

## **Defeito do produto: algumas considerações em torno da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

Adalberto PASQUALOTTO\*

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo apontar contornos mais precisos à responsabilidade civil do fornecedor por fato do produto. O estudo toma como base decisões do Superior Tribunal de Justiça pertinentes às quatro questões que constituem as partes em que o artigo se divide: i) a (persistente) confusão conceitual entre defeito e vício do produto; ii) o fundamento legal da indenização de danos puramente patrimoniais decorrentes de vícios; iii) os lindes entre a demonstração do fato constitutivo do alegado direito do consumidor à indenização e a prova da inexistência de defeito do produto alegadamente causador do dano; iv) a maior ou menor elasticidade admissível na prova do nexo causal comparativamente com decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. As duas primeiras questões dizem respeito à variação indevida do regime de responsabilidade civil do fornecedor do vício para o do defeito do produto; as duas últimas levantam importantes questões relativas aos encargos da prova.

**PALAVRAS-CHAVE:** Defesa do consumidor; fato do produto; responsabilidade civil do fornecedor; vício do produto; danos puramente patrimoniais; nexo causal.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. Migração indevida de regime dos vícios para fato do produto; – 2.1. Defeito *vs* vício; – 2.2. Danos patrimoniais decorrentes de vícios. 3. Duas questões relevantes sobre prova; – 3.1. Prova do fato constitutivo do direito do consumidor *vs* prova da inexistência de defeito do produto; – 3.2. O nexo causal em perspectiva comparada; – 4. Conclusão.

**TITLE:** *Product Liability: Comments on Some Decisions of Brazilian Superior Court of Justice*

**ABSTRACT:** *This article aims to point out more precise outlines to the supplier's civil liability for defect of the product. The study is based on decisions of the Brazilian Superior Court of Justice pertaining to the four questions that constitute the parts into which the article is divided: i) the (persistent) conceptual confusion between defective products that cause harm to consumers and goods that are not fit to their purpose; ii) the legal basis for the indemnity of purely patrimonial damages resulting from goods that are not fit to their purpose; iii) the limits between the demonstration of the fact constituting the consumer's alleged right to compensation and the proof of the absence of a defect in the product allegedly causing the damage; iv) the greater or lesser allowable elasticity in the proof of the causal link compared to decisions of the Court of Justice of European Union. The first two questions concern the undue variation of supplier's for goods that are not fit to their purpose responsibility for that of defective product that cause harm to consumers; the last two raise important questions regarding the burden of proof.*

**KEYWORDS:** *Consumer protection; product liability; goods inadequate to their purpose; patrimonial damage; causal link.*

**CONTENTS:** *1. Introduction; – 1. Improper migration from goods regime to product liability; – 2.1. Defective products vs goods inadequate to their purpose; – 2. Patrimonial damages caused by goods; – 3. Two relevant questions about evidence; – 3.1. Evidence of consumer's claim vs proof that the defect of the product does not exist; – 4. The causal link in a comparative perspective; – Conclusion.*

---

\* Professor de Direito do Consumidor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Ex-presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon.

## 1. Introdução

O Código de Defesa do Consumidor está completando 30 anos de promulgação. Resultou de comandos constitucionais que introduziram no Brasil o conceito de defesa do consumidor, então entre nós ainda pouco conhecido. O constituinte foi inspirado por documentos internacionais voltados para a necessidade de proteger o sujeito mais vulnerável das relações jurídicas de mercado. A globalização acentuou as assimetrias entre os consumidores e as empresas, especialmente as multinacionais, que mundializaram as suas marcas, tornando-se cada vez mais poderosas. O consumo deixou de ser apenas o suprimento de necessidades existenciais. Passou a significar um estilo de vida, atendendo a padrões comportamentais estereotipados.

Uma das proteções básicas do consumidor é a que se relaciona à segurança de produtos. Protege-se a vida e a saúde do consumidor contra riscos advindos do uso dos produtos lançados no mercado. Se um produto com defeito de projeto, de fabricação ou das informações sobre o seu uso seguro causar danos ao consumidor, o fabricante, o produtor ou o construtor (variando conforme a natureza do produto) ou o importador, se for o caso, será responsável pela reparação, independentemente de culpa. Foi assim instituída no Brasil, pela primeira vez de modo sistemático, a responsabilidade objetiva. Os fornecedores também respondem pela adequação de uso do produto conforme a sua finalidade. Neste caso põe-se em questão apenas a funcionalidade do produto, já não se trata de segurança, mas de vício – produto impróprio à sua finalidade – e a responsabilidade é solidária, abrangendo todos os fornecedores mencionados e outros que possam integrar a cadeia de fornecimento.

Nesse contexto, o comerciante ocupa uma posição particular. Não é imediatamente responsável por defeitos de segurança do produto, porque não participa da sua elaboração. Porém, pode responder subsidiariamente se não houver identificação do fabricante, produtor, construtor ou importador do produto defeituoso ou se não houver conservado adequadamente o produto perecível causador do dano. Além disso, é responsável direto e solidário pelo vício do produto, uma vez que participa da cadeia de fornecimento.

Na aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao longo desses quase 30 anos, diversas questões surgiram sobre a responsabilidade pelo fato do produto. Aqui serão analisadas quatro aporias que frequentemente causam decisões contraditórias ou parecem conflitar com o próprio sistema instituído em lei: a migração de regime do

vício para o do defeito do produto; danos patrimoniais decorrentes de vícios que acabam sendo indenizados como fato do produto; a prova do fato constitutivo do direito do consumidor, que a ele compete como autor da ação, em contraste com a prova da inexistência de defeito do produto hipoteticamente causador do dano e que deve ser feita pelo fornecedor; e a elasticidade – ou não – na admissão da prova do nexo causal. Este último ponto será abordado frente a decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que se reportam à aplicação da Diretiva 85/374, cujo regime sobre o fato do produto é muito semelhante ao do Código de Defesa do Consumidor.

O trabalho será desenvolvido a partir da análise documental de decisões do Superior Tribunal de Justiça, em razão da sua função jurisdicional de harmonização da aplicação do direito nacional. A análise dos acórdãos permitirá deduzir sobre a coerência das decisões, umas frente às outras, e a sua harmonização sistemática.

Adotou-se “fato do produto” como critério de busca para selecionar as decisões, dando-se preferência ao julgamento de Recursos Especiais, sem prejuízo de alguns agravos definidores sobre a matéria em causa. Não foram levadas em consideração decisões sobre fato do serviço, em razão de que o regime jurídico, em essência, é o mesmo, mas contém particularidades que desviariam o foco da pesquisa, como, por exemplo, a responsabilidade civil dos profissionais liberais com base na culpa.

As quatro questões que constituem o foco do trabalho compõem um conjunto coerente de análise, por isso foram selecionadas. As duas primeiras dizem respeito a uma indevida migração de regime de responsabilidade civil dos vícios para o do fato do produto. As duas últimas são pertinentes ao regime de prova. Naturalmente, não esgotam a vasta matéria sobre o fato do produto, como, apenas exemplificativamente, podem ser citadas a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, a proteção ao *bystander*, os casos de reconhecimento de dano moral, análises que, acrescidas, fariam exceder os limites de um artigo desta natureza.

