

RISCO DE DESENVOLVIMENTO E EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONSUMERISTA NO DIREITO COMPARADO E BRASILEIRO: ANÁLISE DA INDÚSTRIA DO AMIANTO E DA SÍNDROME DE TALIDOMIDA

Leonio José Alves da Silva

Professor Adjunto da UFPE e Professor Colaborador do Programa de Mestrado em Direito Ambiental – UFPE/PRODEMA.Coordenador do Grupo de Pesquisa Tutela dos Interesses Difusos. Pós-Doutor em Direito – UFSC

Resumo: O presente estudo objetiva expor os principais elementos da “teoria do risco de desenvolvimento” trabalhada no direito comparado e afastada doutrinariamente do direito consumerista brasileiro. Analisando os fatores da sociedade de consumo e de risco, abordar-se-á a tolerância aos riscos desnecessários, o gradativo ocaso da responsabilidade civil repressiva, além da postura omissiva dos países envolvidos no tocante aos danos sociais enfrentados por diferentes gerações de pessoas, nos

campos do consumo e do direito laboral. Utilizar-se-á o método de revisão literária especializada e o cotejo do direito comparado e das decisões dos Tribunais brasileiros, notadamente no âmbito da Justiça Federal.

Palavras-chave. Teoria do risco de desenvolvimento. Responsabilidade civil consumerista. Indústria do amianto. Síndrome da Talidomida.

Abstract. The present study aims to expose the main elements of the "theory of risk of development" accepted in comparative law and consumer law doctrinally away Brazil. Analyzing the factors of consumer society, will address the tolerance to unnecessary risks, the gradual withering away of repressive civil liability, in addition to the omission of the countries concerned as regards the social harm faced by different generations, in the fields of consumption, the environment and labour law. Use the method of specialized literary review and collation of comparative law and the decisions of the Brazilian Courts, notably the Federal Court and the Supreme Court. At the end of the study we noted the strength of the Brazilian legislature prohibit the marketing of dangerous products, such as asbestos and Thalidomide.

Keywords. Risk of developing; Consumer liability; asbestos; Thalidomide.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho será abordada a teoria do risco de desenvolvimento e seus efeitos na aplicação no direito consumerista brasileiro e uma breve análise em torno do direito comparado, debatendo-se o gradual enfraquecimento da tutela difusa nas lides onde se discute a natureza e alcance da responsabilidade civil preventiva (função dissuasiva e didática) e os principais casos de sua aplicação ou afastamento.

Para trabalhar a origem e evolução da aludida tese e sua adequação no direito brasileiro, a compreensão da obra do sociólogo alemão Ulrich Beck, produzida em 1986, ano do acidente nuclear de Chernobyl é indispensável à tarefa ora proposta, sendo cada vez mais atual diante do cenário mundial de absorção e tolerância à cultura do risco e atividades naturalmente aceitas. Interessante é o denso e dinâmico debate proposto pelo sociólogo alemão Ulrich Beck ao discorrer sobre as características da primeira e segunda modernidade, traçando verdadeiro estudo analítico sobre comportamento humano, postura estatal e influência da atividade industrial sobre o modo e a qualidade de vida, além das implicações

nos campos trabalhista, familiar e do status da propriedade.

Impressiona o poder de síntese exposto no estudo e deveria ser leitura obrigatória para a compreensão da sociedade de massa, sua ilação com o consumo desenfreado e as consequências previsíveis e imprevisíveis de tal *modus vivendi* das últimas décadas. Beck parte de uma investigação histórica dos reflexos industriais e o modo de apreensão dos recursos naturais pela humanidade; passa pela cultura do erro (humanidade do erro) e o inusitado conceito de “**irresponsabilidade organizada**”, onde a figura estatal é o centro de suas atenções, com a tolerância social e governamental de condutas inadmissíveis com a própria manutenção das espécies e a sobrevivência da humanidade, além de debater a origem histórica do risco (desde a concepção das navegações até o advento da modernidade e suas técnicas), questão etimológica, características e efeitos mediatos e imediatos, em uma formação universal de encarar os problemas decorrentes do avassalador processo de industrialização e a via única de empobrecimento

das condições de sobrevivência no planeta (pauperização civilizacional), percorrendo a mutação dos perfis familiares (inserção da força feminina nos postos de trabalho e a redução do crescimento vegetativo e alterações das pirâmides demográficas), dos sistemas de assunção de mão-de-obra, o (des)caminho dos modelos previdenciários e a aceitação de modos de produção cada vez mais agressivos, com a adoção de matrizes energéticas altamente degradantes e não renováveis.

