso concreto, o valor a ser pago pelo lesante.

Nesses primeiros tempos, a pena e a reparação ainda se confundem. Somente ao tempo dos romanos é que se começou a esboçar a discriminação entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, com a diferenciação entre os delitos públicos (ofensas mais graves) e os delitos privados⁶. Nos primeiros, em que a autoridade ocupava a posição de sujeito passivo atingido, a compensação econômica imposta ao réu deveria reverter aos cofres públicos, e, nos últimos, o valor pago pelo ofensor caberia à vítima. O Estado assume, a partir de então, a função de punir, tomando para si a ação repressiva, que se desvincula da ação de indenização.

Mais tarde, sob o império da Lei Aquília, inaugurou-se um novo período da responsabilidade civil, com a introdução de um princípio de generalização, regulador do *damnum injuria datum* (ou reparação do dano), embora ainda não se constituísse como “uma regra de conjunto, nos moldes dos preceitos do Direito moderno”⁷. Com a Lei Aquília, o Direito Romano construiu a estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual, que passou a ser designada também de responsabilidade aquiliana.

Há discussão na doutrina a respeito da adoção ou não, pela Lei Aquília, da noção de culpa como requisito essencial ao direito de reparação do dano causado. Ambas as opiniões encontram sustentadores: em geral, os expositores da matéria definem a culpa como elemento necessário à caracterização do delito, a exemplo de Girard, Gaston May, E. Cuq, Pirson et Villé, Contardo Ferrini, Ihering e Leonardo Colombo⁸. Outros, porém, sustentam a opinião contrária, argumentando que o elemento da culpa teria sido introduzido, gradualmente, por força de interpretação, de acordo com as necessidades sociais. Assim pensam Emilio Betti, Mario Cozzi, Leon e Henri Mazeaud, Frederico Pezella, entre outros⁹.

Não obstante a divergência doutrinária, “a discussão sobre o assunto tem apenas interesse teórico, nenhuma influência podendo exercer sobre os problemas da responsabilidade extracontratual”¹⁰. Importa considerar, apenas, a evolução que o instituto da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana experimentou no direito romano, no sentido de se admitir, mesmo que de forma incipiente, o elemento subjetivo da culpa como constitutivo do delito, contrariamente¹¹ ao objetivismo do direito primitivo¹¹.

⁶ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**, p. 40.

⁷ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**, p. 22.

⁸ Idem ibidem, p. 23.

⁹ Idem ibidem, p. 23 e 24.

¹⁰ Idem ibidem, p. 24.

¹¹ Idem ibidem, p. 26.

As transformações operadas no direito romano repercutiram no Código Civil francês, inspirador da legislação moderna. Segundo José de Aguiar Dias, mesmo antes da codificação, o direito francês já exercia sensível influência nas outras nações. Com o aperfeiçoamento das ideias românicas, “ele estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória”¹². Tal princípio, consolidado pelos ensinamentos de Domat e Pothier, foi inserido no Código Napoleão, que proclamou, em seus artigos 1.382 e 1.383, a responsabilidade civil com fundamento na culpa efetiva e provada. Partindo daí, esse modelo de responsabilidade difundiu-se para a legislação de todo o mundo, inscrevendo-se nos códigos civis modernos, inclusive o nosso.

No caso brasileiro, o Código Civil de 1916 filiou-se claramente à teoria subjetiva da responsabilidade civil, conforme se verifica do seu artigo 159¹³. Deve-se ressaltar, apenas, que “mesmo na sistemática acolhida em 1916 permaneceram alguns casos que se mantiveram alheios a qualquer ideia de culpa e que durante muito tempo quase que passaram despercebidos”¹⁴. Àquela época, esse modelo de responsabilização poderia até oferecer soluções consideradas as mais apropriadas, mas que, atualmente, já não correspondem às expectativas sociais.

Aos poucos, o critério da culpa como fundamento último da responsabilidade civil foi-se revelando insuficiente, dada a velocidade e a intensidade com que se operam as transformações sociais no tempo presente. Analisando os desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, Fernando Noronha identifica a ocorrência de um triplo fenômeno: expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização. Esses três fenômenos, decorrentes do crescimento acelerado da responsabilidade civil e da subsequente crise da teoria da culpa, serão investigados em tópico próprio.

¹² AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**, p. 33.

¹³ Art. 159 CC/1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

¹⁴ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 761, mar. 1999, p. 33.

1.2 Causas dos desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil e a manifestação do triplo fenômeno: expansão dos danos, objetivação da responsabilidade e sua coletivização

A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra do século XVIII, e os seus reflexos nas sociedades humanas (inclusive aquelas não atingidas diretamente pela industrialização) têm sido apontados como a causa essencial da nova concepção de responsabilidade civil¹⁵. O progresso científico, a explosão demográfica e a migração para as cidades, com o conseqüente aumento da proximidade entre os homens e entre estes e as máquinas, provocaram o incremento do risco e a multiplicação dos danos. Nesse contexto, a imposição à vítima do ônus de provar a culpa do ofensor, como requisito para o recebimento da indenização devida, em inúmeros casos a deixava ao desamparo, haja vista a sua constante posição de desvantagem e a dificuldade, daí advinda, de reunir os elementos probatórios.

Tais fatores, aliados a outros de natureza filosófica, política e econômica, contribuíram para o desenvolvimento em direção a uma responsabilidade sem culpa. Louis Josserand e Fernando Noronha mencionam, ainda, um fator de natureza moral, que consiste no sentimento de revolta diante do dano e na exigência de reparação em todos os casos, definidos como “sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico”¹⁶ ou como “valorização do ser humano”¹⁷.

Com o objetivo de atender à aspiração social de reparação de todos os danos causados por outrem, o Direito deixou de se preocupar apenas com o comportamento da pessoa responsável, orientando-se na direção do interesse da vítima, “exatamente para que se deixasse de destacar e de evidenciar o *dever*, para prestigiar e privilegiar o *direito* e o seu efetivo exercício”¹⁸.

O processo de desmantelamento da responsabilidade por culpa, no entanto, não aconteceu de forma simples e rápida, pois, como bem destacado por Giselda Hironaka, “não se altera, assim com facilidade, o foco de atenção primordial de um instituto jurídico”¹⁹. Segundo a mesma autora, o principal abalo que a concepção de culpa sofreu diz respeito a uma alteração intrínseca, essencial de seu conteúdo. Essa deformação de sentido deveu-se,

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010; NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*; SILVA, Wilson Melo da, **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**.

¹⁶ JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*, p. 54.

¹⁷ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*, p. 35.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Civil e Contemporaneidade**: retrato e moldura. Palestra proferida na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, 2003, p. 7.

¹⁹ Idem *ibidem*, p. 7.

sobretudo, ao trabalho dos tribunais, que começaram a considerar como culpa ocorrências moralmente insignificantes e socialmente irrepreensíveis²⁰. Evoluiu-se, um pouco mais adiante, para a admissão da culpa presumida, na qual há a inversão do ônus da prova. Dessa forma, “sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva”²¹. A partir de então, a responsabilidade civil encontrou ambiente propício à retirada da primazia da culpa como base de todo o sistema.

O deslocamento do foco da responsabilidade civil, em atendimento aos novos anseios sociais, está vinculado à manifestação de três fenômenos, conforme lição de Fernando Noronha²²: expansão dos danos suscetíveis de reparação, objetivação da responsabilidade e sua coletivização.

O fenômeno da expansão, como consequência das atuais exigências sociais de reparação de todos os danos, apresentou-se sob duas formas: em primeiro lugar, criou um grande movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais (ou morais); e, em segundo lugar, propiciou o reconhecimento da necessidade de tutela dos danos transindividuais, que resultam da violação de interesses difusos e coletivos²³. No Brasil, a expansão dos danos suscetíveis de reparação pode ser exemplificada pela introdução, na Constituição Federal de 1988, de referências expressas à indenização por danos morais (art. 5º, V e X; art. 114, VI).

A objetivação, por sua vez, desenvolveu-se em razão do convívio constante dos seres humanos com os riscos e perigos trazidos pelas novas tecnologias, a exigir respostas cada vez mais rápidas no que concerne à reparação dos danos provocados por essas modernas técnicas, “aumentando-se o grau de insatisfação dos lesados com qualquer possibilidade de lentidão e ausência de indenização no caso concreto”²⁴. Dessa forma, começou a se configurar a responsabilidade sem apuração de culpa, em que se admite como novo fundamento a chamada teoria do risco.

Fernando Noronha afirma que são três os riscos que fundamentam a responsabilidade objetiva: o risco de empresa, em que o profissional que exerce atividade econômica deve suportar os ônus decorrentes de qualquer evento danoso inerente ao processo de produção ou distribuição; o risco administrativo, em que a pessoa jurídica de direito público responsável

²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Civil e Contemporaneidade**: retrato e moldura, p. 8.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 142.

²² NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 35.

²³ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 37.

²⁴ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Responsabilidade civil nas atividades de risco**: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002. São Paulo, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 28.

por determinada atividade deve assumir a obrigação de indenizar particulares que venham a ser lesados; e o risco-perigo, em que aquele que se beneficia de atividade potencialmente perigosa deve responder pelas consequências danosas²⁵.

Noronha sustenta, ainda, que a teoria da responsabilidade objetiva está entrando em um segundo momento, correspondente ao “final de uma evolução que começou quando, num primeiro momento, se reconheceu que o requisito *culpa* não sempre era imprescindível para o surgimento da obrigação de indenizar”²⁶. O autor refere-se a algumas hipóteses especiais em que se prescinde do nexo causal para a configuração da responsabilidade, bastando que o dano ocorrido possa ser considerado risco da atividade em questão. Tais hipóteses inserem-se na chamada teoria da responsabilidade agravada, que deve ser utilizada apenas em casos excepcionálíssimos.

É necessário atentar para a recomendação de Andréa Ueda de utilização ponderada da nova teoria e avaliação cuidadosa das atividades que integrarão o seu rol de abrangência, sob pena de se criar um obstáculo ao progresso e ao avanço das ciências. Nas palavras da autora:

Ainda estamos sob a égide da responsabilidade objetiva assentada no risco, e não em tempos de imputabilidade sem culpa para todas as situações de dano ocorridas, apesar de alguns autores doutrinarem que a real mudança de paradigmas se operaria pela aplicação dessa noção²⁷.

Outro ponto de vista que interessa ser mencionado refere-se à proposta de subclassificação da teoria da responsabilidade objetiva, elaborada por Álvaro Villaça Azevedo²⁸, que consiste na bifurcação em responsabilidade objetiva impura e pura. A primeira teria como alicerce a culpa de terceiro, vinculado à atividade do lesante, ou o fato do animal ou da coisa inanimada. A segunda implicaria ressarcimento ainda que não houvesse culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso, uma vez que a indenização seria decorrência de ato lícito ou de mero fato jurídico. Quanto a esta última, não haveria direito de regresso, ressalvadas as hipóteses em que se configurasse culpa ou dolo por parte de um

²⁵ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 37.

²⁶ Idem ibidem, p. 37.

²⁷ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Responsabilidade civil nas atividades de risco**: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002, p. 20.

²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses e responsabilidade civil no Código de Processo Civil. **Revista do Advogado de São Paulo**, São Paulo, n. 44, p. 7-19, out. 1994.

eventual causador do dano²⁹. Sobre o assunto, vale colacionar, ainda, a recomendação de Giselda Hironaka, nos seguintes termos:

É sempre útil relembrar, para deixar melhor definido, que a responsabilidade objetiva – *pura* ou *impura* – deve ser sempre estabelecida pelo legislador, mormente no que respeita à conceituação e aos limites da atividade de risco, sob pena de se deixar o assunto entregue ao *outro lado da carabina*, vale dizer, sob pena de se criar, para a responsabilidade objetiva, uma vala comum onde tudo tenha abrigo, independentemente de causa, de consequência, de prejuízo e da invariável e prévia fixação legal³⁰.

Por fim, o fenômeno da coletivização representa o declínio da responsabilidade individual, em razão do desenvolvimento de técnicas de socialização do dano, em que a indenização da vítima passa a ser um problema de toda a coletividade. A principal forma de concretização dessa tendência é o seguro, que garante pelo menos uma indenização básica ao lesado, ao mesmo tempo em que alivia o ônus incidente sobre o lesante, já que o encargo de pagar a reparação é transferido para o segurador. Essa técnica já é desenvolvida no Brasil, com o seguro obrigatório dos proprietários de veículos automotores (DPVAT) e com o seguro coletivo por acidente do trabalho.

Vale mencionar, na conclusão deste tópico, a observação feita por vários autores no sentido de prever a permanência da responsabilidade subjetiva ao lado da objetiva, sem se cogitar da exclusão de nenhuma das duas. Este é o pensamento de Alvino Lima, descrito no trecho a seguir:

Ambas, porém, continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção do direito dos lesados³¹.

Giselda Hironaka também exterioriza esse pensamento, estendendo a previsão à permanência da responsabilidade individual mesmo em tempos de incentivo à coletivização, conforme se verifica do fragmento transcrito abaixo:

Mas é certo que o futuro não acarretará a plena exclusão da responsabilidade subjetiva fundada na culpa, nem sequer suprimirá a responsabilidade

²⁹ UEDA, Andréa Silva Rasga. **Responsabilidade civil nas atividades de risco**: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002, p. 22.