## **2. Migração indevida de regime dos vícios para fato do produto**

A lição de Antonio Herman Benjamin que se tornou clássica na doutrina nacional do direito do consumidor classifica a responsabilidade civil do fornecedor em duas espécies. Ambas partem da denominação de *vício*: os produtos<sup>1</sup> teriam *vícios de insegurança* quando fossem portadores de defeitos causadores de danos aos

---

<sup>1</sup> Produtos (art. 12, do CDC) ou serviços (art. 14); neste texto, como já foi frisado na introdução, se tratará apenas dos primeiros.

consumidores ou *vícios de inadequação* quando não estivessem apropriados ao uso conforme a sua finalidade.<sup>2</sup> Todavia, ainda persistem confusões conceituais que determinam mudanças de um regime a outro, especialmente quando se trata de indenizar apenas danos patrimoniais. Cumprem refletir sobre as diferenças de regime. A língua emprega denominações distintas que permitem melhor visualizar as diferenças de um regime e outro: fala-se do *product liability* para o que corresponde no nosso direito à responsabilidade civil do fornecedor por fato do produto, e simplesmente de *goods* quando o que se coloca em questão é simplesmente a adequação do bem ou da mercadoria para cumprir a sua própria finalidade. Seria o caso de empregarmos *fato* ou *defeito do produto* quando se requer a aplicação do art. 12 e *impropriedade de uso* quando fosse hipótese do art. 18.

### 2.1. Defeito vs vício

A diferenciação de regime jurídico de responsabilidade civil entre *defeito do produto* e *impropriedade de uso* tem sua razão de ser no bem jurídico que cada regime busca proteger. Tratando-se de produto com defeito – regime do fato do produto, segundo a nomenclatura adotada pelo legislador brasileiro - protege-se a saúde, a integridade física e moral e a segurança do consumidor – em uma palavra, há dano à pessoa; no regime dos vícios, nada disso fica exposto a risco, há dano a um interesse patrimonial, apenas.<sup>3</sup> Todavia, não é infrequente nas decisões judiciais a migração de um regime a outro, especificamente dos vícios para o fato do produto. A migração ocorre para possibilitar a indenização ao consumidor, que no regime do vício, por alguma razão impeditiva, não mais a obteria. Os dois acórdãos comentados a seguir são exemplificativos da migração de regime. Nos dois casos, o centro do debate foi o vencimento do prazo de validade.

A primeira decisão foi proferida em 2009. Dois bebês gêmeos sofreram gastroenterite aguda em consequência de terem ingerido alimento infantil com prazo de validade vencido. O produto fora comprado em supermercado. Em representação dos filhos, o pai ajuizou ação contra o fabricante, que alegou se tratar de vício, apontando como

---

<sup>2</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In: OLIVEIRA, Juarez de [Org]. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>3</sup> Embora se afirme que o Código de Defesa do Consumidor superou a clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual (por todos, já citado: BENJAMIN, Antonio Herman V. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In: OLIVEIRA, Juarez de [Org]. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991), em geral não há maior discussão quanto à dualidade de regime. Neste sentido, por exemplo: FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luis. A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 5/1993.

responsável o comerciante. A sentença acolheu a tese de defesa, mas foi revertida na apelação. No STJ, o Recurso Especial não foi conhecido por maioria. A Ministra relatora fundamentou seu voto em que o comerciante não é terceiro frente ao fabricante, não valendo a este, por conseguinte, a excludente do art. 12, § 3º, III (culpa de terceiro).<sup>4</sup> Votou vencido o Min. Ari Pargendler, afirmando que responsabilizar o fabricante nessa hipótese equivale a instituir um seguro, que será embutido no preço do produto, porque os fabricantes não podem fiscalizar os pontos de venda em todo o país, de modo a impedir que produtos vencidos se mantenham em oferta nas gôndolas.<sup>5</sup>

No segundo caso, julgado em 2012, um casal encontrou larvas no interior de um bombom que ganhara de presente. A ação contra o fabricante, pedindo danos morais, foi julgada improcedente em primeiro e em segundo grau. No STJ, por maioria, foi negado provimento ao Recurso Especial interposto pelos autores, pelo fato de que o produto estava com prazo de validade vencido, o que, segundo o voto majoritário, rompia o nexa causal.<sup>6</sup>

Em nenhum dos dois casos discutia-se a qualidade original do produto; mesmo assim, as ações foram dirigidas ao fabricante. A responsabilidade do fabricante ocorre apenas por defeito do produto originário do processo industrial, compreendidas as informações de segurança necessárias. Nada disso esteve em questão. O defeito do produto foi adquirido no processo de comercialização. Ou o produto foi posto à venda com o prazo de validade esgotado (aparentemente isso ocorreu no caso do alimento infantil) ou foi consumido tardiamente (pode ter sido o caso do bombom, sem excluir que tenha sido vendido fora de prazo). Responsabilizar o fabricante nessas situações implica imputar-lhe riscos que extrapolam a sua atividade típica.

---

<sup>4</sup> Analisando a decisão proferida nesse acórdão, Guilherme Henrique Lima Reinig fez a apreciação correta, ao introduzir o elemento temporal na sua análise, qual seja, o momento em que o produto foi colocado no mercado pelo produtor. Se naquele momento o produto não era portador de defeito, não há hipótese de responsabilidade do produtor, para quem o comerciante devia ser considerado um terceiro (REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante". *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 89/2013, p. 109-139). No mesmo sentido expressou-se João Calvão da Silva, ao afirmar que o momento em que o juiz deve avaliar a existência de defeito do produto não é o da ocorrência do dano, mas quando o produto foi lançado no mercado. (CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 646).

<sup>5</sup> Recurso Especial 980.860-PR, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 23/4/2009. No mesmo sentido do voto do Ministro Ari Pargendler, embora na via inversa, a decisão da Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-402-03. Discutia-se a possibilidade de imputar ao comerciante a mesma responsabilidade objetiva do produtor, fora os casos já previstos de falta de identificação deste último. O TJUE considerou que, apesar da medida facilitar os procedimentos judiciais ao lesado, acabaria tornando-se cara, porque obrigaria os comerciantes a se assegurarem em face da nova responsabilidade, além de dar causa a uma multiplicação de ações regressivas na cadeia produtiva.

<sup>6</sup> Recurso Especial 1.252.307-PR, Terceira Turma, Rel. para o acórdão Min. Massami Uyeda, julgamento em 7/2/2012.

O prazo de validade é obrigatório. Ofertar produto sem prazo de validade constitui infração administrativa (art. 13, I, do Decreto 1.181/1997). Sua função é preventiva. É um alerta ao consumidor sobre a delimitação da segurança do produto no tempo. Também demarca, *a priori*, a responsabilidade do produtor. O produto deve oferecer a segurança legitimamente esperada na época em que for colocado em circulação<sup>7</sup> (art. 12, § 1º, III, do CDC). Ao ser entregue ao comerciante, o produto sai do controle do produtor.<sup>8</sup> Daí em diante o comerciante passa a ser responsável pela conservação<sup>9</sup> (art. 13, do CDC). Colocar o produto à venda para o público é um ato do comerciante. Se colocar o produto à venda com prazo de validade vencido, o comerciante cometerá um ilícito administrativo (art. 12, IX, “d”, Decreto 1.181/1997). Produto com o prazo de validade vencido é considerado impróprio ao consumo (art. 18, § 6º, I, do CDC). Acautele-se, portanto, o consumidor. Se o prazo estiver vencido, não compre. Se já comprou, não consuma. Se no ato da compra o prazo estava em dia, nada haverá a reclamar do comerciante. Se o consumo ocorreu tardiamente, haverá culpa exclusiva do consumidor.

## 2.2. Danos patrimoniais decorrentes de vícios

Outra situação em que a migração de regimes ocorre é quando o produto apresenta um vício e há danos materiais a indenizar. A maioria dos julgados entende que a decadência atinge também o direito à reparação de danos decorrentes do vício. A solução tem sido a reparação do dano como fato do produto, ainda que não tenha havido lesão à pessoa do consumidor, nem de terceiros. Vários são os julgamentos a esse respeito, como, por exemplo, os que se seguem.

No Recurso Especial 1.776.323-SP foi apreciada a pretensão indenizatória por danos materiais e morais decorrentes de problemas surgidos com a instalação de revestimento de cerâmicas e azulejos na residência do consumidor.<sup>10</sup> Nove meses após a instalação houve a deterioração dos produtos, tornando-se necessária sua

<sup>7</sup> Conforme decidiu o Tribunal de Justiça da União Europeia no processo C-127-04, “um produto é colocado em circulação quando sai do processo de fabrico realizado pelo produtor e entra num processo de comercialização”.

