

A causalidade externa como elemento da obrigação de reparar na sociedade consumerista de risco

Identificação:

Grande área do CNPq.: Ciências Sociais Aplicadas.
Área do CNPq: Direito.
Título do Projeto: O direito civil na pós-modernidade jurídica.
Professor Orientador: Lucas Abreu Barroso.
Estudante PIBIC/PIVIC: Bruna de Souza Moulin Alcântara da Silva.

Resumo: A problemática trazida por esta pesquisa se insere na responsabilidade civil objetiva por fato do produto ou do serviço no que concerne ao estabelecimento do nexo de causalidade, voltando-se, mais precisamente, à excludente de nexo causal denominada, no âmbito do direito consumerista, “fortuito externo”. Trata-se de uma pesquisa que concebe a responsabilidade civil de consumo à luz dos preceitos constitucionais que tutelam a parte vulnerável, visando releitura dos pressupostos nos quais estão assentados a responsabilidade civil caminhando ao direito de danos, pautando-se, pois, na máxima e efetiva reparação dos danos sofridos pela vítima. Destaque-se, igualmente, que servem de arrimo às questões suscitadas a sociedade de risco confrontada com a atual conjuntura de hiperconsumo responsável por propiciar a exacerbação da exposição humana a danos pessoais.

Palavras-chave: sociedade de risco; responsabilidade civil consumerista; fato do produto ou do serviço; nexo de causalidade; fortuito externo.

1 – Introdução

Notadamente marcada pelo desenvolvimento tecnológico exploratório, pela produção de riquezas e bens de consumo no seio das indústrias, pelo capitalismo financeiro, pela profusão do consumo de massa e por alterações ambientais nunca antes vivenciadas, a sociedade de risco emerge como modelo teórico no segundo quadrante do século XX com o intuito de diagnosticar a atual conformação dos tecidos sociais ante o imperativo de uma nova forma de pensar a realidade, ainda que, para tanto, se tenha socorrido das concepções e dos modelos teóricos provenientes do projeto da modernidade¹. Nesse contexto, novas questões se impõem, sobretudo no que concerne ao sujeito ético e sua posição diante das implicações de suas atividades produtivas. Possui especial relevância para o presente trabalho a problemática dos *riscos* e da efetiva reparação dos danos decorrentes de acidentes de consumo, bem como o papel do Direito frente à tutela do consumidor.

Indubitavelmente, a sociedade de consumo é fruto de um complexo de forças político-econômicas que tem suas raízes fincadas nos processos de industrialização e de urbanização, atreladas a

¹ AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 62.

uma sofisticada divisão social do trabalho com vistas a otimizar seus processos produtivos. Uma vez destituída de meios próprios para a obtenção de bens indispensáveis à digna subsistência, a pessoa humana atribui-se o predicado de consumidora, pois dependente de uma relação de cooperação entre os agentes de uma complexa rede de fornecimento de produtos e serviços. Assim, além da aquisição de alimentos, medicamentos, serviços de transporte e de planos de saúde, no mercado de consumo também estão disponíveis uma incontável gama de símbolos para a satisfação dos fetichismos consumistas.

Entretanto, em meio à massificação do consumo decorrente de processos produtivos automatizados, cria-se, de modo contraproducente, uma propícia atmosfera a desequilíbrios e severos danos ao meio ambiente, bem como agravamento da exposição humana a lesões ocasionadas pelas atividades econômicas e pelas ferramentas de sofisticada tecnologia à sua disposição². A título ilustrativo, temos o medicamento Liraglutida, utilizado para o tratamento da diabetes melitus tipo 2, o qual, embora tenha trazido diversos benefícios para os pacientes, lhe são atribuídas fundadas suspeitas de que possa, igualmente, dar causar a severos danos futuros ao pâncreas de seus usuários³. Nesse mesmo sentido, o medicamento Talidomida, que, dentre outras utilizações, foi muito consumido por gestantes em décadas passadas para inibir enjoos típicos da gravidez, e que foi também o responsável pelo nascimento de crianças acometidas pela síndrome da Focomelia, consistente em imperfeições no desenvolvimento de alguns de seus membros que nasciam em tamanho reduzido em razão do rompimento da barreira placentária durante a gestação⁴.

A conjuntura dentro da qual se insere o panorama supra traçado conduz, inequivocamente, àquilo que estudiosos do século XX concebem como *sociedade de risco*. Em que pese o fato de que o *risco* se tornou presente na vida humana desde o momento em que da tomada de decisões foi possível prognosticar incertezas acerca do futuro⁵, compreende-se, entretanto, que para além dos diversos riscos, perigos e danos já vivenciados no transcurso das civilizações, os riscos hauridos no cerne da sociedade pós-industrial possuem potencial lesivo sobremaneira maior e distinto dos criados no limiar da era industrial⁶. Os riscos autofabricados pelos processos produtivos da modernidade reflexiva consistem verdadeiros “efeitos colaterais latentes” dos processos de modernização⁷, porquanto não se restringem à esfera individual de afetação, nem à de uma coletividade determinada, e, tampouco, às fronteiras nacionais de um Estado, da mesma forma que, dado o seu caráter “democrático”, pode a todos atingir indiscriminadamente, quer se trate das gerações presentes ou das futuras, ricos ou pobres. Eis as razões

² BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas no novo código civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5. p. 2.