³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil e contemporaneidade**: retrato e moldura, p. 2.

³¹ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**, p. 41.

individual, mas todas elas conviverão, porque o mérito da evolução não diz respeito à substituição, mas ao alargamento e à ampliação das possibilidades de efetivo exercício do direito à reparação por danos³².

Pode-se afirmar, portanto, que a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva tendem a se compatibilizarem, revelando a progressiva perda de nitidez na distinção de que trata Anderson Schreiber. Trata-se do processo de superação da dicotomia entre os modelos subjetivo e objetivo de responsabilidade, que já se verifica no direito brasileiro, conforme será demonstrado no item a seguir.

1.3 O sistema misto do novo Código Civil e a superação da dicotomia entre *responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva*

O Código Civil Brasileiro de 2002³³ introduziu, como cláusula geral, o modelo objetivo de apuração da responsabilidade civil, retirando o caráter excepcional que lhe era reservado até então. O parágrafo único do artigo 927 do novo Código³⁴ estabelece o dever de indenizar independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outra pessoa. No entanto, apesar desta clara inclinação objetivista, não se encontra abandonado o modelo de responsabilidade subjetiva, continuando previsto na Parte Geral da Lei nova, no Título relativo aos atos ilícitos³⁵.

A permanência de ambos os modelos no corpo do Código Civil, criando um sistema misto, demonstra que “a responsabilidade civil, na contemporaneidade, absolutamente não tem um só fundamento, nem mesmo um fundamento absoluto, como se pensou ser a culpa, anteriormente”³⁶. Confirmando esse preceito, Anderson Schreiber informa que a doutrina

³² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil e contemporaneidade**: retrato e moldura, p. 8.

³³ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com vigência a partir do dia 10 de janeiro de 2003.

³⁴ Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil e contemporaneidade**: retrato e moldura, p. 11.

comparatista tem constatado, em diferentes ordenamentos, a aplicação ora da responsabilidade subjetiva, ora da responsabilidade objetiva³⁷.

Pode-se afirmar, ainda, que os dois modelos encontram-se entrelaçados, e que as suas fronteiras já não se apresentam muito bem definidas. Schreiber cita um exemplo, verificado no Brasil, de aplicação simultânea dos critérios subjetivo e objetivo de responsabilização, correspondente aos acidentes de trânsito, os quais, embora fossem tradicionalmente submetidos ao regime de responsabilidade subjetiva, já sofriam análise também por um viés objetivista, que consistia na presunção quase absoluta de responsabilidade do motorista que atingisse a parte traseira de outro automóvel. Outro exemplo, indicado por Giselda Hironaka, refere-se à responsabilidade por fato de terceiro, em que “a culpa passou a exercer um estranho e distorcido papel”, ao desenvolver-se sob a forma de presunção de culpabilidade, “com aparência de objetivação, mas nome de subjetivação”³⁸.

Ambos os exemplos evidenciam o processo de objetivação da culpa, que, atualmente, constitui o principal fator de aproximação entre os critérios subjetivo e objetivo de responsabilização. Como se verá mais adiante, o estabelecimento de um padrão de comportamento para a aferição da culpa objetiva pode ser facilmente associado ao dever de segurança inerente ao desempenho de atividade de risco.

Analisando essa aparente confusão na aplicação dos critérios de responsabilidade em casos concretos, Schreiber chega à importante conclusão de que, embora isso não elimine a distinção teórica entre responsabilidade objetiva e subjetiva, acaba por tornar “sua distinção prática menos relevante do que se costuma imaginar, sob o ponto de vista dos resultados atingidos”³⁹.

As modificações na noção de culpa em direção à objetivação, bem como as diversas configurações do risco como critério essencialmente objetivo, por sua relevância para a definição dos novos sistemas mistos de responsabilidade, serão analisadas nos dois subitens a seguir.

³⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, p. 210.

³⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade civil e contemporaneidade**: retrato e moldura, p. 9.

³⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, p. 211.

1.3.1 Modificações na noção de culpa em direção à objetivação

As transformações sociais e econômicas, para além de estimular o desenvolvimento de uma responsabilidade objetiva, incitaram a reformulação do conceito de culpa, que, abandonando a acepção psicológica de estado anímico do agente, passou a se desenvolver em direção à objetivação. Nesse sentido é o ensinamento de Anderson Schreiber:

Preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, com a previsibilidade e com a reprovabilidade moral da conduta praticada esmoreceram diante das dificuldades de concreta demonstração destes aspectos, culminando com a consagração da chamada *culpa objetiva*⁴⁰.

Sob essa designação, a culpa passou a ser entendida como “erro de conduta”, isto é, uma conduta mal dirigida a um fim lícito, apreciada não em concreto, com a investigação psicológica das intenções, previsões ou características pessoais do agente, mas em abstrato, por meio de uma comparação com um modelo geral de comportamento, comumente indicado como o “homem médio”⁴¹. Segundo Schreiber, esse conceito de culpa é hoje o mais amplamente aceito na maior parte dos ordenamentos jurídicos.

A própria lei busca estabelecer os deveres e cuidados que o agente deve ter quando desempenha determinadas atividades, mas, obviamente, não se pode esperar por uma regulamentação jurídica que “esgote todas as possíveis violações de cuidados nas atividades humanas”⁴². Sempre existirão situações novas em que o homem praticará algum ato causador de dano a terceiros, sem que se possa apontar a lei infringida. Portanto, ao lado do dever imposto por lei ou regulamento, “há também um dever indeterminado que justifica as hipóteses em que a culpa existe sem que o dever corresponda a um texto expresso de lei ou regulamento”⁴³.

Não havendo regulamentação específica, o conteúdo do dever objetivo de cuidado somente poderá ser determinado por meio da comparação do fato concreto com o comportamento que seria exigível do homem comum, capaz e prudente.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, p. 33.

⁴¹ Idem ibidem, p. 33.

⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 34.

⁴³ Idem ibidem, p. 34.

Ao analisar a culpa em seu sentido objetivo, como “desconformidade a um padrão geral e abstrato de comportamento”, Schreiber conclui que, ao mesmo tempo em que se atenuam as dificuldades inerentes à sua demonstração, aumenta-se o distanciamento entre a culpa e sua tradição moral. O comportamento do indivíduo passa a ser avaliado em razão do que se espera do homem médio ou do *bonus pater familias*, sem se considerar a capacidade dele próprio, que pode estar aquém desse patamar. As críticas a esse modelo são muitas, destacando-se aquela construída, entre outros, por José de Aguiar Dias, no sentido de afirmar a impropriedade da expressão *responsabilidade objetiva* em oposição a *responsabilidade subjetiva*, “partindo da consideração de que o critério que informa a responsabilidade de acordo com o padrão do bom pai de família é objetivo”⁴⁴.

Outra crítica relevante à ideia de culpa objetiva refere-se à dissolução da pretensa neutralidade do modelo abstrato de comportamento, já que, na realidade, esse modelo é definido pelo próprio julgador, com base nas cautelas e cuidados que ele próprio teria se ocupasse o lugar do réu. Em países como o nosso, caracterizado pela pluralidade de culturas e pela imensa desigualdade social, o desconforto criado por um método de aferição de culpa que tem como parâmetro o comportamento prudente do juiz é ainda maior, pois “há uma diversidade radical entre as concepções de diligência média do juiz e do sujeito que se pretende responsável”⁴⁵.

Há que se considerar, ainda, que muitas vezes “o juiz se vê diante de situações às quais não se pode transportar”⁴⁶. O julgador não poderia, no isolamento de seu gabinete, manter-se suficientemente esclarecido acerca de todos os contextos dos quais emergem conflitos, especialmente em um período de crescente complexidade das relações humanas, de especialização dos setores econômicos e do progresso avassalador em termos tecnológicos. Assim, “a definição de um padrão único de diligência e razoabilidade parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas”⁴⁷.

Pelos motivos acima expostos, tem-se incentivado atualmente a utilização do método de fragmentação dos modelos de conduta, baseado em parâmetros de comportamentos específicos e diferenciados, procurando dar ênfase às circunstâncias concretas e às particularidades das diversas situações. Nesse sentido, os tribunais têm buscado auxílio em

⁴⁴ AGUIAR DIAS, José de *apud* SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, p. 37.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, p. 39.

⁴⁶ *Idem* *ibidem*, p. 39.

⁴⁷ *Idem* *ibidem*, p. 40.

dados externos fornecidos pela própria sociedade, a exemplo das diretrizes emitidas por associações profissionais e dos critérios estabelecidos nos códigos de conduta. As cortes tendem, cada vez mais, a recorrer à assistência de órgãos, entidades e técnicos especializados no tipo de comportamento que se avalia.

Como bem conclui Schreiber, essa orientação mais pluralista, atenta à realidade prática, perde em abstração, porém ganha em objetividade, na medida em que desconstrói o padrão único de comportamento, que acabava por se reportar a um homem médio de difícil definição, normalmente desconhecido para a sociedade⁴⁸.

1.3.2 Configurações do risco como novo fundamento da responsabilidade civil

O surgimento da ideia de risco como novo fundamento da responsabilidade civil, na segunda metade do século XIX, resultou, conforme demonstrado anteriormente, do crescimento acelerado das hipóteses de ressarcimento e da consequente demonstração da insuficiência do conceito clássico de culpa. A determinação do critério do risco para a responsabilização teve como marco inicial a obra de Louis Josserand⁴⁹, que relacionou o processo de objetivação da responsabilidade à substituição da noção de culpa pela de risco, partindo do princípio de que “quem cria um risco deve suportar a efetivação dele”⁵⁰.

A difusão da nova doutrina logo deu ensejo ao aparecimento de várias concepções em torno da ideia central do risco, que se identificaram como subespécies ou modalidades, dentre as quais merecem destaque as teorias do *risco-proveito*, do *risco profissional*, do *risco excepcional*, do *risco criado* e do *risco integral*. O maior destaque, no entanto, deve ser reservado à teoria do *risco criado*, tendo em vista que possui hoje o maior número de adeptos. A respeito do tema, Alvino Lima manifesta-se da seguinte forma:

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, p. 41.

⁴⁹ BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro**. Brasília, 2003. 259 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, afirma que a doutrina objetivista teve como precursor Raymond Saleilles, autor que propôs o alargamento da noção de culpa, fazendo com que esta chegasse a se confundir com a noção de nexo causal. Todavia, o rompimento com a tradição somente efetivou-se por meio das ideias de Louis Josserand, “que, com maior arrojo, reclamou a substituição da culpa na teoria da responsabilidade” (p. 143).

⁵⁰ JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*, p. 61.

A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no *risco criado* pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinal para o direito positivo⁵¹ (grifo aditado).

A teoria do *risco-proveito* baseia-se no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo. Logo, considera-se responsável aquele que tira proveito ou vantagem da atividade danosa. Definida dessa maneira, a teoria apresenta uma grande dificuldade, apontada por Sérgio Cavalieri Filho⁵², que está na conceituação do proveito, isto é, em saber se há necessidade de o agente obter vantagem econômica ou não. A resposta em um ou em outro sentido teria consequências distintas no campo de aplicabilidade da teoria objetiva.

Para os que sustentam a teoria do risco profissional, a responsabilidade decorre do vínculo empregatício, em razão do qual se atribui ao empregador o dever de indenizar os danos causados a seus empregados no trabalho ou por ocasião dele.

Há, ainda, os doutrinadores adeptos da teoria do risco excepcional, que estabelece o dever de reparar sempre que o dano for consequência de um risco que não se inclui nas atividades comuns da vítima, criado pelo desempenho de atividades mais suscetíveis de causar prejuízos, como a exploração de energia nuclear e de redes elétricas de alta tensão.

A teoria do risco criado, mais amplamente aceita nos tempos atuais, tem como grande defensor o insigne Caio Mário da Silva Pereira, que assim a define: “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”⁵³. Diferentemente da teoria do risco-proveito, não se cogita aqui da correlação entre o dano e a vantagem eventualmente auferida pelo agente, ou seja, não há subordinação do dever de reparar ao pressuposto do proveito. Considera-se apenas a atividade em si mesma, criadora do risco, e suas consequências danosas para o direito de outrem.

Como modalidade extremada da doutrina do risco, a teoria do risco integral só tem sido adotada, no nosso direito, em casos excepcionais. Por essa teoria, a relação de causalidade torna-se dispensável, bastando o dano para que se configure o dever de indenizar. Logo, não se cogita da exclusão da responsabilidade por rompimento do nexos causal (como normalmente aconteceria em casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior).

⁵¹ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**, p. 119.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 143.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 144.

Para concluir, é importante ressaltar que o risco está diretamente ligado ao chamado *dever de segurança*, estabelecido pela lei para a garantia da plena proteção do ser humano. A ordem jurídica, ao mesmo tempo em que assegura a liberdade de ação e a livre iniciativa, permitindo inclusive o exercício de atividades perigosas, estabelece a necessidade de segurança, de modo a evitar a ocorrência de danos. Assim, na responsabilidade objetiva, a obrigação de indenizar surge a partir da violação do direito de segurança da vítima.