Além de traçar um panorama inusitado de um modelo batizado de “sociedade de risco”, a obra qualifica a produção do risco e a impossibilidade de retorno a patamares de menor agressão ao patrimônio natural e à própria valoração do ser humano, além de abordar sua distribuição imperceptível e o agravamento de suas causas, além do inevitável fenômeno do “efeito bumerangue”, consistente no retorno certo dos efeitos aos causadores, em sua grande maioria, transfronteiriços e atemporais

A absorção do risco como fato social, e consequentemente sua doutrina como postulado

jurídico, demandam profunda revisão por parte do profissional do Direito dos conceitos e dogmas sociais até então apresentados, medida antecipadamente vista por outros setores do conhecimento e ainda não despertada na seara jurídica.

Partindo de tal consideração serão abordados o progressivo fenômeno da industrialização, expansão da tecnologia, massificação e descentralização do consumo e nascimento dos serviços cativos na esfera pública e privada, aceitação e socialização do risco, em sua mor parte de forma ignorada, além do paulatino enfraquecimento e esvaziamento de um modelo de responsabilidade civil não mais condizente com as necessidades de tal modernidade. Na tentativa de ilustrar a realidade da teoria do risco de desenvolvimento, suas premissas, utilidade e efeitos práticos, amostras dos principais blocos normativos e julgados internacionais serão utilizadas, aproximando o leitor de uma realidade pouco discutida em nosso País, responsável pela pauperização da qualidade de vida e retrocesso evidente às futuras gerações, onde o consumo pelo

consumo é a chave do comportamento pós-moderno e suas consequências ainda pouco estudadas.

O direito do consumidor, ao lado da teoria da responsabilidade civil, necessitam de urgente reforma de compreensão e aplicação em nossa realidade, pois ainda caminhamos de modo tímido na aplicação difusa centrados em postulados em postulados de responsabilização hauridos na fórmula milenar da reparação (índole subjetiva), lentamente convertidos ao modelo de socialização da cultura do risco (formatado no final do século XIX e amadurecido na segunda metade do século XX).

No início do século XXI, ainda nos deparamos com a dificuldade de aplicar o evidente e inafastável processo de ampliação do risco como matriz social, apenas focado com a devida ênfase nas questões de trato acidentário (aplicação da doutrina do risco social com o Direito previdenciário) e a tutela ambiental (adoção do risco integral, com resistência doutrinária e jurisprudencial) e no debate da política nuclear brasileira (onde o risco integral também foi

absorvido com progressivo implemento, desde a década de 1970).

1. MODERNIDADE, RISCO E TOLERÂNCIA NA SOCIEDADE DE CONSUMO.

1.1. A importância de Ulrich Beck na compreensão do dilema do desenvolvimento.

Em 1986, o sociólogo alemão Ulrich Beck produz a obra *Sociedade de risco*¹, um livro que deve ser considerado como divisor no entendimento dos impactos causados pelo processo de industrialização em todos os continentes, leitura indispensável à compreensão dos antecedentes, fenômenos concomitantes e coadjuvantes na transformação das sociedades produtoras em sociedades consumidoras e a falta de preparo dos países para conviver com uma realidade desafiadora.

Trabalhando com um **enfoque multidisciplinar** (sociológico, antropológico,

¹ Cf. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.

econômico, jurídico, matemático, geográfico, médico, físico-químico e de outras visões), Beck descortina um olhar singular sobre os problemas que assolam a nova sociedade massificada, que consome pela satisfação psíquica, degrada o ambiente sem o sentimento de culpa, explora recursos em progressão infinitamente superior à capacidade de regeneração e fomenta a produção de uma infundável cadeia de riscos em atividades do cotidiano, antes inimagináveis no modelo de produção clássica, sem a presença do fator lucro. Chama atenção para a ausência de estamentos, a negação do risco, a dissimulação do medo, a convivência arrogante com a legitimação da ignorância e a imposição de um modelo de percepção exclusivamente predatório dos recursos naturais, diante das novas “**necessidades**”² impostas pela avassaladora publicidade mundializada.