<sup>8</sup> “Do ponto de vista temporal, o juízo acerca de determinado produto ser ou não defeituoso diz respeito ao instante em que ele foi colocado em circulação (...) consistindo [a época em que o produto foi colocado em circulação] num parâmetro básico para a delimitação dos riscos a serem atribuídos ao produtor” (REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante”. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 89/2013, p. 109-139).

<sup>9</sup> Em outras palavras, “o produtor não responderá se demonstrar que o defeito surgiu em momento posterior àquele em que colocou o produto em circulação” (REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante”. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 89/2013, p. 109-139).

<sup>10</sup> Recurso Especial 1.776.323-SP. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgamento em 3/3/2015.



substituição. O consumidor não aceitou a proposta conciliatória feita pelo fabricante e ajuizou ação contra ele e o comerciante de quem adquirira o produto. Essa ação foi proposta 1 ano e 8 meses depois da deterioração do revestimento. O juiz entendeu que ocorrera a decadência do direito de reclamar. A apelação do autor foi provida parcialmente, afastando a decadência, por se entender que se aplicava a prescrição do art. 27, do CDC – vale dizer, a prescrição relativa a fato do produto. Em consequência, os demandados foram condenados a indenizar danos materiais, afastados os danos morais. No Recurso Especial, a Terceira Turma afirmou a existência de defeito, citando doutrina no sentido de que o defeito se caracteriza como um vício de maior dimensão. Assim, decidiu que o exercício da pretensão se sujeitava à prescrição quinquenal. Fundamentou a decisão afirmando que “a eclosão tardia do vício do revestimento, quando já se encontrava devidamente instalado na residência do consumidor, determina a existência de danos materiais indenizáveis e relacionados com a necessidade de, no mínimo, contratar serviços destinados à substituição do produto defeituoso. Desse modo, a hipótese é de fato do produto, sujeito ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos”.

No acórdão, foi citado como precedente o Recurso Especial 411.535-SP, no qual se apreciou pretensão indenizatória do comprador de um apartamento que apresentou defeitos construtivos que acarretavam inundações.<sup>11</sup> Discutia-se, igualmente, se se tratava de vício ou defeito da obra, com reflexos sobre a decadência do direito de reclamar ou a prescrição da ação.

Olhando-se o precedente citado, verifica-se a diversidade de situações. Tratava-se, então, de apartamento que era alagado conforme a instabilidade do tempo. Não estava em causa apenas o aspecto patrimonial, mas especialmente a saúde e segurança dos moradores. O relator do acórdão, o saudoso Ministro Ruy Rosado, ponderou bem a situação, ao afirmar: “Se o caso é de solidez ou segurança, é em princípio matéria de prova, mas por certo um apartamento sujeito a periódicas inundações não oferece nem segurança, nem solidez”. Complementou usando um critério atinente à natureza do direito do autor: “De qualquer modo, trata-se sempre de uma pretensão indenizatória, sujeita a prescrição, e não de direito formativo, com prazo decadencial”.

De fato, nos dois casos havia pedido indenizatório, o que pode levar à conclusão de que ambos devem ser tratados do mesmo modo. Deve-se olhar, porém, para o bem jurídico em causa. No caso do revestimento cerâmico estava em jogo questão puramente

---

<sup>11</sup> Recurso Especial 411.535-SP. Quarta Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 20/8/2002.

patrimonial. Já no apartamento alagado o que se protegia era a saúde e a segurança dos moradores, ameaçadas pela infiltração de umidade, dada a precariedade da construção. Esse discrimine essencial decorre do sistema do CDC e dos documentos internacionais que deram origem à defesa do consumidor. O primeiro documento relevante nesse sentido foi uma resolução do Conselho da Europa, de 1973, que ficou conhecida como a Carta dos Consumidores. Entre os direitos básicos dos consumidores proclamava-se a proteção contra danos físicos causados por produtos perigosos e a proteção contra danos aos seus interesses econômicos. Em 1985, a ONU publicou a Resolução 39/248, da Assembleia Geral, prevendo como princípios gerais a proteção dos consumidores contra riscos à sua saúde e segurança e contra os seus interesses econômicos. Em 2015, a Assembleia Geral da ONU adotou uma nova resolução – 70/186 -, atualizando e aumentando a anterior. Foi mantida nos mesmos termos a dualidade protegida, separando saúde e segurança de interesses puramente econômicos.

A carta europeia de 1973 e a resolução da ONU de 1985 foram a fonte inspiradora dos direitos básicos do consumidor arrolados no art. 6º, do CDC, em alguns casos com tradução quase literal. Assim é que o inciso I do art. 6º prevê “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Este direito tem conexão com o art. 12, que responsabiliza o fabricante, o produtor, o construtor e o importador por danos causados por defeitos de produtos (assim como com o art. 14, relacionado a defeitos de serviços) – art. 12 subordinado à primeira seção do capítulo IV, que trata da proteção à saúde e segurança. A proteção aos interesses puramente econômicos está disposta em apartado, na seção III, que responsabiliza os fornecedores por vícios dos produtos, ou seja, por inadequação à sua finalidade. Neste caso, o dano é somente patrimonial, diferente do fato do produto, que atinge ou ameaça a vida ou a integridade física ou moral do consumidor.<sup>12</sup> Em razão dessa diferença conceitual, o consumidor tem disponibilidade do direito à reclamação, entendendo-se que dele abriu mão se não o exercitar nos prazos do art. 26 (decadência). Afinal, o dano verificou-se apenas no produto. Quando o bem jurídico ofendido é mais relevante – saúde e segurança – trata-se de reparar dano à pessoa. Então o exercício do direito se subordina à prescrição, a qual, como se sabe, não fulmina o direito, apenas a pretensão. Essa regulação é feita pelo art. 27, que fixa o prazo prescricional de 5 anos e remete expressamente à seção II

---

<sup>12</sup> Também neste sentido: SOARES, Fláviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos. *Revista de Direito de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13/2017. A autora compatibiliza a ideia de cuidado com a responsabilidade objetiva a partir do histórico do produto, de modo a determinar o padrão exigível de segurança que atenda a legítima expectativa do consumidor.



do capítulo IV, ou seja, a seção que versa sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.<sup>13</sup>

Portanto, é do sistema do CDC, em linha com os princípios internacionais, a separação de regimes, um protegendo a saúde e a segurança dos consumidores, outro limitando-se a garantir o bom funcionamento dos produtos, de acordo com a sua finalidade. A jurisprudência do STJ, porém, tem reparado danos patrimoniais pelo art. 12, ainda que sem danos pessoais, como se pode verificar em outros casos analisados a seguir.

Agricultor do Mato Grosso teve prejuízos na lavoura de soja por alegada ineficácia do herbicida. Ajuizou ação contra o fabricante. Em primeiro grau, houve julgamento de procedência, revertido, porém, na apelação, pois o tribunal estadual entendeu ter ocorrido a decadência. O Recurso Especial acolheu a pretensão do autor, anulando a decisão de segundo grau e determinando novo julgamento da apelação sob o enfoque de fato do produto, com prazo prescricional de 5 anos. A decisão da Terceira Turma foi justificada porque toda a fundamentação do autor, desde a inicial, foi argumentando com a perda patrimonial causada por defeito do herbicida.<sup>14</sup>

Neste caso, não foi levado em consideração o princípio *da mihi factum dabo tibi ius*. O autor expôs os fatos do único modo que lhe convinha, como fato do produto, pois já havia perdido o prazo decadencial.<sup>15</sup> Contudo, se um produto não corresponde ao fim a que se destina (um herbicida que é inócuo para as plantas daninhas) trata-se de *vício*, não de *fato do produto*, porque não houve risco à vida, à saúde ou à segurança do

---

<sup>13</sup> Eventualmente, os danos podem ser apenas patrimoniais, mas o fato do produto pode caracterizar-se pela ameaça à segurança. Foi o que se verificou no incêndio de uma máquina de lavar roupa. Não houve danos pessoais, mas evidente risco à segurança do consumidor. O caso julgado como fato do produto para aplicar o prazo prescricional do art. 27 (Recurso Especial 100.710, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 25/11/1996).