1.4 Utilidade da distinção entre *responsabilidade contratual e extracontratual*

Conforme visto nos itens anteriores, a obrigação de indenizar surge quando alguém viola um dever jurídico de que resulte dano a outrem. Esse dever, passível de violação, pode derivar de uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou seja, de um contrato, ou, por outro lado, pode ter como fonte uma obrigação imposta por preceito geral de direito ou pela própria lei. De acordo com a origem do dever, a responsabilidade civil será designada de *contratual* ou *extracontratual*. Se o dever jurídico violado estiver previsto no contrato, em que as obrigações decorrem da manifestação de vontade dos indivíduos, haverá responsabilidade contratual. Se esse dever estiver previsto na lei ou na ordem jurídica, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica da qual ele possa resultar, haverá responsabilidade extracontratual⁵⁴.

Embora o Código Civil brasileiro adote essa tese dualista ou clássica, de distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, muitos doutrinadores entendem que não são relevantes os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, uma vez que seus efeitos são uniformes⁵⁵. Outros, como Fernando Noronha, defendem a necessidade de se repensar as relações entre a responsabilidade civil (extracontratual) e a responsabilidade negocial (contratual)⁵⁶.

Noronha trata especificamente das hipóteses de concurso entre os dois tipos de responsabilidade, que hoje ocorrem com certa frequência. Para ele, a solução adequada ao problema seria considerar a responsabilidade civil (em sentido estrito) como o direito comum (ou geral), perante o qual a obrigação relativa a danos decorrentes de negócios jurídicos seria

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 15 e 16.

⁵⁵ Idem *ibidem*, p. 16.

⁵⁶ NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*, p. 41.

mero direito especial. Aplicar-se-iam, assim, regras bastante conhecidas, no sentido de que o direito especial não contém princípios jurídicos conflitantes com os do direito geral respectivo e, de outro turno, que as normas gerais estendem-se ao direito especial sempre que este não contenha norma específica.

O autor menciona um problema prático relacionado aos limites da liberdade dos intervenientes em negócios jurídicos na prefixação de cláusulas de exclusão de responsabilidade, que geralmente são consideradas válidas no âmbito da responsabilidade negocial, mas inválidas na responsabilidade civil em sentido estrito. Em sua opinião, “o critério geral a seguir parece ser o de que, quando estiverem em causa bens indisponíveis, como na hipótese de danos corpóreos, haverá incidência exclusiva das regras da responsabilidade civil em sentido estrito”⁵⁷.

Em alguns casos específicos, em que a autonomia privada e os princípios gerais da responsabilidade civil apresentam-se fortemente entrelaçados, o próprio ordenamento jurídico procura estabelecer uma regulamentação ampla que reúna as regras tanto da responsabilidade contratual como da extracontratual. É o que Fernando Noronha denomina de *sistema único de responsabilidade*. Um exemplo de tal sistema está no Código de Defesa do Consumidor, no que tange à responsabilidade pelo fato ou pelo vício do produto ou do serviço. A esse respeito, vale transcrever o seguinte trecho, da obra de Sérgio Cavalieri Filho:

O Código do Consumidor, como se verá, superou essa clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que respeita à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. Ao equiparar ao consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo⁵⁸.

Se a responsabilidade civil em sentido estrito for considerada o regime-regra, nos termos anteriormente expostos, a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual estará superada, uma vez que os direitos especiais – representados pelos sistemas únicos de responsabilidade e pela própria responsabilidade negocial – muito embora apresentem peculiaridades, terão de atender sempre aos princípios basilares da responsabilidade civil geral.

⁵⁷ NORONHA, Fernando. Desenvolvidos contemporâneos da responsabilidade civil, p. 43.

⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 16.

Essas tendências no campo da responsabilidade civil tiveram sensível influência na configuração do modelo previsto no Código de Defesa do Consumidor, que será analisado com maior profundidade no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2

RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: CRIAÇÃO DE UM NOVO MODELO?

Em obediência ao mandamento constitucional inscrito nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Carta de 1988, bem como no artigo 48 de suas Disposições Transitórias, foi publicada, em 11 de setembro de 1990, a Lei nº 8.078, instituindo o Código de Defesa do Consumidor. Com a aprovação da lei consumerista, as concepções vigentes no direito pátrio sofreram profundas transformações, especialmente no que diz respeito à responsabilidade civil, razão pela qual se tem cogitado da configuração de um novo sistema de responsabilização.

Considerando a evolução histórica do direito do consumidor, é possível afirmar que o seu desenvolvimento está intimamente ligado às mudanças ocorridas no cenário político e econômico das últimas décadas. Antes, ao tempo do ideário liberal individualista, cujo marco é a Revolução Francesa, o ambiente não se apresentava favorável à concessão de qualquer privilégio ou proteção especial, além de não se admitir nenhum tipo de intervenção judicial para rever ou modificar os contratos firmados no exercício do comércio. O liberalismo econômico vigente à época exigia um forte abstencionismo do Estado, no sentido de deixar aos particulares a livre regulação do mercado.

Somente nos anos 60 e 70, com o reconhecimento dos direitos da cidadania, é que se impulsionou o movimento em prol de uma legislação sobre os direitos do consumidor, embora, no Brasil, essa iniciativa tenha partido de grupos isolados, não alcançando o *status* de um verdadeiro movimento social. Ainda assim, conforme lição de Heloísa Carpena Vieira de Mello, “alcançamos um patamar de proteção e de controle do mercado muito superior à maior parte dos países em desenvolvimento”⁵⁹.

Firmou-se na doutrina o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor representou um enorme avanço em termos de proteção aos direitos do consumidor. No campo da responsabilidade civil, o progresso é considerado ainda maior, tendo em vista que foram reunidas em um único diploma as principais tendências contemporâneas relacionadas à matéria, a exemplo do estabelecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor como regra e da superação da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. Não é

⁵⁹ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor. **Revista da EMERJ**, v. 1, n. 3, 1998, p. 75.

por outro motivo que alguns autores chegam a afirmar que a responsabilidade civil nas relações de consumo representa a etapa mais avançada do longo processo de evolução da responsabilidade civil⁶⁰.

Para os que defendem a ideia de que o Código de Defesa do Consumidor criou um novo sistema de responsabilidade, a primeira característica distintiva da lei consumerista, em relação ao já debatido modelo do Código Civil de 2002, reside nos seu fundamento e princípios próprios. Assim, antes de adentrar na análise dos dispositivos legais que regulamentam a responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, imprescindível investigar, ainda que de forma breve, os princípios que inspiraram a disciplina da responsabilidade civil nas relações de consumo.

2.1 Princípios fundamentais da responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo

Enquanto o sistema do atual Código Civil ainda baseia-se na culpa como regra, apesar da abertura conferida pelo parágrafo único do artigo 927 à responsabilidade objetiva, o sistema do Código de Defesa do Consumidor apresenta um fundamento de natureza econômica e pragmática, que consiste no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor e da necessidade de reversão dos custos, o que se consegue por via da objetivação da responsabilidade⁶¹.

Ao transferir os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor adotou como regra a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco do empreendimento⁶². Por essa teoria, “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa”⁶³. Nesse sentido, a responsabilidade decorre da simples realização de atividades de produção, estocagem, distribuição ou comercialização de produtos ou da execução de determinados serviços.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 481.

⁶¹ FARENA, Duciran Van Marsen. A responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 2, n. 6, jan./mar. 2003, p. 117.

⁶² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 484.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 484.

Efetuada qualquer dessas ações, o fornecedor passa a ter o dever de garantir a qualidade e a segurança dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Mais uma vez, vale trazer a observação no sentido de que a ideia de culpa não está completamente afastada do campo de investigação da responsabilidade civil, mesmo na nova sistemática aplicável às relações de consumo. Esse é o entendimento de Roberto Grassi Neto:

Em que pese a natureza objetiva da responsabilidade prevaleça como regra geral nas relações de consumo, a análise da culpa será relevante para exclusão da responsabilidade do fabricante, do produtor, do construtor e do importador pelos danos causados aos consumidores por defeitos do produto, em sendo demonstradas uma das seguintes hipóteses [...]. O mesmo raciocínio foi empregado com relação aos defeitos concernentes à prestação de serviços ou à inadequação das informações sobre sua fruição e riscos⁶⁴.

Superada, inicialmente, a questão do fundamento, importa mencionar os princípios que conferem alguma particularidade ao sistema de responsabilidade adotado pelo Código de Defesa do Consumidor. Entre eles, destacam-se o princípio da informação, da prevenção, da reparação integral e da segurança.

O princípio da informação, previsto no artigo 6º, III, do CDC, como um dos direitos básicos do consumidor, resume-se na “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Essa informação deve ser prestada de maneira objetiva, respeitando-se as exigências fixadas conforme o grau de nocividade ou periculosidade do produto ou serviço.

O dever de informar assume papel especialmente importante no campo da responsabilidade civil do fornecedor, uma vez que este poderá responder pelo chamado risco inerente – assim designado o risco intrínseco à própria natureza do produto ou serviço – caso não preste as informações adequadas. Registre-se que, em princípio, o fornecedor não responde pelos riscos inerentes, salvo se não cumprir com o seu dever de informar.

A informação clara e exaustiva acerca dos riscos apresentados pelos diferentes produtos e serviços permite a materialização de um princípio maior – o princípio da prevenção, que se encontra consagrado nos artigos 6º, VI, e 10 do CDC. Este último dispositivo estabelece uma proibição à colocação no mercado de consumo de produtos ou serviços mais suscetíveis de causarem danos aos consumidores, por seu alto grau de

⁶⁴ GRASSI NETO, Roberto. Natureza jurídica da responsabilidade civil nas relações de consumo. **Revista Forense**, v. 105, n. 401, jan./fev. 2009, p. 310.

nocividade ou periculosidade. O § 1º do mesmo artigo, por sua vez, reforça o caráter preventivo buscado pela Lei, ao dispor o seguinte:

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

Isso ocorre com o chamado *recall*, muito utilizado pelas concessionárias de veículos, que, ao descobrirem problemas com a segurança dos produtos já colocados em circulação, solicitam sua devolução para substituí-los ou sanar-lhes o defeito.

O princípio da reparação integral encontra-se inserido também no inciso VI do artigo 6º do CDC. A adoção desse princípio revela a incorporação, pelo CDC, da tendência contemporânea de expansão dos danos indenizáveis, na medida em que o dever de reparar passa a abranger tanto os danos patrimoniais como os morais, sejam eles individuais, coletivos ou difusos. Uma de suas manifestações corresponde à vedação de qualquer cláusula de não indenizar ou que limite a indenização, nos termos do artigo 25 do CDC.

Com especial atenção deve ser analisado o princípio da segurança, tendo em vista que “nele se estrutura todo o sistema de responsabilidade civil nas relações de consumo”⁶⁵. Ao estabelecer a responsabilidade civil do fornecedor, o CDC vinculou o dever de reparar à existência de defeito no produto ou no serviço, que, por sua vez, corresponde à ausência da segurança legitimamente esperada. É o que dispõe o § 1º do artigo 12: “O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera”. No mesmo sentido estabelece o § 1º do artigo 14: “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar”. Confirmando a relevância do princípio, Cavalieri Filho assevera que “o principal fundamento da responsabilidade do fornecedor não é o risco, como afirmado por muitos, mas, sim, o **princípio da segurança**”⁶⁶.

Vale mencionar, ainda, os princípios da boa-fé objetiva (art. 4º, III, CDC), da solidariedade (art. 7º, § único, CDC) e da confiança (art. 4º, CDC), estes dois últimos traduzidos pela superação da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual – o primeiro por se referir à responsabilização conjunta dos fornecedores independentemente de vínculo contratual, e o segundo por estender a designação de “consumidor” a todos aqueles que são ou venham a ser parte na relação de consumo.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 486.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 486.

Indicados os princípios fundamentais que sustentam o sistema de responsabilidade do Código de Defesa do Consumidor, com maior segurança poderão ser avaliadas as definições contidas nas normas que cuidam da matéria, tarefa que será empreendida nos próximos itens.

2.2 Responsabilidade por vício do produto e do serviço

O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer a responsabilidade civil do fornecedor, concentrou-se na existência de um vício ou de um defeito no produto ou no serviço, com vistas a garantir a adequação e a segurança que deles se espera. Por apresentarem naturezas distintas, os defeitos e os vícios foram disciplinados em seções separadas, constituindo duas modalidades de responsabilidade do fornecedor: pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 17) e pelo vício do produto e do serviço (arts. 18 a 25). Apesar de contrariar a sequência em que as normas foram dispostas no Código, os vícios serão analisados em primeiro lugar.

Conforme definição de Duciran Van Marsen Farena, o vício do produto ou do serviço “corresponde a uma inadequação às necessidades do consumidor, razão pela qual este sofre um decréscimo de seu patrimônio, considerando-se a soma que despendeu pelo produto ou serviço”⁶⁷. Em outras palavras, o vício corresponde à falha interna do produto ou do serviço, que compromete sua utilidade em relação ao que o consumidor legitimamente poderia esperar, acarretando prejuízo econômico.

Embora os artigos 18 e 20 do CDC não tenham repetido a locução “independentemente da existência de culpa”, inserida nos artigos 12 e 14, a responsabilidade por vício do produto e do serviço é facilmente definida como objetiva, tendo em vista que não há, naqueles dispositivos, qualquer menção à culpa, necessária para a caracterização da responsabilidade subjetiva⁶⁸. O artigo 23 confirma a adoção do modelo objetivo, ao estabelecer que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”.