³ Para mais informações, acesse:

<http://www.fda.gov/safety/medwatch/safetyinformation/safetyalertsforhumanmedicalproducts/ucm343805.htm>

⁴ BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 43, 2010. p. 155.

⁵ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 32-33.

⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 25.

⁷ *Ibidem*, p. 24.

pelas quais comumente se afirma que os riscos, embora sejam indesejáveis, são, igualmente, indissociáveis do “progresso” científico-tecnológico da atualidade, sendo, por vezes, imperceptíveis aos sentidos humanos imediatos, sujeitando-se aos processos sociais de identificação, interpretação e gerenciamento⁸.

Desta sorte, ante o ambiente de incertezas propiciado pelo choque entre as velhas categorias do pensamento e o confronto com fenômenos marcados pelo ineditismo, donde exsurge a famigerada *sociedade de risco*, as respostas oferecidas para questões prementes podem se demonstrar inadequadas. Nesse sentido, ao revés de encerrar discussões, a presente pesquisa suscita debates acerca dos limites das exigências de responsabilidade por danos à vida e à saúde dos consumidores, mormente quando pautadas em obsoletos e mal utilizados conceitos e teorias do nexos causal, para, desta forma, vislumbrar quais horizontes se anunciam no âmbito do direito consumerista.

A tutela jurídica do consumidor no direito brasileiro foi primeiramente traçada na Constituição de 1988 em um veemente processo de positivação de direitos, insculpindo no artigo 5º, inciso XXXII, o direito fundamental de proteção aos direitos e legítimos interesses da parte vulnerável, estabelecendo, igualmente, que a defesa ao consumidor, em consonância com os ditames da justiça social, seria um princípio norteador da atividade econômica, conforme preceituado no artigo 170, inciso V. Contudo, as referidas normas somente foram dotadas de plena eficácia por advento da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em obediência à expressa determinação contida no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com efeito, o surgimento do Direito do Consumidor, em um primeiro momento, colocou em crise a racionalidade privatista concernente à regulamentação anteriormente concedida às relações que agora estariam sob a égide consumerista. Isso porque, as relações jurídicas albergadas pelo Código Civil então vigente, lastreadas pelo paradigma individualista fundado em noções de justiça comutativa e igualdade formal entre os contratantes⁹, seguiam em direção diametralmente oposta à necessária intervenção estatal nas relações de consumo.

Nesse sentido, afirma-se que o Direito do Consumidor - além de constituir verdadeiro microsistema ante a especialidade de suas normas e a determinação do âmbito de incidência de suas regras -, possui natureza eminentemente pós-moderna¹⁰, porquanto prescinde da obsoleta dicotomia entre *direito público* e *direito privado*. Assim, por intermédio de normas cogentes, prevê a intervenção do Estado no âmbito de suas relações em razão da evidente desigualdade entre os seus sujeitos - consumidor e fornecedor -, de modo a heteronomamente minimizar as disparidades de forças que tornam o consumidor vulnerável.

Ainda no que concerne aos seus princípios basilares, temos a *vulnerabilidade* como presunção legal absoluta decorrente da referida disparidade de forças e da evidente desigualdade entre fornecedor e consumidor, seja em razão da ausência de conhecimentos acerca da procedência, concepção e oferta do

⁸ *Ibidem*, p. 34-35

⁹ BARROSO, Lucas Abreu. *Ob. cit.*, p. 6.

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.

produto ou do serviço consumido ou da desproporção entre o poder econômico de tais agentes. Destarte, compreende-se que o *princípio da vulnerabilidade* constitui elemento justificador da própria existência do Direito do Consumidor¹¹.

Outrossim, do *princípio da solidariedade* ressalta a imposição de que os contratos de consumo atendam à sua função social, isto é, que encontrem arrimo em interesses socialmente justos e relevantes, de modo que haja cooperação entre os contratantes visando a satisfação de seus legítimos interesses por meio daquele negócio jurídico, de modo a estender a toda a cadeia de fornecedores a responsabilidade por danos causados no mercado de consumo, tratando-se de uma política de divisão social dos riscos em razão das atividades econômicas desenvolvidas.

Não menos importante é *princípio da boa-fé objetiva*, enunciador de deveres principais ínsitos a todo contrato de consumo, seja por ocasião das negociações, da oferta, da execução e mesmo quando já restar extinto o contrato. Assim, visa a proteger o consumidor de possíveis abusos por parte do fornecedor, estabelecendo deveres de lealdade e de informação, bem como, em último plano, tutela à própria segurança e saúde do vulnerável.

As relações jurídicas consumeristas são determinadas consoante critérios subjetivos relacionados às qualidades atribuídas a seus sujeitos. Dessa forma, compreende-se por consumidor a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou o serviço como destinatária final, bem como toda a coletividade de pessoas que, de algum modo, está exposta ao mercado de consumo - consumidor por equiparação, ou *by stander* - (vide Lei nº 8.078/90, artigo 2º, parágrafo único; artigo 17; e artigo 29). Por outro lado, o fornecedor, conforme estabelecido no extenso rol traçado no artigo 3º, *caput*, do CDC, pode ser toda pessoa, física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, nacional ou estrangeira, que integre a longa cadeia de fornecimento de produtos e serviços. Assim, o grande palco no qual se descortinam as relações entre esses agentes econômicos é o mercado de consumo.