<sup>14</sup> Recurso Especial 953.187-MT, Terceira Turma, Rel. Min. Sidney Beneti, julgamento em 23/6/2019.

<sup>15</sup> A rigor, não havia uma relação de consumo, pois se tratava de um grande agricultor reclamando da qualidade de um insumo da lavoura. Porém, o STJ firmou a equívoca jurisprudência conhecida como “consumidor intermediário” para proteger o empresário que utiliza um produto cuja vida útil se esgota ao ser utilizado. O equívoco está em levar em conta a finalidade do produto e não de quem o usa. A proteção é ao sujeito que consome, não ao que é consumido. A esse respeito: PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o ‘consumidor intermediário’. *Revista de Direito do Consumidor* 74, abr. jun. 2010. É possível que a jurisprudência do STJ venha a ser influenciada pela Lei nº 13.874, de 20/9/2019 (Declaração de direitos de liberdade econômica), que acrescentou ao Código Civil o art. 421-A, dispondo que “[O]s contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção (...)”. A presunção de paridade e simetria deverá ser aplicada aos contratos interempresariais de modo geral, de modo a afastar a aplicação generosa que se fez do Código de Defesa do Consumidor em favor de empresas de menor potencial econômico nas suas relações comerciais com outras de maior porte. O próprio CDC oferece solução melhor do que simplesmente considerar consumidora a empresa mais frágil, mediante a aplicação do regime instituído pelo art. 51, inc. I, que permite ao juiz limitar a indenização que couber ao consumidor pessoa jurídica nas suas relações com os fornecedores. Esse dispositivo, porém, foi sempre ignorado pela jurisprudência.

agricultor. A perda patrimonial poderia ser reparada pelo art. 18, § 1º, inc. II, do CDC.<sup>16</sup> A reparação de prejuízos patrimoniais não requer a migração do regime dos vícios para o do fato do produto.

Em caso semelhante, agricultores pediram indenização ao fabricante por falha de defensivo agrícola contra a praga conhecida por ferrugem asiática. Foi reconhecida a relação de consumo, mas o acórdão mencionou que, de qualquer sorte, o fabricante responderia pelo risco da atividade, nos termos do art. 927, § único, do Código Civil.<sup>17</sup> De um ponto de vista sistemático, é solução melhor do que a migração interna de regimes no CDC, porque a cláusula geral de responsabilidade objetiva do Código Civil não discrimina entre danos à pessoa e danos patrimoniais.

Mais recentemente, dois acórdãos relatados pela Ministra Nancy Andrighi tendem a mudar esse rumo.<sup>18</sup> Nos dois casos, o autor (comprador num caso, promitente comprador no outro) pedia indenização por metragem a menor do apartamento objeto do contrato. Os dois acórdãos afirmaram que o prazo decadencial de 90 dias é destinado à reclamação por vícios, tendo em vista as soluções propiciadas pelo art. 18, § 1º, do CDC. “Quando, porém, a pretensão do consumidor é de natureza indenizatória (isto é, de ser ressarcido pelo prejuízo decorrente dos vícios do imóvel) não há incidência de prazo decadencial. A ação, tipicamente condenatória, sujeita-se a prazo de prescrição”. As duas decisões aplicam à pretensão indenizatória o prazo prescricional de 10 anos, previsto no art. 205, do Código Civil, uma vez que o CDC não regula prescrição por inadimplemento contratual. Além de corrigir a distorção da mudança de regime dos vícios para o do fato do produto, essas decisões aplicam corretamente o diálogo das fontes, favorecendo o consumidor pelo prazo maior da prescrição no Código Civil.

Há que se ponderar, porém, que o CDC não distingue entre responsabilidade contratual e extracontratual, tanto que o regime dos vícios é aplicado indistintamente e de modo solidário aos fornecedores. Diferentemente do art. 12, o art. 18 não singulariza categorias de fornecedores. Portanto, é possível ao consumidor reclamar do

---

<sup>16</sup> Solução semelhante é adotada por Flávia Portella Püschel. Fazendo a distinção de pretensões à reparação de danos pessoais e de mera reposição do produto, abatimento ou restituição do preço, a autora, porém, admite a reparação de danos patrimoniais decorrentes de vício pelo art. 12, sem cogitar da aplicação do art. 18, § 1º, II (PÜSCHEL, Flávia Portella. Consequências práticas da distinção entre vício e fato do produto: uma análise de decisões judiciais escolhidas. *Revista de Direito Privado*, 25/2006).

<sup>17</sup> Recurso Especial 1.096.425-MT, Terceira Turma, Rel. Des. Paulo Furtado (convocado do TJBA), julgamento em 20/8/2009.

<sup>18</sup> Recurso Especial 1.534.831-DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 2/3/2018; Recurso Especial 1.819.058-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 3/12/2019.

comerciante ou do fabricante. Se a reclamação é dirigida contra o comerciante, no mais das vezes se poderia falar de responsabilidade contratual, pois muito provavelmente o consumidor adquiriu o produto no comércio. Aplicar-se-ia então o prazo prescricional geral. Porém, se a reclamação é dirigida ao fabricante, ordinariamente não terá havido vínculo contratual entre ele e o consumidor. Por isso, a pretensão reparatória não poderia ser regida pela prescrição decenal. Seria o caso, então, de considerar a aplicação do art. 206, § 3º, V, do CC, relativa à responsabilidade civil em geral.

### **3. Duas questões relevantes sobre prova**

Os dois pontos abordados a seguir dizem respeito ao regime de prova. A primeira questão implica distinguir que tipo de prova deverá produzir o consumidor na qualidade autor de uma ação indenizatória para demonstrar o fato constitutivo do seu direito, como exige o art. 373, I, do CPC, e em que medida essa prova não se confunde com a prova da inexistência de defeito do produto alegadamente causador do dano – prova esta que incumbe ao fornecedor. A segunda questão se refere ao nexo causal, tendo relação direta com a prova da inexistência do defeito. A abordagem do tema, porém, é feita em perspectiva comparada, analisando-se decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia que admitem flexibilização da exigência rígida da teoria de necessariedade adotada em geral no Brasil.

#### **3.1. O fato constitutivo do direito do consumidor vs a prova da inexistência de defeito do produto**

A responsabilidade pelo fato do produto envolve três provas: a prova do fato constitutivo do direito do autor, a prova do nexo causal entre o dano e o defeito do produto e, ainda, a prova da imputabilidade do fornecedor.<sup>19</sup> A primeira prova cumpre ao consumidor, por exigência do “caput” do art. 12: ele deve provar que sofreu um dano em virtude do defeito de um produto. Porém, como o inciso II do parágrafo 3º impõe ao fornecedor o ônus de provar a inexistência do defeito, há uma aparente contradição: ao ter que provar o fato constitutivo do seu direito o consumidor já não estaria provando a existência do defeito?

---

<sup>19</sup> Para Bruno Miragem, a imputabilidade fica caracterizada pela colocação do produto no mercado, tanto que o fornecedor não será responsabilizado se não o fez (MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 699).

Em verdade, não. Presume-se que o produto causador do dano tenha defeito, pois se não fosse assim não teria causado o dano.<sup>20</sup> Todo produto deve atender a uma legítima expectativa de segurança.<sup>21</sup> A ocorrência do dano, em princípio, demonstra o contrário. É uma presunção relativa; caberá ao fornecedor desfazê-la, provando que o produto não era portador de um defeito de segurança.