⁶⁷ FARENA, Duciran Van Marsen. A responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 2, n. 6, jan./mar. 2003, p. 119.

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 510.

Importa proceder à diferenciação entre os vícios do produto, previstos no Código de Defesa do Consumidor, e os vícios redibitórios, disciplinados pelo Código Civil. Segundo Cavaliere Filho, “enquanto os *vícios redibitórios* pelo Código Civil dizem respeito aos *defeitos ocultos da coisa* (art. 441), os vícios de qualidade ou de *quantidade* de bens e serviços podem ser *ocultos* ou *aparentes*”⁶⁹. Outra distinção diz respeito aos requisitos de cada espécie: para a configuração dos vícios redibitórios, é necessário que a coisa seja recebida em virtude de relação contratual e que o defeito seja grave e contemporâneo à celebração do contrato; de outro lado, tais requisitos mostram-se irrelevantes para a configuração do vício do produto.

De acordo com o CDC, os vícios podem ser de qualidade ou de quantidade. Os primeiros violam a funcionalidade do produto ou do serviço, tornando-os impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou diminuindo-lhes o valor. Os últimos decorrem da disparidade com as indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, no caso dos produtos, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza (por exemplo, a perda de conteúdo líquido do gás liquefeito de petróleo engarrafado durante o processo de distribuição); ou da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, no caso dos serviços. Há quem diga que a disparidade na informação devida ao consumidor constitui um terceiro tipo de vício – o de informação. Este surgiria também na presença de uma informação inadequada diante das circunstâncias⁷⁰.

Note-se que, na disciplina dos vícios de qualidade ou quantidade, qualquer fornecedor poderá ser responsabilizado, indiferentemente, pelo consumidor. É o que dispõe o artigo 18 do CDC: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis *respondem solidariamente* pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam [...]”. No mesmo sentido estabelece o artigo 19: “Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de qualidade do produto”. Por analogia, aplica-se a solidariedade também aos vícios do serviço, apesar de não haver menção expressa no artigo 20. Só não será aplicável a solidariedade nas hipóteses dos artigos 18, § 5º, e 19, § 2º, que cuidam, respectivamente, do produto *in natura* e do equívoco na medição ou pesagem do produto pelo fornecedor imediato, quando o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 511.

⁷⁰ FARENA, Duciran Van Marsen. A responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil, cita o caso dos fabricantes de papel higiênico que decidiram reduzir a metragem do rolo de quarenta para trinta metros, limitando-se a corrigir a tímida inscrição na embalagem, sem maior anúncio ou mensagem específica quanto à redução. O consumidor, que não tem o hábito de conferir a metragem do papel a cada aquisição, acaba por ser enganado, ao levar o produto de quantidade inferior (p. 132).

O fornecedor dispõe do prazo de 30 dias para sanar o vício do produto, com a substituição das partes viciadas, antes que o consumidor possa servir-se das alternativas de substituição do produto, restituição da quantia paga e abatimento proporcional do preço (art. 18, § 1º). Observe-se que todos os produtos estão submetidos a essa disciplina, desde o mais simples até o mais sofisticado. Ressalte-se, ainda, que descabe ao fornecedor (fabricante ou comerciante) antepor qualquer espécie de dificuldade no reparo do produto; do contrário, o consumidor poderá servir-se imediatamente das alternativas dos incisos I, II e III⁷¹.

O uso imediato das alternativas de substituição, restituição ou abatimento proporcional, antes mesmo do pedido de reparação, só será admitido nos casos em que, devido à extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial, conforme § 3º do artigo 18.

Quanto aos vícios do serviço, as medidas reparatórias consistem na reexecução do serviço, restituição imediata da quantia paga ou abatimento proporcional do preço, à escolha do consumidor (art. 20, I a III). O § 1º do mesmo artigo permite a reexecução do serviço por terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

Resumidos os principais aspectos da responsabilidade por vício, o que importa frisar é a sua decorrência de simples falha interna do produto ou serviço, cujas consequências danosas exaurem-se neles mesmos. Quando o prejuízo extrapola esse limite, alcançando a integridade física do consumidor ou seu patrimônio, tem-se o chamado fato do produto ou do serviço, a desencadear outra modalidade de responsabilização. Esta será analisada no item a seguir.

2.3 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço

Enquanto a responsabilidade por vício está relacionada a um dever de qualidade, objetivando a garantia do adequado funcionamento, utilização ou fruição do produto ou do serviço, a responsabilidade pelo fato liga-se a um dever de segurança, cuja violação caracteriza o chamado “defeito”, o qual não apenas compromete a prestabilidade do produto ou do serviço, mas também cria riscos à incolumidade do consumidor ou de terceiro.

⁷¹ FARENA, Duciran Van Marsen. A responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil, p. 133.

Em acepção ampla, a expressão “defeito” poderia caracterizar tanto o vício como o fato, uma vez que ambos representam uma falta ou uma desconformidade com as expectativas legítimas em relação a determinado produto ou serviço. A diferença residiria, assim, na nocividade à segurança do consumidor, presente no fato e ausente no vício, tendo em vista que, neste último, o defeito apresenta-se circunscrito ao produto ou serviço em si, sendo-lhe inerente ou intrínseco, sem causar danos externos. No fato, por outro lado, “o defeito é tão grave que provoca um acidente que atinge o consumidor, causando-lhe dano material ou moral”⁷².

Desconsiderando a distinção técnica entre vício e defeito, Roberto Senise Lisboa ensina que “no acidente de consumo, o produto ou o serviço apresenta um *vício* exógeno ou extrínseco, isto é, um *defeito* que extrapola a própria substância do bem e ofende a vida, a saúde (higidez física e psíquica) ou a segurança do consumidor (art. 6º, I, da Lei 8.078/90)” (grifos aditados).

Ocorre que a própria lei restringe o conceito de “defeito”, associando-o ao fato do produto e do serviço. É o que se observa da redação dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, nos seguintes termos:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por *defeitos* decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

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

Depreende-se desses dispositivos que o fato do produto e do serviço é um acontecimento externo, que atinge a incolumidade físico-psíquica do consumidor e o seu patrimônio, em decorrência de um defeito, causando um acidente de consumo. Os citados dispositivos permitem constatar, ainda, a adoção do modelo de responsabilidade objetiva para os fornecedores de produtos e serviços, evidenciada pelo uso da expressão “independentemente da existência de culpa”, embora tal regra não se aplique de forma absoluta.

⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 488.

Vale mencionar a crítica de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin à expressão “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, que acaba por enfatizar o elemento material em detrimento do elemento humano consequencial, em desacordo com o enfoque moderno que o direito do consumidor pretende dar ao problema. Por se referir a coisas inanimadas (produtos e serviços), que não são capazes de fatos, a designação mais adequada a esse modelo de responsabilização seria a de “responsabilidade pelos acidentes de consumo”. O entendimento do autor está sintetizado no seguinte trecho:

A rigor, aqui o direito do consumidor – ao revés do que sucede com os vícios de qualidade por inadequação – só se volta para o fenômeno material inerente ao produto (o defeito) quando tem seu interesse despertado pela sua habilidade para causar o fenômeno humano (o acidente de consumo)⁷³.

Importa registrar, ainda, que o tratamento conferido pelo CDC à matéria levou à superação, de uma vez por todas, da dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual ou o fato ilícito “para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não”⁷⁴.

Os produtos e serviços defeituosos, responsáveis pela grande maioria dos acidentes de consumo, estão definidos no § 1º dos artigos 12 e 14 do CDC, transcritos abaixo:

Art. 12. [...]

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

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

[...]

Art. 14. [...]

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

⁷³ OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 44.

⁷⁴ Idem ibidem, p. 44.

Segundo Cavalieri Filho, o defeito do produto constitui o atual fato gerador da responsabilidade do fornecedor, em substituição à anterior noção de conduta culposa ou de relação jurídica contratual. Basta, agora, o nexo de causalidade entre o defeito do produto ou do serviço e o acidente de consumo. A questão nodal, portanto, consiste em definir o que é o defeito, embora a própria lei já tenha indicado seus contornos, ao relacioná-lo à segurança legitimamente esperada. O assunto será analisado com maior detalhamento no próximo item.

2.3.1 O dever de segurança e a sua violação como caracterizadora do defeito

A responsabilização pelo fato do produto e do serviço sustenta-se no dever geral dos fornecedores de não colocar no mercado de consumo produtos e serviços que acarretem riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis (art. 8º, CDC). Da mesma forma, o fornecedor não poderá oferecer produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança (art. 10, CDC). Caso o produto ou serviço ostente algum potencial de nocividade ou periculosidade, o fornecedor deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito desse fator de risco, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis (art. 9º, CDC).

Com base nesses dispositivos, tem-se afirmado que o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o risco; por isso a teoria do risco do empreendimento. No entanto, conforme entendimento de Cavalieri Filho, o risco, por si só, não gera a obrigação de indenizar. Nas palavras do autor, “risco é perigo, é mera probabilidade de dano; e ninguém viola dever jurídico simplesmente porque fabrica um produto ou exerce uma atividade perigosa, mormente quando socialmente admitidos e necessários”⁷⁵. Nesse sentido, a responsabilidade só surge quando há violação do dever jurídico correspondente, ou seja, do dever de segurança. Aí estaria o “verdadeiro fundamento da responsabilidade do fornecedor”⁷⁶.

O risco do consumo está diretamente ligado à ideia de segurança, na medida em que é da maior ou menor presença daquele que esta decorre. Entendido como a probabilidade de que um produto ou serviço venha a causar dano à saúde humana, o risco, não podendo ser eliminado inteiramente pelo direito, deve ao menos ser controlado. Com esse propósito é que o legislador impôs o dever de segurança aos fornecedores de produtos e serviços.

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 490.

⁷⁶ Idem *ibidem*, p. 491.

Não se pode almejar que o direito do consumidor seja capaz de transformar o mercado em um ambiente livre de riscos, isto é, absolutamente seguro. Por isso mesmo, o objetivo da teoria da responsabilidade nas relações de consumo não é de suprimir todos os riscos associados com produtos e serviços. “O que se pretende é que todos os esforços sejam encetados no sentido de assegurar que os riscos mantenham-se no limite do razoável”⁷⁷. Sobre o assunto, Nehemias Domingos de Melo, citando Cláudia Lima Marques, ensina que não se trata “de uma segurança absoluta, mesmo porque o CDC não desconhece ou proíbe que produtos naturalmente perigosos sejam colocados no mercado de consumo, ao contrário, concentra-se na ideia de defeito, de falha na segurança legitimamente esperada”. Da mesma forma, Farena afirma que não deve haver isenção total em termos de periculosidade ou nocividade do produto ou do serviço:

Isso não significa dizer que os produtos devem ser totalmente isentos de qualquer periculosidade, mas sim que a periculosidade do produto deve ser objeto de intensa preocupação por parte do fornecedor, preocupação esta que deve traduzir-se em cabal informação ao usuário acerca dos riscos a que estará sujeito⁷⁸.

O sistema de produção em massa, característico da modernidade, é incapaz de criar produtos e serviços completamente isentos de defeitos. Ao mesmo tempo em que oferecem maior conforto e inovação, os novos bens de consumo aumentam seus riscos, “como decorrência natural de sua progressiva complexidade, assim como de sua quantidade e multiplicidade no mercado”⁷⁹. Em outras palavras, todo bem de consumo traz em si o elemento da capacidade de causar acidente de consumo. Se a segurança for entendida como resultado da combinação de dois elementos – capacidade de causar acidente e desconformidade com uma expectativa legítima do consumidor⁸⁰ –, o que se deverá avaliar efetivamente é a presença desse último requisito.

Analisando os dispositivos legais atinentes à matéria, verifica-se que a expectativa legítima corresponde à segurança que o consumidor pode esperar de determinado produto ou serviço. E essa noção de segurança, como já esclarecido anteriormente, tem certa relatividade, pois não há produto ou serviço totalmente seguro. Deve-se avaliá-la, portanto, com base nas concepções de normalidade e previsibilidade, uma vez que o defeito só existirá se a

⁷⁷ OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**, p. 45.

⁷⁸ FARENA. A responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil.

⁷⁹ OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**, p. 47.

⁸⁰ OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor** e CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. Ambos os autores identificam esses dois elementos como definidores da noção de segurança.

insegurança ultrapassar o patamar do que se considera normal e previsível. Do contrário, estará configurada a periculosidade inerente, que, diferentemente da periculosidade adquirida, não reclama a atuação do direito. Por sua relevância para o presente estudo, a distinção entre os dois tipos de periculosidade será analisada com maior cuidado no item seguinte.