A responsabilidade civil, instituto jurídico disciplinador da reparação de danos a bens juridicamente tutelados, lança seus regramentos gerais através dos conceitos em torno de seus pressupostos inclusive para o âmbito do direito consumerista, cuidando de estabelecer uma relação jurídica de direito pessoal ao imputar ao indigitado responsável a obrigação de reparar os danos injustamente causados a outrem. Assim, na seara da Responsabilidade Civil de Consumo, houve uma necessária opção pela responsabilidade objetiva, firmada, sobretudo, no *risco da atividade*. Destarte, aos danos havidos no transcurso de relações jurídicas consumeristas atribui-se ao fornecedor o dever de reparação por Fato do Produto ou do Serviço (CDC, artigos 12 a 17) quando um *defeito* acarretar danos à saúde ou à segurança da parte vulnerável, havendo, dessa forma, uma violação ao dever de incolumidade¹²; enquanto a Responsabilidade por Vício do Produto ou do Serviço (CDC, artigos 18 a 25) restará estabelecida ante a inadequação frente aos interesses que legitimamente se espera com a formação daquela relação jurídica.

¹¹ *Ibidem*, p. 65-69.

¹² *Ibidem*, p. 358.

Destaque-se, em pese a diversidade de posicionamentos doutrinários atinentes aos pressupostos da responsabilidade civil, que se compreende que para a configuração da obrigação de reparar necessário se faz que estejam presentes os requisitos fato antijurídico, dano, nexos de imputação e nexos de causalidade¹³. A responsabilidade por fato do produto ou do serviço toma por base os regramentos gerais da responsabilidade civil, estabelecendo, no entanto, especificações decorrentes das particularidades de suas relações.

Com vistas a efetivar o princípio da reparação integral, admite-se que a violação do dever geral de proteção à saúde e à segurança do consumidor pode acarretar *danos* de natureza patrimonial e anímicos. Assim, a vastidão da lesão pode estar adstrita tanto à esfera individual de afetação quanto à de uma coletividade, havendo, outrossim, a possibilidade de danos a bens difusos e, dadas as possíveis implicações ambientais dos danos em massa, inolvidável reconhecer o premente caráter intergeracional de algumas lesões¹⁴.

A colocação de produto defeituoso no mercado de consumo caracteriza o requisito *fato antijurídico*, o qual restará configurado independentemente da culpabilidade do fornecedor. Destarte, no que concerne aos produtos, compreende-se que existirá defeito sempre que este apresentar nocividade ou periculosidade à saúde ou à segurança para além daqueles riscos que, por sua própria natureza, implicarem, assim também quando as informações acerca de sua origem, utilização e riscos forem insuficientes ou inadequadas, havendo que se falar ainda em falhas na concepção, projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento (CDC, artigo 12, caput e §1º e incisos). Afigura-se, por outro lado, o defeito nos serviços sempre que houver falhas em sua prestação ou insuficiência nas informações acerca de seus riscos e de sua utilização, destacando-se que, excepcionalmente, a imputação da obrigação de reparar aos profissionais liberais somente será realizada mediante comprovação da culpa.

Integrar a longa cadeia de fornecimento, seja na qualidade de fabricante, produtor, construtor, importador, ou simplesmente como prestador de serviços, é elemento suficiente para caracterizar o *nexo de imputação*, responsabilizando-se o comerciante, via de regra, de modo subsidiário quando os demais agentes não puderem ser identificados, ou então quando o defeito decorrer de falhas no acondicionamento de produtos.

Dentre todos os pressupostos já mencionados, o *nexo de causalidade* é certamente aquele que mais dissensões provoca, sendo o responsável por estabelecer a ligação entre o dano e o fato antijurídico. Trata-se, pois, na doutrina vigente, da verificação de uma relação de causa e efeito, tornando a imputação da responsabilidade possível somente quando restar cristalina essa comprovação, a qual deverá ocorrer principalmente no transcurso de processo judicial por meio de dilação probatória.

Saliente-se, por fim, a possibilidade de afastamento da obrigação de reparar quando restar verificada a existência de eximentes de responsabilidade atinentes ora à ausência de nexos de imputação, ora à inexistência de nexos de causalidade, bem como o decurso de prazo prescricional. Assim, são

¹³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 490-501.

¹⁴ BARROSO, Lucas Abreu. *Ob. cit.*, p. 5-9.

capazes de elidir a responsabilidade do fornecedor o fato exclusivo da vítima, ou fato exclusivo de terceiro, bem como a comprovação de inexistência de *defeito*. Conquanto os casos fortuitos e os de força maior não constem no rol traçado no diploma consumerista, admite-se, entretanto, que as lesões a direitos podem ter como origem os casos fortuitos internos e os casos fortuitos externos, sendo os primeiros indenizáveis e o segundo eximente da obrigação de reparar. Dessa forma, consoante entendimento sedimentado pela jurisprudência, o fortuito externo decorre de riscos estranhos à atividade do fornecedor; enquanto o fortuito interno consistiu risco inerente à atividade econômica do responsável.