Além da prova do defeito, pode pairar dúvida sobre a identificação do fabricante. Neste ponto, não se trata de discutir onexo causal, mas a imputação.<sup>22</sup> Exemplos dessas questões são comentados a seguir.

Julgando caso em que havia dúvida sobre a causa de acidente automobilístico, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino expressou o seu entendimento no sentido de que a inversão *ope legis* do ônus da prova do defeito dispensa o autor da prova do fato constitutivo do seu direito:<sup>23</sup> Disse o Ministro: “Normalmente, a prova do defeito, como

---

<sup>20</sup> Como afirma Ricardo Rocha LEITE: “(...) em relação ao defeito há uma presunção legal relativa de sua ocorrência” (A diversidade do ônus da prova no CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 105/2016, p. 343-370). No mesmo sentido, Sílvio Luis Ferreira da Rocha: Presume-se o defeito do produto, competindo ao fornecedor o ônus de provar sua inexistência (FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luis. A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 5/1993).

<sup>21</sup> “O produto é considerado defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera”, é o que define o art. 12. § 1º, do CDC, de modo análogo à Diretiva 75/284-CEE. Segundo Elena Bellisario, o legislador (europeu, no caso, mas o brasileiro de modo idêntico) optou por um conceito jurídico indeterminado, que faz uma conexão entre defeito e segurança. A avaliação do defeito resulta de uma operação hermenêutica complexa, com a utilização dos indicativos dados pelo legislador (BELLISARIO, Elena. Art. 117, *prodotto difettoso*. In: ALPA, Guido; CARLEO, Liliana Rossi [a cura di]. *Codice del consumo: commentario*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2005). Como as circunstâncias que denotam a falta de segurança devem ser objeto de valoração pelo juiz, o o conceito de defeito fica impregnado de uma certa imprecisão, observa Guillermo Alcover GARAU (*La responsabilidad civil del fabricante: derecho comunitario y adaptacion al derecho español*. Madrid: Editorial Civitas, 1990, p. 74). No direito brasileiro, Flaviana Rampazzo Soares procura compatibilizar a responsabilidade objetiva com a ideia de cuidado a partir do histórico do produto, de modo a determinar o padrão exigível de segurança que atenda a legítima expectativa do consumidor, dando como exemplos a peculiaridade de certos produtos, como os destinados às crianças, seja quanto ao produto em si como em relação à sua publicidade (SOARES, Flaviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos. *Revista de Direito de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13/2017). A publicidade como forma de apresentação do produto é considerada indício a ser levado em conta na expectativa de segurança do consumidor. Assim, entre outros, os citados Guillermo Alcover Garau e Flaviana Rampazzo Soares, nas obras referidas; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. João Calvão da Silva menciona a apresentação do produto em termos de *conteúdo* e *continente*. O primeiro aspecto diz respeito à natureza intrínseca do produto; o segundo compreende a forma externa como é apresentado ao público, englobando todo o processo de comercialização, que inclui *marketing*, publicidade, promoção, informações sobre uso e advertências sobre perigos que possa oferecer. O aspecto externo pode ser mais influente do que o interno, por força de fatores como a publicidade, a aparência, o preço e a utilidade apreçada (CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 636-637).

<sup>22</sup> Sobre a diferenciação entre imputabilidade e nexo causal: PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7/2016.

<sup>23</sup> Há casos em que essa inversão probatória pode mostrar-se insuficiente. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou provimento à apelação de proprietário de automóvel furtado, que alegava haver deixado o veículo em estacionamento de supermercado, onde teria havia a subtração. No entanto, o autor não comprovou que efetivamente estivera no estabelecimento fazendo compras e que estacionara o automóvel no pátio do estabelecimento. O tribunal entendeu que o autor não provou o fato constitutivo do seu direito (Apelação Cível 5990955809. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, julgamento em 1/9/1999).

fato constitutivo do direito do demandante, deveria ser produzida pelo consumidor lesado, como autor da ação indenizatória”. Apontou, porém, a dificuldade do consumidor em obter os elementos de prova necessários como justificativa para a inversão *ope legis* dos encargos probatórios.<sup>24</sup>

No acidente, houve a quebra do banco do motorista. O veículo fora adquirido em julho de 2004 e em janeiro de 2005 houve colisão contra uma árvore, à margem da estrada. Em março desse mesmo ano a fábrica lançou um *recall* para substituição do banco do motorista, pois o encosto apresentava risco de quebra.<sup>25</sup> O motorista, proprietário do veículo, alegou na ação indenizatória que essa fora a causa do acidente. Perícia realizada na fase do inquérito policial constatou que o banco dianteiro do lado esquerdo se encontrava quebrado entre o encosto e o assento. Como houve perda total do veículo, a seguradora vendeu o casco, inviabilizando perícia técnica direta na ação cível. O fabricante apresentou um laudo fundamentado em perícia indireta. O perito não teve condições de concluir "se o banco quebrou em função do acidente ou se o acidente foi provocado pela quebra do banco”. Porém, asseverou que “a chance de o banco ter quebrado por consequência do acidente é bem maior do que este tenha sido a causa do acidente”. O relator entendeu que o fabricante-recorrente não demonstrou a inexistência do defeito e negou provimento ao recurso.

Em outros julgados, esse entendimento sofreu algum tempero, como se pode ver no Recurso Especial 1.715.505-MG, que atribuiu ao consumidor a prova de que o dano decorreu de produto colocado no mercado pelo fornecedor, cabendo a este comprovar que a causa não foi o defeito do produto.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Recurso Especial 1.168.775-RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento em 10/4/2012. O mesmo entendimento fora exarado pelo Ministro Sanseverino nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 422.778-SP. Segunda Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Relatora para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgamento em 29/2/2012. O acórdão será comentado abaixo.

<sup>25</sup> Em outro julgamento, foi entendido que o *recall* faz presumir a existência do defeito: “O Tribunal *a quo*, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, entendeu que o defeito fora publicamente reconhecido pela recorrente, ao proceder ao ‘recall’ (...)”. O julgamento no STJ manteve este entendimento por força da Súmula 7 (Recurso Especial 575.469-RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgamento em 18/11/2004). Situação diferente verificou-se pelo fato de que o fabricante deixou de promover *recall*, o que foi visto como indicio de negligência, uma vez que houvera mais de 14 mil reclamações sobre a qualidade do produto (rompimento da banda de rodagem de pneu automobilístico; Recurso Especial 1.281.742-SP, Quarta Turma, Rel. Marco Buzzi, julgamento em 13/11/2012.)

<sup>26</sup> Diz a ementa: “(...) o defeito do produto representa pressuposto especial e inafastável da responsabilidade do fornecedor pelo acidente de consumo. (...) Dessa maneira, demonstrando o consumidor, na ação por si ajuizada, que o dano sofrido decorreu do produto colocado no mercado pelo fornecedor, a esse último compete comprovar, por prova cabal, que o evento danoso não derivou de defeito do produto, mas de outros fatores” (Recurso Especial 1.715-505-MG, Terceira Turma, Rel. Nancy Andrighi, julgamento em 20/3/2018).

O caso versava sobre uma colisão de trânsito que resultou na morte do motorista de um dos veículos. A outra condutora alegou que o fato ocorreu em razão da ruptura da banda de rodagem de um pneu do seu veículo. Promoveu ação contra a fabricante do pneu por defeito do produto.

Em primeiro grau o pedido foi julgado procedente, mas o tribunal de apelação, alinhando-se à perspectiva do fabricante, entendeu que, a despeito de o fornecedor responder objetivamente, na forma do art. 12 do CDC, ao consumidor compete comprovar os fatos constitutivos de seu direito, em especial o dano e o nexo causal. Considerou inexistir prova de que a causa da ruptura do pneu tenha sido um defeito do produto.