2.3.2 O risco inerente e o dever de informar

Há riscos que são inerentes a determinados produtos e serviços, intrinsecamente ligados à sua natureza e modo de funcionamento. Para ser caracterizado como tal, e assim integrar a zona da expectativa legítima do consumidor, o risco deve preencher dois requisitos, um objetivo e outro subjetivo. Em primeiro lugar, exige-se que a periculosidade esteja em conformidade com o tipo específico de produto ou serviço (critério objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar perfeitamente apto a prevê-la, isto é, o risco não o surpreende (critério subjetivo). “Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade de causar acidentes de consumo, qualifica-se como *inerente* e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do direito”⁸¹. De fato, a periculosidade só adquire relevância jurídica quando ultrapassa o nível de expectativa legítima, em razão de sua imprevisibilidade ou anormalidade. Vale transcrever a elucidativa lição de Herman Benjamin a respeito do tema:

Em matéria de proteção da saúde e segurança dos consumidores vige a *noção geral da expectativa legítima*. Isto é, a ideia de que os produtos e serviços colocados no mercado devem atender as expectativas de segurança que deles *legitimamente* se espera. As expectativas são *legítimas* quando, confrontadas com o estágio técnico e as condições econômicas da época, mostram-se plausíveis, justificadas e reais. É basicamente o desvio deste parâmetro que transforma a periculosidade inerente de um produto ou serviço em periculosidade adquirida⁸².

Atento à realidade do mercado de consumo, o legislador busca delimitar o princípio geral da segurança, razão pela qual a periculosidade inerente raramente dá causa à responsabilização do fornecedor. Reproduzindo o pensamento de Cavalieri Filho, “para não chegarmos a uma inteligência absurda, devemos entender que os danos decorrentes da

⁸¹ OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**, p. 48.

⁸² Idem *ibidem*, p. 48.

perigosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, só respondendo o fornecedor de serviços pelos danos causados pela perigosidade adquirida”⁸³.

Para que a periculosidade inerente efetivamente não dê causa à responsabilização do fornecedor, exige-se que o consumidor seja adequadamente informado dos riscos associados ao produto ou serviço. Devido à impossibilidade de se eliminar totalmente a periculosidade inerente de certos bens de consumo, a não ser com a destruição de algumas ou de todas as suas qualidades essenciais, impõe-se ao fornecedor o dever jurídico de informar, expressamente estabelecido no artigo 9º do CDC. A violação a esse dever pode levar o fornecedor a ter que responder pelos riscos inerentes, não por defeito do produto ou do serviço, mas pelo defeito de informação.

Diferentemente do risco inerente, caracterizado pela periculosidade normal e conhecida – previsível em razão de sua própria natureza –, o risco adquirido qualifica-se essencialmente pela imprevisibilidade. A depender da causa do defeito apresentado, a periculosidade adquirida pode inscrever-se em três modalidades básicas: defeitos de fabricação, defeitos de concepção e defeitos de comercialização, também denominados de informação ou de instrução. Constitui qualidade comum entre os três tipos de defeito o fato de todos atribuírem ao produto uma potencialidade danosa que ele normalmente não possui, sendo inesperada para o consumidor.

A determinação do que é ou não perigoso cabe, preponderantemente, aos tribunais. Por vezes, os juízes se utilizam de critérios fixados pela Administração Pública, que funcionam como *standards mínimos* de segurança para os bens de consumo⁸⁴. Evidentemente que, tomados de forma isolada, os padrões mínimos estabelecidos pelo administrador não são suficientes para determinar o dever de indenizar. É necessário que os produtos e serviços mantenham-se sempre dentro dos limites definidos pela noção geral de segurança, independentemente de estarem ou não de acordo com a regulamentação em vigor.

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 176.

⁸⁴ OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**, p. 48 e 49.

2.3.3 Os responsáveis

Em tese, todos os agentes econômicos envolvidos com a produção ou comercialização do produto ou com a execução do serviço deveriam ser responsáveis pela sua garantia de segurança. Contudo, em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto, o Código de Defesa do Consumidor reconheceu que alguns agentes são mais responsáveis que outros, ao estabelecer, em seu artigo 12, a responsabilidade somente do fabricante, do produtor, do construtor e do importador, excluindo o comerciante. Tal escolha se justifica plenamente em face da impossibilidade de o comerciante exercer qualquer controle sobre a segurança e qualidade das mercadorias no processo de produção em massa. Cabe ao fabricante ou produtor, portanto, assumir os riscos de todo o processo de produção e do ciclo de consumo.

Havendo mais de um fabricante para um mesmo produto, todos são responsáveis solidariamente pela reparação, cabendo ação regressiva contra o efetivo causador do defeito. Trata-se da aplicação do princípio da solidariedade, inserido em diversas passagens do Código (art. 7º, § único, e arts. 18 e 25, §§ 1º e 2º). O comerciante pode ser responsabilizado apenas em via secundária, quando se verificar alguma das três hipóteses previstas no artigo 13: o fabricante, produtor, construtor ou importador não puderem ser identificados (I); o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador (II); o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis (III). Em todas essas hipóteses, a conduta do comerciante concorre de alguma forma para o acidente de consumo. Note-se que a inclusão do comerciante como responsável subsidiário favorece a posição do consumidor, já que aumenta a cadeia de coobrigados.

No que concerne à responsabilidade por fato do serviço, o Código deixou de especificar os responsáveis, referindo-se apenas ao fornecedor, gênero que inclui todos os partícipes da cadeia produtiva, conforme inteligência do artigo 3º. Logo, quando o dano for causado por defeito do serviço, respondem solidariamente todos os envolvidos na sua execução.

2.3.4 Causas excludentes de responsabilidade

A adoção do sistema de responsabilidade objetiva para os fornecedores de produtos e serviços, em razão dos defeitos que estes apresentem, não significa que deva haver uma responsabilização absoluta. Por esse sistema, exclui-se a necessidade de prova da culpa, mas mantém-se a indispensabilidade do nexo causal, o que significa dizer que, havendo interrupção do liame de causalidade inicial entre a atividade do agente e o dano, ocorre a exoneração da responsabilidade.

Em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, no § 3º dos artigos 12 e 14, quais são os fatores aptos a romperem o nexo de causalidade, mediante prova do responsável legal. No caso dos produtos, são três as categorias excludentes de responsabilidade: a não colocação do produto no mercado, a inexistência do defeito e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Quanto aos serviços, aplicam-se apenas as duas últimas hipóteses.

A primeira excludente, de “não colocação do produto no mercado”, tem sido alvo de discussão na doutrina a respeito do seu real significado. Para Herman Benjamin, um dos autores do Código de Defesa do Consumidor, inserem-se nessa categoria tanto as hipóteses de produtos falsificados que carregam a marca do responsável legal como aquelas em que os produtos foram lançados no mercado por ato ilícito (roubo ou furto, por exemplo). De outro turno, autores como Farena⁸⁵ afirmam que a expressão “não colocou o produto no mercado” só pode significar “não fabricou”. Nesse sentido, a categoria envolveria apenas as hipóteses de fabricação por outro ou de contrafação, excluídos os casos de extravio, furto ou roubo. Não obstante a divergência, deve-se ressaltar que, estando o produto no mercado de consumo, há presunção de que ele tenha sido introduzido pelo fornecedor. Incumbe ao próprio fornecedor elidir essa presunção, não podendo o ônus da prova ser revertido para o consumidor.

A segunda categoria causa menos incertezas: o fornecedor deverá provar que o defeito inexistente. Logicamente, se o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o defeito do produto ou do serviço, sempre que não existir defeito não poderá haver responsabilidade. Ocorrendo o acidente, a causa terá sido outra, não imputável ao fornecedor.

⁸⁵ FARENA, Duciran Van Marsen. A responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil, p. 127.

O defeito a que se refere a lei é o decorrente de concepção, de produção, de prestação ou de informação, ou seja, é aquele anterior à colocação do produto no mercado de consumo ou à conclusão do serviço. Isso porque é apenas esse tipo de defeito, também designado de fortuito interno, que pode dar causa à responsabilidade do fornecedor. Vale observar a seguinte definição:

O fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável⁸⁶.

O mesmo não ocorre com o fortuito externo, que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, sendo absolutamente estranho ao processo de concepção do produto ou à formulação do serviço. O fortuito externo constituiria outra hipótese de excludente de responsabilidade, cuja aplicação aos fornecedores de produtos e serviços será debatida mais adiante.

A terceira categoria indica que a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro elide a responsabilidade. Para funcionar como fator de exoneração da responsabilidade, o comportamento do consumidor tem que ser o único causador do acidente de consumo. Se houver concorrência entre o comportamento da vítima e um defeito existente no produto, não se trata de causa excludente de responsabilidade, mas de simples atenuante. A respeito do tema, Eduardo Arruda Alvim afirma que o sistema adotado pelo CDC “não exclui a culpa concorrente como atenuante de responsabilidade”⁸⁷. Da mesma forma, Alvinio Lima admite que a concorrência de culpas deva ser considerada como atenuante: “negar-se que haja, na concorrência de culpas, uma responsabilidade *mitigada* seria o mesmo que derogar o princípio geral que *repudia o enriquecimento sem causa*”⁸⁸. Por outro lado, há autores que não admitem a culpa concorrente nas relações de consumo, por considerá-la incompatível com a responsabilidade objetiva, em que não se discute culpa. Cavalieri Filho refuta esse argumento da seguinte forma:

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 499.

⁸⁷ ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Direito do consumidor** *apud* LIMA, Alvinio. **Culpa e risco**, p. 325.

⁸⁸ LIMA, Alvinio. **Culpa e risco**, p. 325.

Por esse fundamento, todavia, a tese é insustentável porque, como vimos, o problema é de concorrência de causas e não de culpas, e o nexo causal é pressuposto fundamental em qualquer espécie de responsabilidade. Entendemos, assim, que mesmo em sede de responsabilidade objetiva é possível a participação da vítima (culpa concorrente) na produção do resultado, como, de resto, tem admitido a jurisprudência em casos de responsabilidade civil no Estado.⁸⁹

A responsabilidade também é elidida pela ação exclusiva de terceiro. Segundo João Calvão da Silva, “terceiro será, naturalmente, qualquer pessoa estranha à relação entre o produtor e o lesado”.⁹⁰ Não se inclui na definição de terceiro o comerciante, que, embora não sendo responsável principal, é parte fundamental na relação de consumo. Consequentemente, não pode haver exoneração do dever de indenizar sob o argumento de que o dano foi causado por culpa exclusiva do comerciante.

Resta saber se a enumeração prevista no § 3º dos artigos 12 e 14 do CDC esgota as possibilidades de exoneração da responsabilidade do fornecedor, tendo em vista que, em tema de responsabilidade civil do Direito Comum, outras causas excludentes existem, tais como o caso fortuito e a força maior. A aplicação destas à responsabilidade disciplinada no Código de Defesa do Consumidor é motivo de divergência tanto doutrinária como jurisprudencial.

O caso fortuito e a força maior estão previstos no artigo 393 do Código Civil de 2002, que reproduz o antigo artigo 1.058 (do Código Civil de 1916). Tal como fazia o seu antecessor, o novo Código equipara as duas espécies, ao dispor que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (art. 393, § único). A doutrina traça sutil distinção, ao definir o caso fortuito como evento imprevisível e, por isso, inevitável, e a força maior como evento inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza (enchentes, tempestades, etc.). “A *imprevisibilidade*, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a *inevitabilidade* o é da força maior”⁹¹.

Para alguns autores, a enumeração do § 3º dos artigos 12 e 14 do CDC é exaustiva, não se conciliando com a possibilidade de incidência do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade. Assim pensam José Reinaldo Lima Lopes e Rosana Grinberg, como demonstra o seguinte trecho, da obra desta última autora:

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 500.

⁹⁰ SILVA, João Calvão da *apud* OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**, p. 66.

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 68.

O fato de a legislação civil, excepcionalmente, poder ser aplicada subsidiariamente às relações de consumo, não justifica a aceitação desses institutos como excludentes de responsabilidade, porque do Código Civil, retira-se tão-somente a conceituação do que vem a ser força maior e caso fortuito, não se aplicando as suas normas ao regime de responsabilidade civil adotado pelo Código do Consumidor para os acidentes de consumo, onde as regras do Código Civil estão totalmente afastadas⁹².

Outros, porém, entendem que as regras do Código Civil, em razão da sua natureza de lei geral, aplicam-se ao Código de Defesa do Consumidor. Consoante o discernimento de Herman Benjamin:

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 indenizar⁹³.

Há, ainda, uma terceira corrente, que sustenta a incidência do caso fortuito e da força maior nas relações de consumo desde que as causas excludentes tenham ocorrido em momento posterior ao da fabricação do produto ou da formulação do serviço, isto é, desde que se trate de fortuito externo. Isso porque o fortuito interno, entendido como o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido durante a fabricação do produto ou realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor, sendo indiferente o motivo que determinou o defeito. A obra *Código do Consumidor comentado*, de autoria de Arruda Alvim, Tereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins, traz importante lição nesse sentido:

A ação de força maior, quando ainda dentro do ciclo produtivo, não tem a virtude de descaracterizar a existência de defeito juridicamente relevante (possivelmente *defeito de produção*, consoante a classificação que adotamos). Diversamente ocorre com a força maior quando verificada após o ingresso do produto no mercado de consumo. Isto porque após o ingresso do produto em circulação não se pode falar em defeitos de criação, produção ou informação, que são sempre anteriores à inserção do produto no mercado de consumo⁹⁴.

⁹² GRINBERG, Rosana *apud* FARENA, Duciran Van Marsen. A responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil, p. 129.

⁹³ OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**, p. 67.