2 – Objetivos

A problemática desta pesquisa se insere no estabelecimento do nexo de causalidade por danos decorrentes de fato do produto ou do serviço, mais precisamente no que concerne ao caso fortuito externo. Isso porque, na intrincada sociedade global de riscos, inumeráveis danos podem ocorrer no desenrolar de relações jurídicas de consumo, sobretudo quando, para além do *risco da atividade*, pensamos no *risco do desenvolvimento*. Contudo, por vezes, a aferição do nexo de causalidade entre a atividade posta em funcionamento pelo indigitado responsável e o dano pode mostrar-se extremamente dificultosa e quiçá impossível. Desta sorte, esta pesquisa se apoia nos princípios da solidariedade e da reparação integral, buscando averiguar a possibilidade de fundamentar a reparação de danos nas hipóteses de acidente de consumo tidas como casos de fortuito externo.

Desta sorte que, no intuito de solucionar a questão proposta, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: (a) averiguar se a responsabilidade civil consumerista coaduna com o sentido atual do direito, numa perspectiva crítico-problemática, ou se fazem necessárias novas formas de se pensar a reparação de danos; (b) examinar em que medida a conjuntura atual de consumo influencia ou mesmo determina a configuração da ocorrência de danos e se tais alterações socioeconômicas são capazes de servir de fundamento suficiente para a geração de um dever de reparar, ainda que o imputado não seja o efetivo causador do dano na visão tradicional da responsabilidade civil; (c) demonstrar a possível insuficiência da legislação vigente e dos entendimentos doutrinários quando há dano numa relação de consumo, mas o nexo de causalidade é afastado, deixando as vítimas, em muitos casos, desamparadas; (d) averiguar se a razão prática, com lastro em A. Castanheira Neves, conseguiria possibilitar respostas aos questionamentos suscitados.

3 – Metodologia

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que perfila a linha crítico-metodológica, a qual, ao invés de pôr fim a discussões, considera o problema jurídico como tópico e problemático, isto é, não se encerra em respostas oferecidas pelo direito posto, mas visa prognosticar soluções a prementes questões cujas respostas podem se demonstrar insatisfatórias.

Dessa forma, em consonância com o tipo investigativo *jurídico-diagnóstico*, se procedeu, em um primeiro momento, a uma análise preliminar da bibliografia inicialmente selecionada visando a compreensão do fenômeno tratado neste trabalho. Em seguida, de posse de maiores conhecimentos, operou-se a leitura crítica das obras estudadas, abraçando o tipo investigativo *jurídico-interpretativo* de

modo a comunicar o marco teórico, consistente no diagnóstico traçado por Ulrich Beck acerca da *sociedade de risco*, com a disciplina jurídica da reparação por fato do produto e do serviço, aliado ao exame de decisões judiciais colhidas em bases de dados de tribunais brasileiros. Assim, através de um raciocínio indutivo, partindo de dados particulares, objetivou-se realizar constatações gerais acerca do problema colocado.

4 – Resultados

Para além de meras elucubrações acadêmicas, o modelo teórico da *sociedade de risco* se impõe ante o necessário diagnóstico da inelutável força dos fatos. Os processos de modernização que originaram a sociedade industrial, pautados no controle da vida humana através de uma racionalidade instrumental¹⁵, sucumbiram, em dado momento, diante do êxito obtido pela tecnologia de suas forças produtivas, eis que dos efeitos colaterais decorrentes dos processos de industrialização exsurge a sociedade *pós-industrial*, a qual não guerreia contra o seu oposto, pois oposto não há, mas visa resistir aos problemas por ela mesma criados¹⁶.

A irresignação frente os riscos da era pós-industrial reside na malfadada promessa de império da segurança decorrente do controle sobre as forças da natureza em que fincaram suas bases os processos modernizantes¹⁷. Embora a experiência social humana revele que nunca antes se esteve imerso em tanta segurança, paradoxalmente, a sociedade (industrial) de riscos existe em razão das iminentes incertezas e perigos por ela autofabricados¹⁸. Dessa forma, irrompe-se com as velhas categorias do pensamento erigidas no limiar da era industrial, acrescendo-se às noções já concebidas, novas concepções acerca do tempo e do espaço.

A par dessas considerações, verificou-se que a atual conjuntura de consumo revela-se determinante para a configuração da ocasião danosa em razão da exacerbação da exposição humana a agentes potencialmente lesivos. A produção industrial em larga escala por processos automatizados, correlacionada a instrumentais de sofisticada tecnologia, propulsiona o hiperconsumo, fenômeno que, como sabido, acarreta danos e desequilíbrios ambientais de diversas ordens, os quais inexoravelmente voltam e atingem aqueles que os produziram, seja no esgotamento dos recursos naturais ou nas incontáveis forças da natureza a acarretar a destruição do trabalho humano. Ademais, a dinâmica e a rapidez com que a produção é levada a efeito desponta problemas em duas direções: na primeira delas, temos a ética empresarial de gerenciamento de riscos e prevenção de danos, em que as vias de proteção à incolumidade física dos consumidores pode ser efetivada por testes eficazes antes da colocação de produtos no mercado; ou então, ante um cálculo de lucros e prejuízos, faz-se uma opção pelo custo humano de averiguação dos riscos por trás de produto ou serviço através da utilização de seus próprios consumidores como “cobaias”.

¹⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil. *Civilistica.com*, a. 1, n. 1, p. 1-18, 2012. p. 4.