Perícia realizada pelo Instituto de Criminalística, de fato, concluiu que a causa determinante do acidente foi o rompimento da banda de rodagem do pneu traseiro direito do veículo, causando a perda de controle da direção. Adicionou, contudo, que “reputa-se à fortuiticidade [sic] da fatalidade que se deu a causa detonadora do sinistro”. Diante desses termos, o tribunal de apelação julgou ausente a prova de que havia defeito de fabricação. Consta no julgado de segundo grau, em trecho transcrito no Recurso Especial, que para que houvesse segurança sobre a relação existente entre o acidente e o produto, “mostrava-se necessária a realização de perícia no pneu, para que fosse apurada a real causa da sua ruptura. Entretanto, tal prova não foi produzida porque a demandante não mais possuía o pneu”. Por isso, deu pela improcedência do pedido indenizatório.

O julgamento no STJ inclinava-se por entender que, em princípio, há responsabilidade do fabricante do pneu, uma vez que é do fornecedor o ônus de provar a inexistência do defeito (art. 12, § 3º, II, do CDC), mas se deparou com o indeferimento, em primeiro grau, de produção de prova e julgamento antecipado da lide. Na apelação, houve pedido alternativo de perícia indireta, que não foi analisado pelo tribunal. Em razão disso, a Terceira Turma acolheu o voto da Relatora, devolvendo os autos ao segundo grau para apreciar o pedido de perícia indireta, com a finalidade de comprovar a inexistência de defeito do produto.

Outro caso de maior sutileza envolveu a identificação do fabricante. Estava em causa a responsabilidade civil de fabricante de refrigerantes. O consumidor sofrera perda parcial de visão ao abrir um refrigerante, cuja tampa foi arremessada contra o seu olho direito pela pressão interna da garrafa. A ação foi proposta contra o fabricante, que



alegou não haver fabricado o produto, pois havia mais de um fabricante do mesmo refrigerante na região onde o fato aconteceu. Por essa razão, a sentença julgou a ação improcedente. No julgamento da apelação, o tribunal reverteu a decisão, aplicando a inversão legal do ônus da prova, prevista no art. 12, § 3º, II, do CDC, ou seja, o fabricante não provou a inexistência do defeito do produto. O problema, porém, não era o defeito do produto. Isto era inequívoco. A questão estava em saber quem era o fabricante. Nos embargos de divergência, a Segunda Seção do STJ decidiu se a inversão do ônus se constitui em regra de julgamento, podendo ser aplicada inclusive na apelação, ou deve ser entendida como regra de instrução, cabendo ao juiz determiná-la como orientadora da prova. Prevaleceu esta segunda posição. Votando nesse sentido, a Ministra Maria Isabel Gallotti anulou o acórdão e a sentença, determinando a reabertura da instrução, ao efeito de proporcionar a prova relativa à identificação do fabricante. Não se tratava, portanto, de nexos causal, mas sim de fator de imputação.<sup>27</sup>

### 3.2. O nexos causal em perspectiva comparada

O tópico anterior pôs em evidência o conflito entre a demonstração do fato constitutivo do direito alegado pelo consumidor e a prova da inexistência do defeito. Agora o foco passa a ser o nexos causal entre o defeito do produto e o dano. O exame da questão será feito em perspectiva comparada com julgados do Tribunal de Justiça da União Europeia. Essa corte tem competência para proferir decisões a título prejudicial quando uma questão relativa à interpretação da legislação da União Europeia é suscitada por um órgão jurisdicional nacional. A decisão do TJUE orientará a decisão do órgão suscitante. Os casos a seguir examinados são relativos a dúvidas interpretativas da Diretiva 85/374, que rege a responsabilidade civil do produtor no âmbito da União Europeia, particularmente sobre o nexos causal. As decisões do TJUE serão comparadas com decisões do STJ.<sup>28</sup> A escolha do TJUE se deve a que o regime do fato do produto e do serviço do Código de Defesa do Consumidor inspirou-se na referida diretiva europeia.

No processo C-621-15, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE – enfrentou questão prejudicial relativa ao ônus da prova do defeito de um produto, que, conforme dispõe o art. 4º da Diretiva 85/374, incumbe ao consumidor. Tratava-se dos efeitos de

<sup>27</sup> Embargos de Divergência no Recurso Especial 422.778-SP. Segunda Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Relatora para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgamento em 29/2/2012.

<sup>28</sup> Não foram consideradas as decisões do STJ relativas a ações indenizatórias promovidas por fumantes ou seus sucessores. Nessas decisões, o STJ tem mostrado decidida aderência à teoria da necessidade, não admitindo nenhuma flexibilidade na análise do nexos causal. A exclusão se deve a que a análise demandaria espaço incompatível com o tamanho do presente texto e porque a matéria já foi abordada em: PASQUALOTTO, Adalberto. O direito dos fumantes à indenização. *Revista da AJURIS*, vol. 41/2014.

uma vacina contra hepatite B, que causou esclerose múltipla no paciente, levando-o ao óbito alguns anos depois. Os herdeiros propuseram ação de reparação de danos contra o laboratório fabricante da vacina. Fundamentaram-se na jurisprudência da Corte de Cassação da França, segundo a qual a prova do nexo causal entre o defeito da vacina e o dano pode resultar de “presunções graves, precisas e concordantes”. Como fatos autorizadores da presunção, indicaram a concomitância entre a vacina e o aparecimento da esclerose múltipla, bem como a inexistência de antecedentes pessoais e familiares relacionados à doença. Em primeiro grau, a ação foi julgada procedente pelo tribunal de primeira instância de Nanterre, mas a decisão foi revertida em grau de apelação, porque, conforme decidiu o Tribunal de Recursos de Versailles, embora os indícios autorizassem a presunção referida, não ficara provada a existência de defeito da vacina. Pelo Código Civil francês, “[C]abe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexo causal entre o defeito e o dano” (art. 1.386-9, do CCF, regra que aplicou ao direito interno o art. 4º, da Diretiva 85/374 CEE).

Estavam em questão, portanto, dois pontos distintos: i) uma certa presunção de que a proximidade temporal entre a tomada da vacina e o aparecimento da doença sugeria uma relação de causa e efeito entre esses dois fatos, e, além disso, não havia antecedentes pessoais e familiares que indicassem que fosse outra a causa da doença; ii) ainda assim, não ficara provado que a vacina era defeituosa.

A decisão de Versalhes foi cassada pela Corte de Cassação, provendo recurso dos autores. A Corte entendeu que o Tribunal de Recursos de Versalhes não havia decidido se os indícios que demonstravam que a doença teve origem na vacina também não seriam suficientes para firmar que o medicamento era defeituoso. A Corte de Cassação remeteu o processo para reexame do Tribunal de Recursos de Paris em grau de apelação. Foi então revertida a decisão de primeira instância de Nanterre, sendo julgada improcedente a ação.

Para prover a apelação do fabricante, o Tribunal de Recursos de Paris considerou que não havia consenso científico sobre a existência de nexo causal entre a vacinação contra a hepatite B e o aparecimento da esclerose múltipla e que todas as autoridades sanitárias, nacionais e internacionais, tinham afastado a associação entre um risco de dano na mielina do sistema nervoso central ou periférico (característico da esclerose múltipla) e esse tipo de vacina. Considerou também que a etiologia da esclerose múltipla era cientificamente desconhecida, havendo ensaios científicos indicando que, quando do aparecimento dos primeiros sintomas da doença, o processo psicopatológico

provavelmente já tinha começado meses ou anos antes. Assim, o tribunal concluiu que não era possível estabelecer um nexo causal a vacina e a doença em causa.

Novo recurso subiu à Corte de Cassação, por interposição dos autores. Dessa vez, a Corte de Cassação decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE - a seguinte questão prejudicial, em síntese: se presunções baseadas em elementos de fato, desde que “fortes, precisas e concordantes”, seriam suficientes para provar o defeito da vacina e a existência de um nexo causal entre o defeito e a doença, embora não exista prova médica estabelecendo relação entre a vacinação e o aparecimento da doença.