⁹⁴ ARRUDA ALVIM, José Manoel de *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, p. 503.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela possibilidade de aplicação, às relações de consumo, do caso fortuito e da força maior como fatores de exoneração da responsabilidade, conforme demonstram as decisões proferidas no REsp 120.647 e no REsp 330.523, das quais se destaca o seguinte trecho:

O fato de o art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocados. Aplicação do art. 1.058 do Código Civil⁹⁵ [de 1916].

Conciliando o entendimento da Corte Superior com o da última corrente aqui mencionada, pode-se concluir que o caso fortuito e a força maior incidem sobre as relações de consumo quando ocorridos em momento posterior à colocação dos bens no mercado de consumo, pois, nesse caso, o fortuito não guardará relação alguma com o produto nem com o serviço. Entendimento contrário poderia acarretar a aplicação de uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, impondo ônus insuportável ao fornecedor.

Outra questão que se insere no tema das excludentes de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços é a relativa ao risco do desenvolvimento, definido por Herman Benjamin como sendo o “risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço”.⁹⁶ Nessa modalidade de risco, o defeito decorre da carência de informações científicas acerca dos riscos inerentes às novas tecnologias, à época de sua concepção. Indaga-se, aqui, se o fornecedor deve arcar com os riscos do desenvolvimento ou se estes devem recair sobre o consumidor.

Existem argumentos dignos de ponderação nos dois sentidos. De um lado, tem-se sustentado que atribuir ao fornecedor a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento poderia tornar-se ônus insuportável para o setor produtivo, inviabilizando o progresso científico-tecnológico. De outro lado, argumenta-se que não seria justo financiar o progresso à custa do consumidor. Autores como Herman Benjamin e Cavalieri Filho entendem que o risco do desenvolvimento não deve ser considerado causa exonerativa de responsabilidade, sobretudo em razão da situação mais favorável do fornecedor, que pode se valer de

⁹⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 120.647/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Julgado em 16.3.2000. DJ de 15.5.2000; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 330.523/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgado em 11.12.2001. DJ de 25.3.2002.

⁹⁶ OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). **Comentários ao código de proteção do consumidor**, p. 67.

mecanismos de preços e seguros como forma de proceder à repartição dos custos sociais dos danos.

Em conclusão, é necessário atentar para as inúmeras dificuldades que advêm da atividade de interpretação das normas legais. Se no plano meramente abstrato, em que se faculta ao intérprete criar situações ideais que se encaixem perfeitamente na suposta hipótese de incidência da norma, as dúvidas e divergências já se verificam, com maior vigor elas se apresentarão na prática judicial, em que se deve ter em conta as várias peculiaridades do caso singular. O terceiro capítulo deste trabalho será dedicado ao estudo de um caso concreto como forma de demonstrar a complexidade do tema da responsabilidade civil, especialmente quando se tem de aplicá-lo à realidade fática, e de indicar o relevante papel dos tribunais na elucidação do Direito, sem deixar de apontar suas hesitações e fragilidades.

CAPÍTULO 3

ANÁLISE DO RESP 473.085/RJ À LUZ DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

As radicais transformações sofridas pela responsabilidade civil nos últimos tempos, rompendo com seus pressupostos tradicionais, parecem não ter sido acompanhadas do necessário esclarecimento teórico-científico acerca de seus conteúdos. Essa é a opinião de Maria Celina Bodin de Moraes, que, ao prefaciar a obra de Anderson Schreiber, destaca o contexto de crise verificado atualmente entre doutrina e jurisprudência, assim resumido:

A doutrina, de fato, tem falhado na elaboração dogmática dos novos critérios de responsabilidade civil e a jurisprudência, premida pelas necessidades impostas pela realidade social, vem desempenhando a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, não raro, incoerente⁹⁷.

Verdadeiramente, é possível identificar hoje uma variedade de entendimentos e interpretações judiciais no âmbito da responsabilidade civil que, não raras vezes, geram soluções díspares para casos idênticos. Atento a essa realidade, Schreiber aduz que “o diálogo entre doutrina e jurisprudência lembra, nesta matéria, uma babel de idiomas desconexos, em que não se chega a qualquer resposta por total desacordo sobre as perguntas”⁹⁸.

O REsp 473.085/RJ⁹⁹, também denominado “caso do judoca”, bem demonstra essa diversidade de interpretações que permeia o tratamento judicial da responsabilidade civil, além de apontar o distanciamento dos julgadores em relação às bases teóricas do instituto. Pretende-se, com a análise desse caso singular, identificar as incongruências que se estabelecem entre doutrina e jurisprudência, bem como as divergências verificadas entre os próprios aplicadores do direito na busca da solução mais adequada a uma hipótese concreta.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, p. xii.

⁹⁸ Idem ibidem, p. 3.

⁹⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 473.085/RJ. Terceira Turma. Relator Ministro Castro Filho. Julgado em 14.6.2004. DJ de 23.5.2005.

3.1 Descrição do caso

Na origem, Rui Nuno Nunes Fernandes propôs ação reparatoria em face da Associação Atlética Banco do Brasil S/A – AABB/RJ, em razão de ter sofrido acidente durante aula de treinamento de judô ministrada por professor da associação ré, que lhe causou traumatismo na coluna vertebral, deixando-o tetraplégico. O juiz singular julgou improcedente o pedido, entendendo não ter ficado comprovada a culpa da ré, sob o prisma da responsabilidade civil aquiliana.

Contra essa sentença, o autor apresentou apelação, pugnando pelo julgamento do caso segundo as regras do Código de Defesa do Consumidor, que instituiu o regime de responsabilidade objetiva para os prestadores de serviços, conforme disposto em seu artigo 14. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, reformou a sentença, entendendo presente o dever de indenizar, vencido o Desembargador Dauro Ignácio da Silva, que mantinha a sentença. O acórdão restou assim ementado:

Ação ordinária de indenização. Apelante vítima de acidente ocorrido durante treinamento de judô ministrado por preposto da Apelada, que o deixou tetraplégico. Acidente ocorrido em virtude de negligência do professor, preposto da Apelada. Comprovados a conduta, os danos e o nexo de causalidade, presente o dever de indenizar da Apelada, que responde pelos atos de seu preposto. Provimento parcial do recurso.

Ainda no âmbito do tribunal estadual, interpuseram as partes embargos infringentes, tendo sido acolhidos, também por maioria, apenas os da associação ré, em acórdão com a seguinte ementa:

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. LEI 8.078/90. SEQUELA RESULTANTE DE PRÁTICA DESPORTIVA. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA.

Jovem em treinamento de “judô” que, ao tentar entrar em golpe no adversário, se desequilibra e cai sob o experiente professor, arremessado por golpe de outro aluno, vindo a sofrer sequela permanente.

Evento previsível, por conta dos riscos naturais do violento esporte, mas inevitável, situação que consubstancia a força maior, excludente do nexo de causalidade.

Provimento do recurso para julgamento de improcedência do pedido em face da agremiação desportivo-recreativa.

Voto vencido.

Seguiu-se, então, por parte do autor, a interposição do recurso especial, autuado no Superior Tribunal de Justiça sob o nº 473.085, alegando violação ao artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a responsabilidade objetiva do prestador de serviços, não admitindo a sua exoneração na hipótese de caso fortuito interno ao serviço. Sustentou, ainda, que a questão das excludentes de responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços tem sido objeto de discussão na doutrina, prevalecendo o entendimento de que o caso fortuito e a força maior não exoneram a responsabilidade do fornecedor.

Na Corte Superior, o Ministro Relator Castro Filho não conheceu do recurso especial, por considerar que, embora aplicável o Código de Defesa do Consumidor, “o trágico acidente decorreu, realmente, de puro caso fortuito, lamentável fatalidade, e não de falha ou defeito na prestação do serviço”. O Ministro Humberto Gomes de Barros acompanhou o voto do relator, acreditando que a Súmula 7 do STJ o impediria de examinar o fato relativo à existência ou inexistência de culpa. Divergiu a Ministra Nancy Andrichi, acolhendo o especial, por entender que “restou provada a existência do ato ilícito, e do nexo de causalidade entre a prestação defeituosa do serviço pela recorrida e o dano sofrido pelo recorrente, eis que o acidente é considerado um verdadeiro fortuito interno ao serviço, inerente ao risco de sua prestação”. Com ela votou o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, considerando que “de fato, responde a academia pelo acidente ocorrido causado pelo próprio professor que estava envolvido em treinamento com outro aluno e não prestou o devido cuidado àqueles que também estavam em treinamento”.

Configurado o empate, impôs-se a renovação do julgamento, que se resolveu pelo voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, responsável pela lavratura do acórdão, cujas conclusões estão sintetizadas na seguinte ementa:

Indenização. Vítima de acidente ocorrido durante treinamento de judô, ministrado por preposto da recorrida, que a deixou tetraplégica. Acidente ocorrido em virtude de negligência do professor. Comprovados a conduta, os danos e o nexo de causalidade, presente o dever de indenizar da recorrida que responde pelos atos do seu preposto. Código de Defesa do Consumidor, art. 14, § 3º. Aplicação.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Para melhor compreensão da controvérsia, a íntegra dos votos encontra-se anexa a este trabalho. Os aspectos polêmicos desse debate serão destacados nos próximos itens, oportunidade em que serão confrontados com os conceitos desenvolvidos nos capítulos anteriores.

3.2 Aplicação à hipótese do Código de Defesa do Consumidor

Inicialmente, cumpre investigar a incidência ou não das regras do Código de Defesa do Consumidor sobre a hipótese. Para esse fim, é importante que se tenha presente a inovação da lei consumerista, no sentido de superar a clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, estabelecendo a dispensabilidade do vínculo contratual, para privilegiar todos aqueles que, de alguma forma, são atingidos pela relação de consumo.

O artigo 2º do CDC define o que se entende por consumidor, nos seguintes termos: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, quanto ao objeto, o consumidor é de bens (produtos) ou de serviços. Estes também foram definidos pelo Código, em seu artigo 3º, §§ 1º e 2º. No caso específico dos serviços, são assim consideradas quaisquer atividades fornecidas no mercado de consumo, “mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Quanto à finalidade, a norma restringiu-se à destinação final, que atualmente vem sendo entendida, pelo próprio STJ, como a necessidade de dar ao produto ou serviço destino fático e econômico, diferente do uso profissional¹⁰⁰. Por essa corrente, designada de finalista ou subjetiva, considera-se apenas o consumidor denominado privado, excluindo-se a figura do consumidor profissional, industrial ou intermediário.

O conceito de fornecedor está expresso, de forma bastante ampla, no artigo 3º: “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

No caso em tela, por se caracterizar o autor da ação indenizatória como consumidor e a associação ré como fornecedor, impõe-se a aplicação da lei especial, afastando-se as disposições gerais do Código Civil no que estiver especificamente regulado no Código de Defesa do Consumidor. De fato, a parte autora utilizou o serviço correspondente às aulas de judô, mediante pagamento de remuneração. A ré, por sua vez, é a pessoa jurídica responsável pela prestação dos serviços utilizados pelo autor. Indiscutível, portanto, a aplicação do CDC à

¹⁰⁰ Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 64.524/MT. Segunda Seção. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 27.9.2006. DJ de 9.10.2006; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 541.867/BA. Quarta Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 20.9.2007. DJ de 15.10.2007.

hipótese, o que, aliás, foi reconhecido por todos os Ministros responsáveis pelo julgamento do caso.

Importa esclarecer que a responsabilização da associação por ato de seu preposto, isto é, pela conduta do professor por ela contratado, decorre do artigo 34 do CDC, que determina a responsabilização solidária em casos como este. Vale ressaltar, ainda, que na nova sistemática aplicável às relações de consumo, permite-se a responsabilização direta de todos os fornecedores de serviços, em substituição ao antigo mecanismo de responsabilidade indireta pelo fato de outrem ou do preposto, regulado no inciso III do artigo 1521 do Código Civil. Em outras palavras, quando o vício ou defeito do produto ou do serviço decorrem do ato de um preposto, o respectivo empregador responde por fato próprio da empresa, e não mais pelo fato de outrem.

3.3 Questões suscitadas com base nos argumentos dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça

As questões essenciais discutidas no julgamento do REsp 473.085/RJ podem ser assim resumidas: a) investigação da culpa como fundamento da responsabilidade da entidade recorrida e b) debate quanto à configuração de risco inerente ou de fortuito interno ao serviço. Os próximos itens serão dedicados à análise de cada uma delas separadamente, confrontando-as com os conceitos já desenvolvidos em itens anteriores.

3.3.1 A culpa como critério para definição da responsabilidade da associação recorrida

Embora o Código de Defesa do Consumidor tenha adotado como regra a responsabilidade objetiva, em que se prescinde do elemento culpa, bastando o nexo de causalidade entre o defeito do produto ou do serviço e o acidente de consumo, o que se verifica no julgamento do REsp 473.085/RJ, desde a instância de origem, é a ênfase na investigação da culpa do professor, preposto da associação recorrida.

De fato, a sentença que julgou improcedente o pedido inicial trouxe como fundamento a “excludente de responsabilidade, eis que não comprovada a *culpa* da ré no evento em qualquer de suas modalidades, não passando a hipótese de mera fatalidade” (grifo aditado). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, ao reformar a sentença, reconheceu a culpabilidade da entidade apelada, ao concluir que o acidente ocorreu “em virtude de *negligência* do professor” (grifo aditado).