¹⁶ BECK, Ulrich. Ob. cit., p. 13.

¹⁷ *Ibidem*, p. 9.

¹⁸ *Ibidem*, p. 13.

Igualmente, ainda no que concerne à prevenção de danos, verificou-se que as principais questões residem nos *riscos de desenvolvimento*, consistentes em perigos que em virtude do estado de conhecimentos científico-tecnológicos existentes à época de lançamento de produto ou serviço no mercado de consumo não eram identificáveis, consubstanciando-se, posteriormente, em danos à saúde de seus consumidores. Inexiste, no direito brasileiro, solução pré-determinada em relação à reparação por lesões daí decorrentes, havendo, inclusive, argumentos contrários à tutela da parte vulnerável firmados em absurdas alegações de que a imputação da obrigação de reparar ao fornecedor nessas hipóteses colocaria um obstáculo ao desenvolvimento tecnológico e produtivo. Contudo, a fim de coadunar com os preceitos norteadores da atividade econômica dentro da qual está incluída a tutela aos interesses e aos direitos fundamentais dos consumidores, compreende-se que ao fornecedor há de ser imputada a obrigação de reparar por lesões cuja origem não se podia prever, sendo, pois, inadmissível que a tutela jurisdicional preste um desfavor à parte vulnerável atribuindo o dano injusto sofrido a um fortuito externo sustentando que a lesão decorre de risco estranho à atividade do fornecedor.

Superados os resultados adjacentes desta pesquisa, em relação à questão central aqui abordada verificou-se que o problema inserto no pressuposto *nexo de causalidade* reside no caráter impresso aos requisitos da responsabilidade civil objetiva, pois, embora erigidos sob os desígnios modernizantes da sociedade industrial, têm, contudo, de coadunar com as prementes questões suscitadas pela *sociedade de riscos*¹⁹. Dessa forma, obstáculos são encontrados a que, de posse dos conhecimentos existentes, sejam estabelecidas precisas relações entre o dano e o fato antijurídico. Assim, apesar de a reparação ser um imperativo de justiça social²⁰, verifica-se que as eximentes de responsabilidade são frequentemente aplicadas sem uma plausível justificativa, dando verdadeiro azo à irresponsabilização em violação à prioridade que deve ser dada aos interesses do lesado frente ao ofensor.

No decurso desta pesquisa verificou-se que o maior problema trazido pela questão da aferição do nexo de causalidade jaz no exame inadequado das teorias do nexo causal a serem aplicadas para a solução dos casos concretos. De fato, ao magistrado é conferida ampla margem de discricionariedade para estabelecer o liame entre o fato e o dano, pois a diversidade de perspectivas sobre as quais podem ser observadas essas relações colocou um obstáculo a pré-fixações legislativas acerca de qual é a teoria a ser adotada, destacando-se, contudo, que, no Código de Defesa do Consumidor, resta estabelecido apenas que o *defeito* é requisito indispensável. Ademais, considerando-se o diálogo de complementaridade entre os regramentos do direito consumerista e o Código Civil, inolvidável que no artigo 403 deste diploma legal há menção à teoria do dano direto e imediato, o que, felizmente, não permite afirmar que aquela é a teoria adotada na jurisdição brasileira.

Há, em verdade, certa margem de liberdade a que o magistrado de maneira fundamentada, conforme preceituado na Constituição de 1988 em seu artigo 93, IX, firme seu convencimento com base nos elementos probatórios colacionados aos autos de processo judicial, o que se revela salutar para a garantia da justiça na solução de litígios em razão das peculiaridades próprias dos conflitos sem engessar

¹⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Ob. cit., p. 4-5.

²⁰ BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Ob. cit., p. 162.

as possibilidades decisórias. Entretanto, conforme já apontado em ilustre tese, Pablo Malheiros da Cunha Frota elenca deficiências nas fundamentações de decisões judiciais atinentes ora à ausência de explicitação acerca de em qual teoria do nexo causal se pautará a decisão, ora a utilização de mais de uma teoria no bojo da fundamentação, havendo ainda a mudança na teoria a ser adotada em confronto com posições já assentadas em turmas e câmaras de tribunais²¹. Tais fatos geram preocupações quando se verifica que a opção pela teoria adotada é capaz de alterar o resultado dos julgamentos. Acrescente-se, ainda, que de diversas motivações judiciais se extraem perfeitos sentidos de justiça carecedores de acurado exame em relação às relações de causa e efeito, o que não é autorizado aos magistrados.