Em resposta, o TJUE afirmou que o princípio da efetividade exige que as regras processuais não tornem impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União. Em decorrência, não é exigível que o lesado apresente provas certas e irrefutáveis da existência do defeito do produto e de um nexo causal com o dano. Assim, é permitido ao juiz “concluir que a existência do nexo causal está provada, baseando-se num conjunto de indícios cuja gravidade, precisão e concordância permitam considerar, com um grau suficientemente elevado de probabilidade, que essa conclusão corresponde à realidade”. O lesado terá que provar os diferentes indícios cuja conjugação poderá permitir ao juiz sustentar a sua convicção quanto à existência de um defeito da vacina e de nexo causal entre esse defeito e o dano. Ressalvou que o regime probatório não deve ser aplicado pelo juiz de maneira a estabelecer, na prática, presunções injustificadas em detrimento do produtor.

No caso concreto, o TJUE considerou que a proximidade temporal entre a administração da vacina e o aparecimento da doença e a inexistência de antecedentes médicos pessoais e familiares da vítima relacionados com a doença, bem como a existência de um número significativo de casos de aparecimento desta mesma doença na sequência da administração da vacina, podiam constituir indícios capazes de levar um órgão jurisdicional nacional a considerar que o lesado cumpriu o ônus da prova – ainda mais se os referidos indícios levarem o juiz a considerar, por um lado, que a administração da vacina constitui a explicação mais plausível para o aparecimento da doença e, por outro, que a referida vacina não oferece, portanto, a segurança que se pode legitimamente esperar.

Em outras palavras, a decisão do TJUE estabelece uma distinção entre defeito em abstrato e defeito em concreto. O primeiro pode resultar de um conjunto de indícios

que permitem concluir, com alto grau de probabilidade, que o produto é defeituoso. Isso atenderia à exigência de prova do nexo causal, que na Diretiva 85/374 é ônus do consumidor. Para desfazer essa presunção, o fabricante poderá demonstrar que não há relação de causalidade entre o defeito do produto e o dano sofrido pelo consumidor.

*Mutatis mutandis*, no nosso regime poder-se-ia afirmar que o defeito que, em tese, pode ser atribuído ao produto (defeito resultante de fortes indícios) corresponde ao fato constitutivo do direito do autor, cuja demonstração é exigida ao consumidor. Ao fornecedor, conforme o art. 12, § 3º, do CDC, caberá provar que a lesão sofrida pelo consumidor não foi a causada pelo produto, ainda que, em tese, o defeito existisse.

Dois exemplos da jurisprudência do STJ sobre *recall* bem demonstram essa divisão do encargo probatório. Por ordem cronológica, o primeiro diz respeito à aquisição de automóvel por um motorista de táxi.<sup>29</sup> O automóvel incendiou, dando ensejo à ação indenizatória. Havia um *recall* promovido pelo fabricante que atingiu a série de fabricação do automóvel. O STJ invocou a decisão de segundo grau como questão probatória definida, entendendo que “o defeito fora publicamente reconhecido pela recorrente, ao proceder ao “recall” com vistas à substituição da mangueira de alimentação do combustível”, matéria que não poderia ser mais discutida por vedação da Súmula 7.

O segundo exemplo é mais expressivo; trata da colisão de um automóvel, havendo a quebra do banco do motorista.<sup>30</sup> O veículo, novo, fora adquirido em julho de 2004. Em janeiro de 2005 houve o acidente. Em março do mesmo ano a fábrica realizou o *recall* para substituição do banco do motorista, que quebrava e reclinava, causando a perda de dirigibilidade do veículo. A colisão ocorreu contra uma árvore e o motorista alegou a quebra do banco como causa. Houve perícia indireta. O perito não teve condições de concluir “se o banco quebrou em função do acidente ou se o acidente foi provocado pela quebra do banco”, mas afirmou que, pelos indícios coletados, “a chance de o banco ter quebrado por consequência do acidente é bem maior do que este tenha sido a causa do acidente”. O acórdão, entretanto, ressaltou que a vítima do acidente demonstrou o defeito do produto e a sua relação com os danos que sofreu, enquanto a inexistência do

---

<sup>29</sup> Recurso Especial 575.469-RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Paulo Jorge Scartezzini, julgamento em 18/11/2004. Sobre a condição profissional do adquirente, decidiu o acórdão: “O fato de o recorrido adquirir o veículo para uso comercial - táxi - não afasta a sua condição de hipossuficiente na relação com a empresa-recorrente, ensejando a aplicação das normas protetivas do CDC”.

<sup>30</sup> Recurso Especial 1.6168.775-RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento em 10/4/2012.

defeito ou a culpa da vítima era prova que incumbia ao fabricante. O laudo inconcluso significou, para o acórdão, que a prova a cargo do fornecedor não foi feita.

Outras duas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia são relevantes na avaliação da prova donexo causal. Nos processos C-503/13 e C-504/13,<sup>31</sup> ambos originários da Alemanha, discutiu-se a respeito de defeitos supostamente apresentados em um estimulador cardíaco e em um desfibrilador implantável, respectivamente. No primeiro caso, um componente utilizado para selar hermeticamente os estimuladores cardíacos podia eventualmente apresentar uma avaria progressiva, cuja consequência poderia ser o esgotamento antecipado da pilha, provocando a perda de telemetria ou da terapia por estimulação cardíaca, sem aviso prévio. Após ser retirado do corpo do paciente, o estimulador cardíaco foi destruído sem ter sido objeto de uma perícia relativa ao seu funcionamento. No segundo caso, um interruptor magnético do desfibrilador podia ficar bloqueado na posição fechado, interrompendo o tratamento das arritmias ventriculares e auriculares, sem detectar perturbações do ritmo cardíaco que poderiam ser fatais ao paciente.

O fabricante recomendou aos médicos que substituíssem os aparelhos, dispondo-se a fornecer novos equipamentos sem custo. Dois pacientes fizeram as cirurgias necessárias. Na sequência, dois diferentes organismos do sistema obrigatório de saúde da Alemanha ajuizaram ações de reembolso de despesas dos pacientes, seus segurados. Ambas foram julgadas procedentes, motivando o fabricante a provocar o reenvio prejudicial dos dois casos ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Colocaram-se em causa então as seguintes questões: (i) se um dispositivo médico implantado no corpo humano é, desde logo, defeituoso quando produtos do mesmo lote apresentam risco de avaria significativa, não tendo, no entanto, sido constatado qualquer defeito no dispositivo implantado no caso concreto (ii) em caso de resposta afirmativa, se as despesas relativas à operação de explantação do dispositivo e de implantação de um outro constituem um dano conforme estabelecido na Diretiva 85/374.<sup>32</sup>

Para o Tribunal, o conceito de “dano causado pela morte ou por lesões corporais”, na acepção da Diretiva, tendo em conta os objetivos de proteção da segurança e da saúde

---

<sup>31</sup> Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Acesso em 14/1/2020.

<sup>32</sup> A Diretiva 85/374 dispõe no art. 1º: “O produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto”; e no art. 9º: “Para efeitos do disposto no artigo 1º entende-se por “dano”: a) O dano causado pela morte ou por lesões corporais; (...)”.

dos consumidores, deve ser objeto de uma interpretação ampla. Por conseguinte, as despesas relacionadas com a substituição dos estimuladores cardíacos, incluindo as despesas com as operações cirúrgicas, constituem um dano, pelo qual o fabricante é responsável. Em relação ao desfibrilador, o tribunal anotou que a decisão (a ser tomada pelo tribunal alemão após o reenvio) podia ser diferente, uma vez que a desativação do interruptor magnético constituiria apenas uma limitação das funcionalidades do aparelho, sem risco para a integridade física e a vida do paciente.