Destaca, ainda, a transformação dos modelos sociais e seus parâmetros: a inserção da mulher no mercado de trabalho e a modificação

² Cf. DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo. Saraiva, 2008. p.152-153

de posições no nicho familiar, as oscilações das pirâmides geográficas e a reabertura do incômodo debate malthusiano, a incorporação de um modo de produção e cultura universais, com a negação dos modos locais de identidade, a proliferação dos fatores de risco na indústria, no campo, no processo desordenado de urbanização (planificado em poucas cidades na Europa e Américas do Norte e Central) e outros fenômenos típicos do pós-industrialismo. Outros tópicos de sua magistral obra consistem no empobrecimento civilizacional (pauperização), na irresponsabilidade organizada e em outra ótica sobre a teoria do risco na construção do debate sociológico. Registra, ainda, o fenômeno cíclico dos riscos no contexto internacional, onde analisa o **efeito bumerangue**³ das externalidades na sociedade moderna, deixando claro que a produção dos riscos ocorre em escala mundial e seus criadores tendem a ignorar que os efeitos negativos, de qualquer

³ Cf. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010. p.44.

técnica ou produto inserido no mercado, retornam direta ou indiretamente para os criadores, encerrando um caminho de destruição inversa.

Talvez, um dos pontos de maior relevo na leitura da **Sociedade de risco**, tarefa difícil em virtude da plenitude e atualidade do estudo, encontremos na inclusão do risco na gestão financeira das empresas, quando constatamos que a cadeia produtiva não ignora o risco, mas, inversamente, mascara-o no ciclo de fabricação e o dissemina de modo imperceptível diante do consumidor massificado, represado na própria necessidade de sobrevivência ou manutenção de um falacioso padrão social.

A sociedade de risco, longe de construir uma apologia ao terror e fatalismo tecnológico, adverte sobre as consequências indesejáveis e insanáveis, em sua maior parte, do culto ao consumo exacerbado, da concepção agressiva e insustentável dos recursos naturais como bens de apropriação temporal e descartáveis e toda a gama de condutas incompatíveis com o **compromisso intergeracional** preconizado na disciplina ambiental. Assim, a crise ambiental, como

consequência de um modelo de exploração que enxerga apenas uma das faces do binário ético-ambiental, consubstanciado na ausência de freios morais, concebendo a natureza como recurso (caráter econômico/meio para alcançar metas/lucro) e afastando a visão de santuário (fonte de sobrevivência e integração dos seres em relação de absoluta igualdade), deflagrou o maior e mais preocupante dilema das últimas décadas: temos o direito de representar os seus anseios das futuras gerações no presente?

Ou, de forma mais direta e percuciente: as escolhas hoje realizadas poderão ser revertidas pelas sociedades do futuro? No cerne do debate sobre a crise ambiental, ressaltam-se: **a)** a carência de alimentos e água para a população mundial (7.000.000.000 habitantes em 31/10/2011, consoante estimativas do relatório elaborado pela ONU),⁴ aliada ao desmedido desperdício de milhares de toneladas diárias; **b)** a demanda de fontes energéticas renováveis; **c)** mudança de

⁴ Cf. Relatório sobre a situação da população mundial – 2011. Disponível em <http://www.oi.acidi.gov.pt> Acesso em 24/10/2011.

padrões de vida, com a redução urgente dos níveis de consumo irresponsáveis e insustentáveis (consumo pelo consumo no vazio ético da sociedade pós-industrial) e **d)** o despertar ecológico para a consciência de finito do patrimônio ambiental, em todas as suas dimensões, com especial destaque para o acervo natural.