Em que pese o grande acervo de teorias do nexo causal já catalogadas²², nesta pesquisa fez-se a opção pelo tratamento apenas das teorias que já foram utilizadas de modo consistente em decisões judiciais. Para tanto, foram realizadas buscas em base de dados de jurisprudências²³, na qual, utilizando como parâmetro o Código de Defesa do Consumidor, sem determinar o lapso temporal dentro do qual as buscas haveriam de ser realizadas, foram constados os seguintes resultados para as cada uma das palavras-chave utilizadas, vejamos: (a) “nexo causal” E “teoria da causa eficiente”, com nenhum julgado encontrado; (b) “nexo causal” E “teoria da ação humana”, com nenhuma decisão judicial encontrada, havendo, nesse mesmo sentido, nenhum resultado para a busca da palavra-chave “nexo causal” E “teoria da causa humana”; (c) “nexo causal” E “teoria do seguimento da manifestação danosa”, em que nenhum resultado foi encontrado, da mesma forma que não houve resultados para a busca com a palavra-chave “nexo causal” E “teoria da continuidade da manifestação danosa”; (d) “nexo causal” E “causalidade adequada”, com 12 decisões encontradas; “nexo causal” E “dano direto e imediato”, havendo 05 achados; (e) “nexo causal” E “escopo da norma”, com nenhum resultado encontrado, no mesmo sentido, nada foi encontrado com a palavra-chave “nexo causal” E “causalidade normativa”; (f) “nexo causal” E “causalidade específica”, com nenhum achado, bem como nenhum resultado para a pesquisa com “nexo causal” E “causalidade da condição perigosa”; (g) “nexo causal” E “causalidade imediata”, não havendo, igualmente, nenhum resultado encontrado; (h) “nexo causal” E “causa impeditiva”, sendo encontrado 01 resultado, mas que foi imediatamente descartado, pois nessa decisão a referida causa impeditiva dizia respeito ao decurso de prazo prescricional para a postulação da reparação dos danos sofridos, conforme se vê em <<TJDF; ACJ 20030610010735; Ac. 173728; DF; Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; Rel. Des. Benito Augusto Tiezzi; Julg. 21/05/2003; DJU 29/05/2003; Pág. 69>>; (i) “nexo causal” E “teoria da relação de causalidade por falta contra a legalidade constitucional”, para a qual nenhum resultado foi encontrado.

Desta sorte, passando ao exame das teorias do nexo de causalidade destaque-se, inicialmente, que muitas delas estão assentadas em noções de previsibilidade acerca do dano, havendo outras que

²¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos. 2013 (Tese de doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2013. p. 58.

²² *Ibidem*, p. 56.

²³ Consulte em: <http://lexmagister.com.br/SeusProdutos.aspx>

estipulam também a probabilidade como requisito para a observância do liame de causa e efeito. Senão vejamos.

A teoria da *causalidade adequada*, dotada de grande prestígio doutrinário e jurisprudencial, consiste em juízos de probabilidade e de previsibilidade em relação à cadeia de fatos que costumam ser empiricamente observados. Sendo assim, para sua aferição é necessário retroagir a um momento anterior ao dano para, então, realizar um prognóstico e, em consonância com as regras da experiência comum, verificar se referida causa de fato possui o potencial para ocasionar a lesão, eis a formulação positiva da teoria ora examinada. Em sua formulação negativa, estabelece que a causa do dano é toda aquela que não é estranha ao resultado danoso, isto é, que não consista em uma *causa inadequada*, capaz de afastar o aludido nexos causal, tomando-se como inadequados os fatos extraordinários e excepcionais²⁴.

Diversas críticas não tardam à aludida teoria, vez que, conforme já mencionado, uma das facetas dos riscos autofabricados pelos processos produtivos impulsionados pela atual conjuntura de consumo reside no seu caráter inédito, de modo a dificultar, inclusive, medidas preventivas em relação à inibição da ocasião danosa, fato que ganha relevo diante dos *riscos do desenvolvimento*. Assim, o problema daqui decorrente se encontra na possibilidade de que, em um primeiro momento, as vítimas fiquem desamparadas, sendo, pois, afastada a responsabilidade do fornecedor em virtude da “excepcionalidade” da lesão sofrida pelo consumidor.

Dando maiores tessituras às críticas dirigidas à amplamente utilizada teoria da *causalidade adequada*, verifica-se ainda no que concerne à discricionariedade conferida ao magistrado, que embora este seja um ser social, a pluralidade de relações existentes impede que o julgador tenha conhecimentos plenos acerca da “normalidade dos fatos” à sua volta. Afigura-se, nesse sentido, a aberração decorrente da disparidade de tratamento dado a lesões originadas de fatos similares. No primeiro caso, julgado nos autos da apelação de nº 0002580-04.2007.8.26.0278 no dia 14.10.2013, a 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a responsabilidade da CPTM (Companhia Paulista de Trens Metropolitanos) por danos à saúde de uma vítima atingida nos seus olhos por pedras jogadas por terceiro não identificado contra os vagões da empresa sob as alegações de que a referida lesão se tratava de um caso fortuito externo, pois, além de imprevisível e improvável, o dano ainda era estranho ao contrato de transporte. Entretanto, cerca de cinco meses depois, no julgamento dos autos de embargos infringentes de nº 0113377-2 3.2012.8.26.0100/50000, a 22ª Câmara de Direito Privado do TJSP decidindo pedido de indenização de danos morais e materiais por lesão decorrente de pedra jogada contra vagão da mesma ré entendeu ser frequente o referido acidente, razão pela qual haveria um obstáculo a se reconhecer o caso fortuito externo em virtude da previsibilidade do dano.

Não se restringindo apenas a esse evento, mas também a diversos outros posicionamentos judiciais²⁵, um dos problemas na adoção da teoria da *causalidade adequada* diz respeito à necessidade de existência de diversos danos similares, o que faz com os primeiros pedidos sejam julgados

²⁴ NORONHA, Fernando. Ob. cit., p. 627-634.