O tribunal afirmou que, tendo em conta a função e a situação de particular vulnerabilidade dos pacientes que utilizam dispositivos como estimuladores cardíacos e desfibriladores, as exigências de segurança que esses pacientes podem legitimamente esperar de tais produtos são particularmente elevadas. Assim, o defeito potencial de segurança desses aparelhos reside na probabilidade anormal do dano que eles podem causar à pessoa.

Nessas condições, o tribunal decidiu que a comprovação de um defeito potencial de produtos do mesmo lote ou da mesma série de produção permite qualificar todos os produtos desse lote ou dessa série de defeituosos, sem que seja necessário demonstrar o defeito do produto em causa. Decidiu também que o dano causado por uma operação cirúrgica de substituição de um produto defeituoso, como um estimulador cardíaco ou um desfibrilador automático implantável, constitui um “dano causado pela morte ou por lesões corporais” pelo qual o produtor é responsável, quando essa operação é necessária para eliminar o defeito do produto em causa.

A última decisão a ser aqui referida é do processo C-310/13,<sup>33</sup> no qual o TJUE debateu se no direito interno de um Estado membro podia ser aceite um regime mais favorável ao consumidor do que o estabelecido na Diretiva 85/374. Tratava-se de uma paciente em tratamento de diabetes que teve atrofia do tecido adiposo subcutâneo (lipoatrofia) na zona do corpo em que era injetado o medicamento que utilizava. A jurisdição alemã aplicou ao caso a lei especial sobre medicamentos, que contém uma presunção denexo causal: considerando as circunstâncias do caso concreto, se o medicamento administrado for propenso a causar o dano, presume-se que o dano tenha sido causado pelo tal medicamento. Segundo a lei, a propensão é avaliada tendo em conta a composição e a dosagem do medicamento administrado, o tipo e a duração da sua administração, o nexotemporal com a ocorrência do dano, a natureza do dano, o

---

<sup>33</sup> Disponível em: <<http://curia.europa.eu/>>. Acesso em 14/1/2020.



estado de saúde do lesado à data da administração e todas as circunstâncias que, no caso concreto, se apresentem como favoráveis, ou não, à produção do dano.

A razão do reenvio, contudo, não foi a presunção de nexo causal, mas outra disposição da mesma lei, segundo a qual o consumidor tem o direito de exigir ao fabricante de um produto farmacêutico informações sobre os efeitos secundários desse produto. Inicialmente, o tribunal assinalou que o âmbito das informações que o consumidor pode exigir ao fabricante não é objeto das disposições da Diretiva 85/374. Colocou-se em questão se a outorga desse direito ao consumidor não afetaria a repartição do ônus da prova. O tribunal decidiu que tal direito, embora possa auxiliar o consumidor a apresentar as provas necessárias que lhe permitam invocar a responsabilidade do fabricante, não implica, porém, a inversão do ônus da prova que recai sobre o lesado e não altera o regime de exclusões de responsabilidade do fabricante. Foi acrescentado que uma legislação nacional dessa natureza visa unicamente colmatar o desequilíbrio significativo que existe entre o fabricante do produto e o consumidor, em detrimento deste último, no que respeita ao acesso à informação relativa ao produto e não altera a natureza nem os elementos essenciais do regime de responsabilidade do produtor.

#### **4. Conclusão**

Um dos princípios do Código de Defesa do Consumidor é a harmonização dos interesses de fornecedores e consumidores, equilibrando os níveis de proteção com o desenvolvimento econômico e tecnológico, conforme os fundamentos da ordem econômica constitucional (art. 4º, III, do CDC). A preservação desse equilíbrio pressupõe que a imputação de responsabilidade civil aos agentes econômicos leve em consideração a tipicidade das suas atividades. O fabricante deve responder pela qualidade do produto que coloca no mercado, garantindo a sua utilidade e resguardando a segurança do consumidor. Por isso, responde pelos vícios e pelos defeitos dos produtos. Na cadeia econômica, o papel do comerciante é subsequente e a sua responsabilidade deve ser correspondente à função que exerce. Quanto aos defeitos, o comerciante responde limitadamente pela identificação do fabricante, do produtor ou do importador – para que o consumidor saiba a quem dirigir a sua pretensão indenizatória – e pela conservação do produto. Também é responsável solidário pelos vícios, embora não participe da elaboração do produto, por uma questão de ordem prática: ele é o fornecedor imediato do consumidor e pressupõe-se que no tráfego comercial habitual que mantém com o elaborador do produto o comerciante tenha facilidade em se reembolsar da satisfação que dever ao consumidor. No entanto,

como regra, a via relacional entre o fabricante e o comerciante não deve ter mão dupla, porque implicaria uma mistura de papéis: o fabricante acabaria sendo responsabilizado por atos do comerciante (como colocar à venda produtos fora do prazo de validade) e vice-versa (o comerciante acabaria respondendo diretamente por defeitos de fabricação). Só responde por defeito do produto quem o lança no mercado (art. 12, § 1º, III, e § 3º, I). Trata-se de uma regra de imputação. A inversão de papéis é economicamente injusta, paternalista e provoca um efeito bumerangue: os custos acrescidos na cadeia produtiva serão repassados para os preços, em detrimento do interesse dos próprios consumidores.

Decisões dos tribunais que contrariam essa lógica eventualmente são consideradas como política de Robin Hood: para não deixar o consumidor sem indenização, condena-se o fornecedor porque tem condições de suportar o prejuízo. Algo como escrever certo por linhas tortas. O problema desse tipo de decisão, além da injustiça intrínseca que comporta, é o seu efeito de distorção sobre o sistema na medida em que acaba sendo replicada como precedente. Além disso, desmerece o papel pedagógico que os tribunais devem exercer com a jurisprudência que produzem.

Nas questões de prova, o fato constitutivo do direito do consumidor na qualidade de autor da ação deve receber o benefício da presunção: sendo verossímil a relação feita entre o fato narrado e um possível defeito do produto, a pretensão estará adequadamente formulada em juízo, cabendo ao fornecedor, como diz literalmente o art. 12, § 3º, III, do CDC, a prova negativa. Entre as causas de exclusão explicitadas naquele dispositivo, deu-se atenção particular ao nexos causal, impondo-se que, mais uma vez, a presunção favoreça o consumidor em razão da natureza do regime protetivo, o que deve determinar uma elasticidade na prova a ele relativa, de modo a incluir uma dedução probabilística, desde haja um conjunto coerente de circunstâncias que o fornecedor não tenha logrado desfazer.

## **Bibliografia**

BELLISARIO, Elena. Art. 117, *prodotto difettoso*. In: ALPA, Guido; CARLEO, Liliana Rossi (a cura di). *Codice del consumo: commentario*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In: OLIVEIRA, Juarez de [Org]. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luis. A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 5/1993.

GARAU, Guillermo Alcover. *La responsabilidad civil del fabricante: derecho comunitario y adaptacion al derecho español*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

LEITE, Ricardo Rocha. A diversidade do ônus da prova no CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 105/2016, p. 343-370.

PÜSCHEL, Flávia Portella. Consequências práticas da distinção entre vício e fato do produto: uma análise de decisões judiciais escolhidas. *Revista de Direito Privado*, 25/2006.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o ‘consumidor intermediário’. *Revista de Direito do Consumidor* 74, abr. jun. 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. O direito dos fumantes à indenização. *Revista da AJURIS*, vol. 41/2014.

PASQUALOTTO, Adalberto. Causalidade e imputação na responsabilidade civil objetiva: uma reflexão sobre os assaltos em estacionamentos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7/2016.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante”. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 89/2013, p. 109-139.

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

SOARES, Flaviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos. *Revista de Direito de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13/2017.

civilistica.com

Recebido em: 10.2.2020  
Aprovado em:  
6.8.2020 (1º parecer)  
25.8.2020 (2º parecer)

**Como citar:** PASQUALOTTO, Adalberto. Defeito do produto: algumas considerações em torno da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/defeito-do-produto/>>. Data de acesso.