Mais uma vez, o dilema entre tecnologia e ética é trazido à tona, demandando uma postura transparente de nossa opção em preservar, poupar, educar ou destruir, desperdiçar ou ignorar os problemas e reais necessidades; infelizmente, na passagem dos séculos XX para o XXI, a escolha da maior parte dos blocos econômicos foi a primeira alternativa. Não se pode reduzir a complexidade ambiental e muito menos traduzi-la na expressão do lucro, mas, certamente, tal fenômeno econômico, conhecido pelo *homo faber* é um dos principais responsáveis pelo hiato entre aparato tecnológico e distribuição de riquezas e redução das desigualdades sociais: técnica e volúpia pelo lucro selam acordo em um polo e, em outro, diametralmente oposto,

encontramos as reais necessidades dos seres vivos e a perspectiva de sustentabilidade.

Outro fato da sociedade de risco, a merecer maior reflexão, encontra-se na vertiginosa ascensão dos fatores potenciais de risco na sociedade hodierna: cada tecnologia empregada exige a valoração e aprofundamento dos riscos criados; contudo, a busca de resultados não permite considerar o perigo, passando o criador a ignorá-lo e embutindo seus custos na escala produtiva. Em torno de tais premissas (consumo desenfreado, desperdício, ausência de ética para reconhecer limites à exploração dos recursos naturais, falta de investimento em fontes renováveis de energia e descompromisso com a educação ambiental), alicerçam-se os significativos exemplos de tal desordem, dentre os quais, ressaltam-se significativos acidentes ambientais dos últimos tempos.

A sociedade de risco é pródiga de eventos transfronteiriços, tais como: a) o acidente com a usina nuclear de Chernobyl (1986); b) a bomba de Césio 137 em Goiânia (1987); b) o vazamento do

Petroleiro Exxon Valdez (1989); c) a encefalopatia espongiiforme bovina - EEB ou *Bovine Spongiforme Encephalopathy* - BSE (1986-2004), registrada na contaminação da carne bovina derivada de animais alimentados industrialmente com ração contaminada na Europa; d) a escalada dos vírus “Ebola” (1976) e “H1N1” (tipologia próxima dos casos da “gripe espanhola” em 1918 e na pandemia de 2009); e) atentados terroristas; f) acidentes com a plataforma petrolífera P36 da Petrobras; g) o desastre do Golfo do México (2010); h) a explosão da usina nuclear de Fukushima (2011) etc.

A sociedade de risco congrega, dentre as diferentes características, a capacidade de causar **danos transfronteiriços** e com múltipla nacionalidade, não mais restritos aos limites geográficos de um país ou continente, situação comum nas hipóteses de derramamento de óleo, contaminação por vírus e bactérias, acidentes nucleares com explosão de reatores ou contaminação do solo, ar e água, ambientes virtuais (transferência irregular de tecnologia e dados), veiculação de doenças por alimentos,

transporte de animais, “importação” de resíduos (prática ainda utilizada pelos Estados Unidos e países europeus na remessa de lixo hospitalar, radioativo e orgânico para o países do continente europeu e América do Sul).

Outro traço distintivo da sociedade de risco, consiste na produção de **danos transtemporais ou atemporais**, insusceptíveis de apresamento em um momento temporal, produzindo efeitos por décadas ou séculos além da época em que ocorreram, constituindo exemplos: a contaminação por radioisótopos (acidente de Chernobyl e Goiânia), a contaminação do solo e lençóis freáticos com gases e metais pesados, oriundos dos lixões, prática apenas combatida com a regulamentação da **Política Nacional dos Resíduos Sólidos** (Lei n.12.305/2010) e o respectivo sistema de monitoramento (ainda não regulamentado), a poluição marítima atingindo várias gerações e prejudicando a cadeia reprodutiva marítima, enfim, todos os casos onde ocorra a continuidade de efeitos e externalidades para além do cenário temporal onde foram originados.

1.2. O ocaso da responsabilidade civil repressiva e a ascensão da responsabilidade civil preventiva.

Em poucas décadas de aplicação do sistema ambiental brasileiro, percebemos a necessidade de ruptura de modelos, fórmulas e formas de pensar a estrutura lógica da responsabilidade civil frente às necessidades da sociedade de risco. O processo legislativo brasileiro de promoção aos direitos difusos foi lento e, por conseguinte, a formação de um acervo jurisprudencial difuso também acompanhou tal ritmo, ocasionando certo engessamento rompido apenas com a redemocratização e a aparição de normas jurídicas como a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e outros diplomas normativos de caráter especial.