Em sede de embargos infringentes, a responsabilidade foi afastada por ausência de nexo de causalidade, com base no entendimento de que o evento configurou força maior. No recurso especial, porém, retomou-se a discussão acerca da existência ou não de culpa. Justamente por esse motivo é que o Ministro Humberto Gomes de Barros manifestou-se no sentido de não conhecer do recurso, em voto vogal cujo conteúdo é o seguinte:

Sr. Presidente, já havia votado anteriormente, mas acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, porquanto a questão é de avaliação de fato, *se há ou não culpa*. O meu voto é no sentido de não conhecer do recurso em função disso. Pareceu-me que a Súmula nº 7 me impediria de chegar até lá por esse fundamento. (grifo aditado).

O Ministro Relator Castro Filho, por seu turno, não conheceu do recurso por entender que a hipótese consubstanciava fato inerente à prática do esporte “que, por suas próprias características, infunde em todos que dele participam a consciência dos riscos de seu exercício”. Mantendo o acórdão recorrido, o Ministro advertiu para a impossibilidade de “se afirmar que o professor tenha faltado com algum dever cuidado, criando uma situação de risco superior àquela que decorre da própria natureza desse tipo de atividade”. Verifica-se, assim, que os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros reconheceram não ser possível a avaliação da conduta do professor em termos de culpa, o primeiro por entender que os riscos se mantiveram no nível de razoável expectativa, e o segundo por acreditar que a questão implica avaliação de fato, não permitida em sede de recurso especial.

Contrariamente, a Ministra Nancy Andrighi deu parcial provimento ao especial, concluindo que “restou provada a existência do ato ilícito e do nexo de causalidade entre a prestação defeituosa do serviço pela recorrida e o dano sofrido pelo recorrente”. Em seu voto, a julgadora afirmou que “zelar pela integridade física dos alunos” é parte integrante do contrato de serviços, constituindo dever de cuidado com a segurança, cuja violação caracteriza o defeito.

Com maior clareza identifica-se a avaliação da culpa no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do qual se extrai o seguinte trecho: “evidentemente, existe uma falha no *dever de diligência*, não havendo qualquer discussão sobre a circunstância que está devidamente provada nas instâncias ordinárias” (grifo aditado). Por fim, o voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro torna indiscutível a questão da presença de investigação de culpa, sobretudo pela seguinte afirmação: “estou convicto de que a hipótese enseja, na verdade, uma *culpa* do professor” (grifo aditado). E, mais à frente, complementa: “a fundamentação do julgado que li parece-me ser suficiente para mostrar que há realmente negligência”.

Por todo o exposto, é possível concluir que a ideia de culpa não está completamente afastada do campo de investigação da responsabilidade civil nas relações de consumo, confirmando a observação feita no capítulo anterior. Aqui se visualiza claramente o fenômeno da superação da dicotomia entre responsabilidade objetiva e subjetiva, com a permanência da noção de culpa em um modelo de responsabilização que, em regra, deveria afastá-la.

Verifica-se, ainda, que a análise da culpa está intimamente relacionada à prova da existência ou inexistência do defeito. Conforme visto anteriormente, o defeito do produto ou do serviço existe quando há falha no dever de segurança, considerando-se os riscos que razoavelmente deles se espera na época de sua colocação em circulação ou de seu fornecimento. E, para averiguar um eventual descompasso entre as expectativas legítimas de segurança e aquela efetivamente apresentada pelo produto ou pelo serviço, não há como suprimir a investigação da culpa, uma vez que, na quase totalidade das vezes, o desatendimento ao dever de segurança “socialmente imposto” implicará negligência ou falta de cuidado do fornecedor.

Outro enfoque importante sobre o assunto diz respeito à definição dos limites desse dever de segurança, isto é, à identificação de quais são os riscos razoavelmente esperados dos produtos e serviços em determinado estágio de evolução. Este tema será aprofundado no último item do presente capítulo.

Arelada ao problema da definição do dever de segurança, encontra-se a questão da identificação dos riscos inerentes, como fatores que descaracterizam o defeito e, por isso, excluem a responsabilidade. No julgamento do REsp 473.085/RJ, verifica-se uma certa confusão entre os conceitos de risco inerente e de fortuito interno ao serviço, dificultando o enquadramento da hipótese em uma ou em outra espécie. O próximo item será dedicado ao esclarecimento desses conceitos, de forma a possibilitar a correta classificação da situação concreta.

3.3.2 Distinção entre risco inerente e fortuito interno ao serviço e suas consequências

Conforme raciocínio desenvolvido no capítulo antecedente, o entendimento que hoje parece prevalecer no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de admitir o caso fortuito e a força maior como causas excludentes da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços, desde que se considere a distinção entre fortuito interno e fortuito externo, ocorrendo a exoneração apenas neste último caso. Em verdade, analisando os votos proferidos no julgamento do REsp 473.085/RJ, percebe-se que os ministros adotaram, à unanimidade, tal posicionamento.

Ocorre que a caracterização da situação em análise como fortuito interno acaba gerando, em alguns momentos, certa confusão com outro conceito já desenvolvido neste trabalho: o de risco inerente. A Ministra Nancy Andrighi, por exemplo, ao desenvolver a sua argumentação, a princípio associa a causa do acidente ao risco inerente, ao asseverar que aquele “ocorreu quando o recorrente recebia a prestação de serviços que, pela natureza do próprio esporte, envolve contato físico, expondo os praticantes aos riscos de lesões físicas” e que “o dano narrado decorreu de fatos inerentes à prática do esporte, ainda que inusitados, no entanto previsíveis”. Observe-se que a julgadora reconhece expressamente a normalidade e a previsibilidade dos riscos, inclusive fazendo uso da expressão “inerentes à prática do esporte”. Mais adiante, porém, a Ministra classifica o evento de fortuito interno, conforme demonstra o seguinte fragmento: “eis que o acidente é considerado um verdadeiro fortuito interno ao serviço, inerente ao risco de sua prestação, o que impõe à recorrida o dever de indenizar”.

Da mesma forma, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro tende a qualificar o acidente em questão como resultante do risco inerente, declarando que “em princípio, todos sabemos que a luta, no caso, o judô, enseja a prática de atos violentos, e aqueles que a praticam sofrem os riscos evidentes de uma luta desse tipo”. Mais uma vez, verifica-se o reconhecimento da normalidade e da previsibilidade dos riscos apresentados pelo esporte. Todavia, o Ministro acaba decidindo pela responsabilização do fornecedor, em razão da presença de culpa.

Visando à elucidação da matéria, importa lembrar que o fortuito interno submete-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço, ou seja, somente se caracteriza quando o *defeito* ocorre antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importando em exoneração da responsabilidade do fornecedor.

Contrariamente, o risco inerente exclui a responsabilidade justamente por não ser considerado defeituoso o produto ou serviço que o apresenta. Recebe essa denominação o risco intrinsecamente atado à própria natureza, qualidade da coisa ou modo de funcionamento, que não pode ser eliminado sem a destruição de algumas ou todas as qualidades essenciais do produto ou do serviço. Caracteriza-se, portanto, pela periculosidade normal e conhecida, previsível em razão de sua própria natureza. Para a efetiva exclusão da responsabilidade do fornecedor, exige-se apenas que o consumidor seja adequadamente informado sobre os riscos associados ao produto ou serviço.

Como se vê, para além dos critérios de normalidade e previsibilidade, a diferenciação entre fortuito interno e risco inerente baseia-se, essencialmente, na existência ou inexistência de um defeito. Configurado o defeito, isto é, uma falha no dever de segurança imposto ao fornecedor, haverá fortuito interno e, conseqüentemente, a responsabilização do fornecedor. Inexistindo defeito, os riscos apresentados pelo produto ou serviço serão classificados como inerentes à sua própria natureza, constituindo causa de exclusão da responsabilidade. Notando essa diferença, o Ministro Relator Castro Filho fundamenta o seu voto da seguinte forma:

Em conclusão, ao meu sentir, não se trata, propriamente, de fato do serviço, uma vez que o acidente não teve origem em defeito de sua prestação. Em verdade, trata-se de fato inerente à prática desse esporte que, por suas próprias características, infunde em todos que dele participam a consciência dos riscos de seu exercício.

Portanto, o foco do debate, no julgamento do REsp 473.085/RJ, deveria ter sido a comprovação ou não da existência do defeito, o que de fato não ocorreu. À exceção, talvez, do Ministro Relator, os demais Ministros não se preocuparam em demonstrar que houve falha no dever de segurança, como se esta fosse inquestionável, dedutível da simples narrativa dos fatos, de acordo com as convicções de cada julgador. Vale conferir o trecho a seguir, do voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

A fundamentação do julgado que li parece-me ser suficiente para mostrar que há realmente negligência. É um caso difícil, mas nota-se que não foi um acidente decorrente de um professor que estava a ensinar o aluno, e, por conta disso, tenha ocorrido algo imprevisível. Era previsto que, de fato, como professor, teria de tomar aquelas precauções, ou seja, a de manter distância adequada, distância das paredes, enfim, de tomar medidas preventivas.

A fundamentação do acórdão em apelação, a que se refere o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, pode ser sintetizada no fragmento transcrito abaixo:

Ora, se o professor estava lutando com um aluno, como poderia ele exercer sua função de impedir a aproximação exagerada e perigosa das duplas? Parece-me que agiu o mesmo com negligência ao deixar de fiscalizar os alunos que lutavam, de forma a impedir que uma aproximação exagerada pudesse causar um acidente (grifo aditado).

O voto do Ministro Carlos Alberto Menezes direito também aponta para a suposta evidência da falha no dever de segurança, como se observa da seguinte transcrição:

É sabido que em tais situações deve o professor estar atento para todo o conjunto em treinamento, afastando aqueles que estão próximos, advertindo a questão da aproximação perigosa entre os alunos, orientando-os. Se o professor estava em luta com outro aluno e se desequilibra e cai sobre o autor da ação, que estava também em treinamento com outro aluno, evidentemente, existe uma falha no dever de diligência (grifo aditado).

Essa pressuposição de que constitui dever do professor fiscalizar em tempo integral o treino de seus alunos parece ter sido formulada a partir dos depoimentos das testemunhas, segundo as quais “normalmente o professor fica de fora observando os alunos” e “normalmente o professor é obrigado a intervir quando as duplas estão ficando mais próximas entre si ou perto da parede”. Mas há que se observar, também, que os mesmos depoimentos contêm a afirmação de que o professor “eventualmente é obrigado a intervir no treino diretamente para poder mostrar ao aluno a deficiência técnica, demonstrando na prática como se faz o golpe” e de que “quando faltava algum oponente ele participava da luta”.

Ademais, não é fato incontestado que o acidente tenha decorrido da aproximação exagerada das duplas envolvidas por falta de fiscalização. De acordo com o depoimento do próprio professor, o atleta a quem treinava “segurou-lhe uma das pernas obrigando-o a caminhar para trás com o objetivo de arremessá-lo ao solo”. Aproximações como essa costumam acontecer em questão de segundos, não sendo possível impedi-las ainda que a fiscalização seja contínua.

Aspectos controversos como esses não foram questionados no momento oportuno (instâncias ordinárias) e parecem não ter sido considerados pelo Superior Tribunal de Justiça, que tomou como certos fatos não devidamente provados. Por sua relevância para a correta solução da causa, o problema da definição do defeito e do correspondente dever de segurança será objeto de estudo do próximo item.

3.4 As dificuldades na definição das expectativas legítimas de segurança e o papel dos tribunais

Para melhor compreensão da questão, importa proceder à análise do caso concreto, em que se discute a violação do dever de segurança imposto ao professor, preposto da recorrida. Pela narrativa dos fatos, no dia 17.8.1994, o recorrente realizava treinamento de judô, como de costume, no local para tal destinado pela entidade recorrida, praticando o esporte com o colega João Luiz Brandt, ao mesmo tempo e no mesmo lugar em que ocorriam outras lutas-treino. Durante o treino, o professor Jomar Machado Gomes Carneiro, que lutava com outro atleta, foi por este projetado, atingindo o recorrente na cabeça, do que lhe resultou traumatismo na coluna vertebral, com quadro clínico imediato de tetraplegia.

No tribunal *a quo*, foram utilizados os seguintes parâmetros para decidir acerca do cumprimento do dever de segurança: a garantia da Federação de Judô do Estado do Rio de Janeiro de que as instalações da agremiação para a prática do esporte classificam-se “dentro de excelentes padrões técnicos e de qualidade” e de que o professor Jomar Machado Gomes Carneiro “é um dos mais conceituados professores de nosso quadro e, desde 1989 exerce a função de técnico de equipes representativas do Estado do Rio de Janeiro em eventos de nível nacional”; a prova de que o espaço, naquele treino coletivo, era subutilizado, com número de duplas inferior à sua capacidade; o fato de que o judô, sabidamente, expõe os seus praticantes a severos golpes e quedas nas competições e confrontos de que participam; o fato de que o autor voluntariamente se expôs a esses riscos.