²⁵ Veja também a disparidade de posicionamentos entre a decisão proferida nos autos de Apelação nº 994.06.123661-0, julgado pelo TJSP, e aquela tomada nos autos do processo nº 994.05.107330-5 pela mesma Corte.

improcedentes²⁶, principalmente ao argumento de seu tratar de caso fortuito externo. Ora, tal fato revela-se contrário ao paradigma ético no qual se intenta firmar o direito consumerista, em que, para além dos jogos econômicos de lucro e prejuízo nos quais estão envolvidas as indenizações, existe a pessoa lesada para a qual deve ser dada primazia.

Por outro lado, embora pouco empregada, a amplamente conhecida teoria da *equivalência das condições*, comumente denominada *conditio sine qua non*, pautada em resultados naturalísticos, baseia-se em um juízo retrospectivo no qual, em um primeiro momento, todas as circunstâncias são consideradas aptas a gerar o dano. Assim, através de uma reconstrução mental dos fatos, verifica-se se suprimida uma das condições tida por juridicamente relevante a ofensa a direitos teria sido verificada. Dessa forma, àquela condição que uma vez excluída inexistiria a lesão atribuir-se-á o condão de causadora do dano. Apesar de seus esforços, esta teoria padece de dificuldades em sua aplicação, visto estender longamente a rede de causas, sem estabelecer claros critérios sobre os limites das imputações.

Por outro lado, a teoria do *dano direto e imediato*, prevista no artigo 403 do Código Civil, embora trate da responsabilidade negocial, é o único dispositivo deste diploma legal que concede tratamento à matéria da causalidade. Consiste em diferenciar condições e causas para a ocorrência de um dano, estipulando que as causas remotas não devem ser consideradas como geradoras da lesão, mas apenas aquelas que demonstrarem ser imprescindíveis para a ocasião danosa, pois, uma vez afastadas, a ofensa a direitos não teria sido observada. Inserida no bojo da teoria do dano direto e imediato, temos a *causalidade necessária*, a qual estipula que uma vez reconstruída a cadeia de fatos dos quais se originou o dano e, imaginando inexistir o referido *defeito* em produto ou serviço, isto é, havendo o rompimento do nexos causal, se ainda assim o dano sobressair, então, a referida causa não será a efetiva geradora da lesão²⁷.

De fato, as duas últimas teorias analisadas revelam-se mais afinadas com a justiça da reparação de danos, razão pela qual se compreende que ao optar pela utilização da teoria da causalidade adequada e através dela se verificar o afastamento da obrigação de reparar, necessário se faz que acurado exame seja feito também com a teoria da causalidade necessária e a da equivalência das condições de modo a evitar que a simples dúvida acarrete a não reparação.

No que concerne ao afastamento da obrigação de reparar, admite-se a isenção de responsabilidade do fornecedor sempre que este, mormente por intermédio de dilação probatória, demonstrar ter havido o rompimento do nexos de causalidade, evidenciando não ter contribuído para que o acidente de consumo ocorresse²⁸, trata-se, pois, do *caso fortuito externo*. Nesse sentido, em conformidade com o rol traçado no artigo 12, §3º e incs., do Código de Defesa do Consumidor, cabe ao fornecedor comprovar não ter colocado o produto no mercado, destacando-se que são incapazes de elidir a sua responsabilidade as hipóteses de lesões decorrentes de aquisição de produto de mostruário ou de prova. Ademais, em virtude da presunção *juris tantum* da responsabilidade do fornecedor, a existência de defeito

²⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Ob. cit., p. 79.

²⁷ MIRAGEM, Bruno. Ob. cit., p. 372.

²⁸ *Ibidem*, p. 378.

é igualmente presumida, assim, para atestar sua inexistência é necessária a produção de prova pericial, razão pela qual se recomenda que ocorra a inversão do ônus da prova em benefício da parte vulnerável²⁹.

Outra excludente de responsabilidade é a comprovação de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, tratando-se de situação em que a ação do fornecedor em nada contribuiu para a ocasião danosa. Saliente-se que mesmo nas hipóteses de culpa concorrente do consumidor, ou de terceiro, o fornecedor há de ser responsabilizado de maneira concorrente. Compreende-se por terceiro o sujeito estranho à cadeia de fornecimentos que pratica atos que, por si só, são capazes de lesionar os direitos do consumidor independentemente da existência de defeito em produtos. Assim, admite-se, inclusive, que embora certo produto possa ser defeituoso, o referido defeito não foi a força motriz a causar o dano, porquanto o resultado danoso decorreu exclusivamente de atos praticados pelo próprio consumidor, ou por terceiro, seja por dolo, negligência ou imprudência.

Dessa forma, compreende-se que, de fato, quando restar comprovado que o consumidor, por sua própria conta, deu causa ao dano sofrido não há que se falar em dever de reparar pelo fornecedor, pois, estando em posse de informações e de conhecimentos necessários acerca dos perigos que envolvem certo produto ou serviço, bem como sobre sua correta utilização, a responsabilidade pela lesão à vítima compete, sob pena de que se crie subterfúgio à irreparabilidade. Destaque-se, contudo, que a culpa exclusiva do consumidor há de ser bem interpretada para que não sirva de depositária dos interesses do fornecedor de modo a elidir sua responsabilidade, devendo, portanto, atribuir tal culpa apenas aos danos cujos riscos eram de amplo conhecimento e cujas informações restavam claras. Assim, conforme já fora mencionado, evidencia-se que os riscos de desenvolvimento nessas hipóteses não se encaixam. Observa-se, assim, que este resultado não destoava de posicionamento já assentado na doutrina e na jurisprudência.