A antiga e clássica estrutura de responsabilização (fundada no dogma da culpa) não suportou a velocidade dos fatos vivenciados na sociedade de risco e uma reformulação de ideias ainda é imperiosa, admitindo-se a

defasagem estrutural do modelo de responsabilização repressivo, onde a causalidade seria um fenômeno estanque e sua conseqüente flexibilização, tanto no âmbito interno quanto no internacional, pois o risco não possui fronteiras e muito menos nacionalidade.

Na sociedade de risco estamos diante de uma potencialidade de lesão ou de lesão indiscriminada, dispersa no mundo, sem fronteiras ou subordinação a estratos sociais, balizas temporais, forjada na dúvida; no âmbito internacional, após inúmeros desastres e proporções continentais, um desenho de **responsabilidade civil de longa duração**⁵ é formulado, alcançado as gerações do futuro e adotando mecanismos preventivos e precaucionais, exigindo justificativas sociais adequadas e o emprego da melhor tecnologia possível (*BAT – Best Available Technology*), além

⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. (orgs.). **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.26.

de uma política dissuasiva, fomentando o surgimento de uma Responsabilidade Civil Internacional, onde se destacam a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por danos da poluição marítima (1969 e 1973/1978), (envolvendo a prospecção, o transporte, o armazenamento do petróleo, derivados e lixo marítimo), a Convenção Internacional sobre Preparo e Cooperação nos casos de poluição por derramamento de óleo (OPRC/1990) e, em complemento, as Leis federais ns. 9.478/1997, 9.966/2000 (regulamentada pelo Decreto n. 4.136/2002) e 12.351/2010.

De igual modo, a doutrina do risco precisa ser francamente recepcionada no Direito e nas decisões judiciais, reconhecendo sua imprescindibilidade para o porvir (**tutela intergeracional**) e a insuficiência da moldura de responsabilidade proposta pela Teoria Geral do Direito Civil, arrimada na tripla perspectiva da conduta, da causalidade certa, exaustivamente provada, e do evento danoso certo; enfim, uma nova concepção da defesa do patrimônio coletivo

precisa ser efetivada no Brasil, consolidando o direito ao futuro como garantia fundamental.

1.3. A tolerância do risco na pós-modernidade.

A vertiginosa velocidade dos acontecimentos sociais aliada ao processo de acomodação das mais diferentes formas de agressão aos direitos fundamentais, traduz um crescente questionamento para o profissional do século XXI, a saber: Quais os limites de tolerância das atividades potencialmente causadoras de riscos e de que forma devemos ou podemos evitar o surgimento de novos ramos econômicos incompatíveis com a sadia qualidade de vida?⁶

⁶ “A falta de conhecimento dos acontecimentos vividos, na sua cadência ou frequência próprias, impediu o homem, ao longo da sua evolução, de produzir uma aptidão específica para pensar e gerir riscos como uma parte standard das suas capacidades cognitivas, particularmente para pensar e gerir riscos relativos a eventos de muito baixa probabilidade ou riscos relativos a acontecimentos que nunca aconteceram, como muitos dos riscos que a questão ecológica levanta. E, se de um lado, falamos de uma economia da atenção, relacionada com a avaliação heurística e a tendência para

Provavelmente a humanidade se acostumou a conviver com o raciocínio cíclico de que para cada desventura gerada pela intervenção humana na natureza, haveria aptidão do próprio causador para encontrar soluções mitigadoras.