O Ministro Relator Castro Filho acrescentou a essas circunstâncias fáticas a de que o atleta, ao aplicar o golpe no professor, segurou-lhe uma das pernas obrigando-o a caminhar para trás com o objetivo de arremessá-lo ao solo, o que o fez desequilibrar e cair sobre o recorrente. Isso poderia sugerir que o acidente não decorreu de uma aproximação exagerada anterior ao acidente, por falta de cuidado do professor, mas de uma aproximação momentânea provocada pelo golpe do outro atleta. Conforme trecho do voto do referido Ministro, “nessas circunstâncias, ainda que o professor estivesse apenas coordenando ou supervisionado a aula, e não estivesse treinando com outro atleta – diga-se de passagem, o que é muito comum na prática de artes marciais –, não teria ele como evitar o ocorrido”. Com base nessas considerações, o Ministro concluiu que não houve violação ao dever de segurança, tendo o professor se conduzido da forma esperada.

Os demais Ministros, por outro lado, entenderam que houve violação ao dever de segurança, por ter o professor deixado de fiscalizar os demais alunos ao treinar um dos atletas, o que configurou a negligência ou a falta do cuidado esperado.

Como se vê, a questão resume-se à definição do dever de segurança, isto é, ao estabelecimento de um padrão de comportamento para a aferição da conduta do professor. Verificando-se algum desvio, por negligência ou falta de cuidado, estará configurado o dever de indenizar, não pela culpa em si, mas pela desconformidade com um padrão previamente estabelecido de comportamento. Aqui está a relação, mencionada anteriormente, entre o dever de segurança e a noção de culpa objetiva: a definição tanto de um como de outro pressupõe o estabelecimento de um padrão de comportamento socialmente desejável.

Ciente de que a lei não pode estabelecer todos os deveres e cuidados que o agente deve ter quando desempenha determinadas atividades, o Código de Defesa do Consumidor limitou-se a indicar algumas circunstâncias relevantes para a definição da segurança legitimamente esperada. Assim, o dever de segurança acaba por ser definido pelo próprio julgador, geralmente com base nas cautelas e cuidados que ele próprio teria se ocupasse o lugar do réu. Surge, aqui, o desconforto criado por um método de aferição que tem como parâmetro o comportamento prudente do juiz. Especialmente porque, em diversas ocasiões, o juiz não tem esclarecimento suficiente acerca da situação submetida ao seu julgamento. Como poderia um juiz que nunca teve o mínimo de contato com a prática de artes marciais saber o que seria legitimamente esperado em termos de segurança, considerando a época do fornecimento do serviço?

Por essa razão, a busca de auxílio em dados externos fornecidos pela própria sociedade e pelas associações profissionais, da mesma forma que na culpa objetiva, parece ser a melhor solução na definição de um determinado padrão de segurança. Seria legitimamente esperável que um professor de artes marciais fiscalizasse seus alunos em tempo integral? Mas não é comum e socialmente aceitável que o professor, por vezes, deixe de exercer essa função de fiscalização e passe a orientar individualmente algum aluno? Ou até mesmo se disponha a treinar com esse aluno, na falta de outro atleta que possa fazê-lo?

É evidente que, para responder a essas questões, os tribunais desempenham papel relevante. No entanto, não se pode deixar ao livre arbítrio do magistrado a decisão sobre o que seja socialmente aceitável, sem se considerar as opiniões daqueles que estão mais próximos e informados sobre a atividade que se avalia. E esse tipo de atuação reprovável parece ter se verificado no julgamento do REsp 473.085/RJ, em que cada Ministro avaliou a conduta do professor com base em um padrão por ele próprio estabelecido, sem fazer qualquer referência

a dados fornecidos por órgãos ou entidades especializadas. Isso se confirma pela própria divergência de entendimentos, demonstrando que a questão não é de fácil deslinde, não podendo ser tomado como notório e incontroverso o entendimento de que a falta de fiscalização em alguns momentos implica violação ao dever de cuidado do professor de artes marciais. A respeito do tema, vale trazer a recomendação de Andrea Ueda, transcrita a seguir:

Como já ressaltado, a técnica das cláusulas gerais exige do aplicador do direito uma atuação extremamente valorativa, já que, por não ter um conceito perfeitamente acabado e delimitado juridicamente, terá que se valer de conceitos e entendimentos trazidos por outras ciências – moral, sociologia, economia etc. –, *bem como os desenvolvidos no seio da sociedade em geral para poder decifrar, no caso posto sob sua análise, a situação concreta e enquadrá-la ou não na terminologia que lhe é posta à frente para interpretação*¹⁰¹ (grifo aditado).

Logo, a definição de um conceito aberto como o defeito e seu correspondente dever de segurança deverá ser feita com lastro nas necessidades sociais (limites fáticos), buscando-se no mundo extrajurídico padrões de conduta que, incorporados ao campo jurídico, sirvam de guia para os magistrados na concretização da norma. Como pondera Herman Benjamin:

Logo, o Código não estabelece um sistema de segurança absoluta para os produtos e serviços. O que se requer é uma *segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores*. E esta não é aquela do consumidor-vítima. O padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual do consumidor, mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo¹⁰².

O estabelecimento do padrão de segurança para a situação concreta, se houvesse sido feito com fundamento nos dados fornecidos pela Federação de Judô do Estado do Rio de Janeiro (que inclusive se manifestou nos autos) e por outros órgãos ou entidades especializadas, poderia conferir ao caso solução mais adequada aos fins socialmente desejáveis. Além disso, evitaria divergências no julgamento, pois, como demonstrado nos itens anteriores, as dificuldades na interpretação das normas legais e na sua aplicação à realidade prática verificaram-se, principalmente, pela falta de consenso na definição do elemento básico da responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço: o dever de segurança. Sobre o papel do juiz na definição desse dever, vale trazer a lição de Roberto Senise Lisboa:

¹⁰¹ UEDA, Andrea Rasga. **Responsabilidade civil nas atividades de risco**: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002, p. 61.

¹⁰² OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**, p. 60.

Analisando o caso concreto, o julgador poderá apreender noção do dever de segurança, observando-se o princípio da razoabilidade. Não se pode exigir uma segurança absoluta, mas sim a minimização mais ampla possível dos riscos à vida ou à saúde do consumidor, conforme as circunstâncias do caso. Aliadas à aplicação do princípio da razoabilidade para os fins de identificação da extensão do conceito de dever de segurança, encontram-se as normas previstas nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Afinal, a expressão *segurança que dele legitimamente se espera* (arts. 12, § 1º e 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor) é um conceito jurídico indeterminado (*standard* jurídico). Ao julgador competirá, destarte, analisar todas as circunstâncias, para integrar à hipótese a ele submetida o que o consumidor poderia legitimamente esperar em matéria de segurança¹⁰³.

Superada essa etapa, deveriam os julgadores ter investigado, com maior cuidado, o nexo de causalidade entre a falha na segurança, que configura o defeito, e o acidente ocorrido, pois não parece óbvio que este tenha se verificado em virtude da falta de fiscalização. Como ponderou o próprio Ministro Relator, se for verdadeiro o depoimento do preposto da associação, que afirmou ter-se tratado de uma aproximação instantânea e inevitável entre as duplas em decorrência do próprio golpe aplicado no professor – o que certamente ocorre com muita frequência em esportes como o judô – não se poderá estabelecer um liame de causalidade entre a falha no dever de fiscalização e o acidente. Mesmo que o professor estivesse supervisionando a aula, não teria ele como evitar aproximações desse tipo.

Se a responsabilidade civil, atendendo às necessidades sociais de incentivo ao progresso científico-tecnológico e de busca por maior conforto e qualidade de vida, admite a realização de atividades de risco, não se pode pretender que qualquer dano, por maior que seja sua dimensão, dê ensejo à responsabilização. Ainda mais quando os riscos apresentados estejam em conformidade com o tipo de serviço prestado e sejam previsíveis pelo consumidor. A anormalidade do risco deve ser avaliada de forma cautelosa, levando-se em consideração as expectativas legítimas não dos aplicadores do direito em suas opiniões particulares, mas de toda a sociedade, em obediência ao que a própria lei estabelece e ao que o bom senso recomenda. Para tanto, o material fático-probatório deve ser suficiente à formação das conclusões que conduzem ou não à responsabilização, sob pena de se estar decidindo com base apenas em suposições. E, no âmbito das relações de consumo, a responsabilização fundada em uma análise superficial poderá trazer consequências desastrosas, não só para o consumidor, mas também para o fornecedor, que depende da credibilidade que suas atividades inspiram nos consumidores, a qual pode ser facilmente suprimida por uma condenação dessa espécie.

¹⁰³ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**, p. 81.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde demonstrar, o dinamismo inerente à responsabilidade civil, a exigir suficiente flexibilidade de suas normas, impõe que o legislador, em alguns momentos, opte pelo uso de termos indeterminados, atribuindo aos julgadores a função de conferir aos conceitos sua adequada definição, de acordo com as especificidades da hipótese concreta. Quanto a esse aspecto, é inegável que os juízes desempenham papel fundamental na evolução da responsabilidade, no sentido de adaptarem os textos legislativos às novas realidades sociais.

Ocorre que, no campo da prática judicial, verifica-se uma variedade de entendimentos e interpretações que permeiam o tema da responsabilidade civil, não raras vezes propondo soluções distintas a casos idênticos. E essa instabilidade no tratamento da matéria é normalmente atribuída à falta de esclarecimento teórico acerca dos limites de cada conceito jurídico.

Além disso, as tendências contemporâneas de expansão dos danos ressarcíveis e de objetivação da responsabilidade, por ampliar sobremaneira a responsabilização e exigir respostas cada vez mais rápidas e efetivas, acabam por retirar do magistrado a oportunidade de pensar o caso concreto. Ao mesmo tempo em que favorecem a imediata e integral reparação da vítima, em atendimento aos novos princípios de justiça e equidade, os mecanismos de objetivação da responsabilidade acarretam o distanciamento do magistrado em relação às circunstâncias particulares de cada caso.

Com a ressalva de que as conclusões deste trabalho, apesar de se reportarem a anteriores constatações da doutrina, são estritamente casuísticas, já que vinculadas ao estudo de um único caso concreto, verificou-se que:

a. A responsabilidade civil experimentou profundas transformações nos últimos tempos, desvinculando-se completamente de seu significado inicial.

b. As tendências contemporâneas de objetivação da responsabilidade, expansão dos danos reparáveis e socialização do risco apontam para a substituição da noção de culpa pela de risco, em reconhecimento da vulnerabilidade de uma das partes da relação jurídica.

c. A culpa, no entanto, permanece atrelada aos modelos de responsabilidade objetiva, não havendo nenhuma previsão de que futuramente venha a ser suprimida.

d. O Código de Defesa do Consumidor representa um dos maiores avanços em termos de concretização das atuais tendências de superação das dicotomias entre responsabilidade subjetiva e objetiva e entre responsabilidade contratual e extracontratual;

e. A responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, apesar de facilitar a efetiva indenização do consumidor, constitui motivo de sensíveis divergências na doutrina, sobretudo em relação à aplicação das causas excludentes de responsabilidade, único meio de defesa do fornecedor de produtos e serviços.

f. A jurisprudência tem reproduzido esse contexto de dúvidas e insegurança, ao apresentar entendimentos diversos para uma mesma situação concreta, muitas vezes deixando de recorrer às fontes extrajurídicas que poderiam auxiliá-la na definição dos conceitos abertos da lei, restringindo-se ao entendimento particular de cada julgador, o que incrementa as dificuldades de obtenção do consenso.

Sabendo que a responsabilidade civil estará sempre em mutação, porque vinculada à instabilidade da realidade social, impõe-se ao aplicador do direito a função essencial de adaptar o conteúdo das disposições legais aos casos postos sob sua apreciação, sendo imprescindível, para tal fim, avaliar o contexto no qual se insere o fato investigado, para que se possa averiguar a existência ou não de sua relevância jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 2 v. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

ALVIM, Eduardo Arruda. A responsabilidade civil no Código de proteção e de defesa do consumidor e o transporte aéreo. **Revista de direito do consumidor**, n. 19, p. 114-147, jul./set. 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses e responsabilidade civil no Código de Processo Civil. **Revista do Advogado de São Paulo**, São Paulo, n. 44, p. 7-19, out. 1994.

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. **Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro**. Brasília, 2003. 259 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Estado). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FARENA, Duciran Van Marsen. A responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor e no novo Código civil. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 2, n. 6, p. 117-134, jan./mar. 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRASSI NETO, Roberto. Natureza jurídica da responsabilidade civil nas relações de consumo. **Revista Forense**, v. 105, n. 401, p. 303-318, jan./fev. 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Civil e Contemporaneidade**: retrato e moldura. Palestra proferida na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, 6 ago. 2003. 14 p.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. de Raul Lima. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 86, fasc. 454, p. 52-63, jun. 1941.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 305 p.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. Responsabilidade civil no Código de defesa do consumidor. **Revista da EMERJ**, v. 1, n. 3, p. 73-83, 1998.

MELO, Nehemias Domingos de. Responsabilidade civil nas relações de consumo. **Revista Magister de Direito Empresarial**, v. 6, n. 34, p. 35-50, ago./set. 2010.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

OLIVEIRA, Juarez de. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 18. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1991.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

UEDA, Andréa Silva Rasga. **Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002**. São Paulo, 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

ANEXO – Votos proferidos no julgamento do REsp 473.085/RJ