Em relação à culpa exclusiva de terceiro, o qual por sua ação provoca danos ao consumidor enquanto se executa um contrato de consumo, chega-se à conclusão de que, embora por vezes a referida conduta seja estranha à atividade do fornecedor, a responsabilidade haveria de lhe ser imputada sempre que o terceiro não puder ser identificado ou, mesmo que o seja, quando não tiver meios de satisfazer a reparação pelos danos causados. Justifica-se a imputação da obrigação pelos proveitos obtidos com a exploração econômica e a solidariedade que há de nortear as relações consumerista, pleiteando-se, ainda, pela admissão da possibilidade, em uma interpretação extensiva, de que contra o terceiro ofensor o fornecedor possa exercer o direito de regresso.

Conforme mencionado alhures, *fortuito externo* é a nomenclatura utilizada para designar os danos decorrentes de riscos estranhos à atividade desenvolvida pelo fornecedor, sendo também atribuída às lesões provenientes de fato exclusivo do lesado, ou exclusivo de terceiro. Vê-se que a compreensão sobre o que se terá como “risco estranho” pauta-se, em verdade, em presunções firmadas em saberes vulgares acerca da ordinariiedade dos fatos. Dessa forma, restam aqui as mesmas críticas já tecidas por ocasião do exame da teoria da *causalidade adequada*.

Constata-se, ainda, que no sistema de responsabilização por danos nas relações de consumo não se pode falar propriamente em apartadas hipóteses de responsabilidade objetiva e responsabilidade

²⁹ *Ibidem*, p. 380-381.

subjetiva, havendo verdadeira miscelânea entre ambas, o que se comprova quando se observa que as hipóteses de interrupção do nexo de causalidade são pautadas em análises acerca da culpabilidade.

Ante todo o exposto, observa-se que, conquanto o problema inicialmente posto resida na questão das excludentes de responsabilidade, com o desenrolar da investigação restou constatado que as maiores indagações, na verdade, consistem nos percalços encontrados para o estabelecimento do nexo de causalidade em meio a um contexto de irrupção das noções espaço-temporais que são inelutavelmente propiciadas pelos riscos criados pela dinâmica das forças produtivas deste *Admirável Mundo Novo*. Desta sorte, até o presente momento não se pode responder categoricamente à indagação sobre a possibilidade de imputar a obrigação de reparar a um sujeito não propriamente responsável pelo dano, mas, por outro lado, verificou-se que na sociedade de riscos a responsabilidade por danos afigura-se uma rede de solidariedade da qual todos participam.

5 – Conclusões e discussões

O exame da responsabilidade civil consumerista sob a perspectiva das excludentes de responsabilidade foi, em verdade, uma tentativa de suscitar questionamentos acerca dos problemas práticos encontrados para o estabelecimento do pressuposto *nexo de causalidade*, o qual, como se intentou demonstrar, vive em meio a prementes problemáticas decorrentes das dificuldades trazidas pelos *riscos* propulsionados pela dinâmica de consumo e pela dificuldade imanente à compreensão das teorias do nexo causal.

Nesse sentido, conclui-se que ante um modo de vida orientado por e para o mercado de consumo, em que a fragmentação da vida e dos espaços, associada à emaranhada divisão social do trabalho, cria uma complexa rede de solidariedade entre os sujeitos nela envolvidos, na qual, em maior ou menor medida, todos se tornam responsáveis pelas riquezas socialmente produzidas e pelos riscos delas decorrentes, emerge, pois, inequivocamente, a necessidade de que a responsabilidade civil seja pensada sob o prisma da socialização dos danos³⁰.

Por essa razão, torna-se impositivo pensar novos instrumentais reparatórios, donde sobressai o direito de danos, compreendido como o conglobamento de diversos institutos jurídicos, tomando como premissa o foco na reparação do dano sofrido pela vítima em detrimento da perquirição da conduta do indigitado responsável³¹. Destarte, daí defluem diversas alternativas à efetiva reparação de danos condizentes com as complexas relações propiciadas pelos riscos autofabricados pela sociedade pós-industrial. Ao lado da responsabilidade civil – e da responsabilização por fato do produto ou do serviço no âmbito do direito do consumidor –, estão também os fundos indenizatórios e a securitização. Destaca-se que esses meios não se esgotam, havendo espaço para que se pense em inúmeros outros com a mesma finalidade. Assim, dos trabalhos iniciados por esta pesquisa, anunciam-se em seus horizontes o prosseguimento de trabalhos investigativos acerca da eficácia de meios alternativos à reparação de lesões

³⁰ BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Ob. cit., p. 158.

³¹ *Ibidem*, p. 160.

injustas, de modo a identificar se a reparação às lesões tem sido operada em consonâncias com os ditames da reparação integral.

6 – Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas no novo código civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 43, 2010.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Imputação sem nexos causal e a responsabilidade por danos. 2013 (Tese de doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2013.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil. *Civilistica.com*, a. 1, n. 1, p. 1-18, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2010.