Contudo, tal cenário não se coaduna com a gama de inventos, tecnologias novas e em fase de pesquisa e a consolidação de práticas há muito sabidas nocivas, onde não se pode mais invocar o **álibi da ignorância** e, de igual modo, faz-se imperioso o debate sobre a legitimidade e aceitação econômica de produtos ou serviços potencial ou comprovadamente danosos à higidez coletiva. Assim, indagamos: Qual(is) a(s) modalidade(s) de risco(s) que devemos suportar em prol do contínuo progresso da humanidade?

estar particularmente atento aos perigos e riscos do cotidiano com os quais, dada a frequência e vivência experiencial, contamos, de outro, falamos de uma total despreocupação e, mesmo, sublime indiferença, relativamente a perigos e riscos de acontecimentos de baixa probabilidade, mas porventura de gigantescas repercussões negativas para a humanidade". "GARCIA, Maria da Glória F.P.D. **O lugar do Direito na proteção do ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007. p.236-237.

Temos a capacidade de afirmar e escolher a gradação de eventos ou práticas que merecem guarida no cenário da pós-modernidade? O preço da civilização hodierna é pago, em sua forma mais agressiva, com a impossibilidade de retroceder, de desacelerar ou mesmo de optar; todavia, escolhas ou falta de escolhas são critérios econômicos de gestão, de modo que coloquemos os seguintes exemplos: **a)** haveria alternativas, no atual estado da arte, para uma gradativa restrição ou desuso do transporte aéreo em virtude do elevado patamar de risco da aviação ou mesmo da poluição causada? **b)** a humanidade continuaria a sobreviver se deixasse de produzir agrotóxicos ou produtos fumíferos? Qual(is) o(s) critério(s) hermenêuticos, sociais ou econômicos para formular uma resposta à presente indagação?

Para ambos os exemplos, reputamos que o dados da extrema necessidade, do respeito à saúde humana e da ausência de alternativas na atividade econômica auxiliem na busca de uma solução; assim, no primeiro exemplo, o contexto

social (redução de distâncias, contato profissional e científico) e o contexto tecnológico (quebra de fronteiras e dispersão do conhecimento) hodiernos, apontam para uma improvável insubstituibilidade do transporte aéreo, ainda que considerados o grande volume de poluentes lançados na atmosfera ou mesmo a crescente margem de acidentes fatais; contudo, no tocante ao segundo exemplo, o atual cenário implica numa resposta positiva, em virtude da total prescindibilidade dos produtos fumíferos (com utilidade única de causar o câncer nos fumantes ativos e passivos e outras doenças mundialmente conhecidas e comprovadas pela literatura médica internacional, além de angariar receitas tributárias para os países que o produzem) e, de igual modo, quanto aos agrotóxicos ou, melhor dizendo, venenos agrícolas, que movimentam a aquecida e rentosa indústria química, derivada do período bélico (segunda guerra mundial) e com ramificações em diferentes setores da exploração petrolífera. Qual o critério da real necessidade de consumo dos produtos e serviços na sociedade densamente estratificada e de massa atual?

Certamente tal fator oscilará em função dos valores ou (des)valores preconizados pela mídia globalizada e pelo modelo de intervenção estatal econômica, mas, concomitantemente, percebemos que padrões de consumo universal são impostos em detrimento de crenças das populações tradicionais. Opções de consumo passam pelo crivo da real necessidade e da aparente necessidade; a primeira é fruto das carências humanas para a sobrevivência, onde a satisfação é imperiosa e independe da divulgação massificada e a segunda é resultado da criação exclusiva dos fenômenos da publicidade e propaganda avassaladoras atualmente incrustadas no seio social, onde o poder de compra é elemento excludente e o desejo pelo desnecessário e fútil é paulatinamente impregnado no subconsciente dos consumidores.⁷

⁷ “Quanto maior o preço da mercadoria (recursos naturais), menor a quantidade de sujeitos que têm acesso a ela. Por causa do aumento da dificuldade de acesso a estes “bens”, surge uma nova forma de exclusão da concorrência no mercado. O aumento do custo da produção permite maior concentração de capital, numa clara tendência monopolista. A concorrência é paulatinamente reduzida e o mercado

1.4. Princípios da precaução e prevenção no direito consumerista.

Oriundo de uma gama de novos interesses tutelados, notadamente com a preocupação da tutela difusa, o Direito do consumidor não se afastaria do tronco essencial dos interesses transindividuais, tais com a defesa

torna-se um oligopólio de grandes grupos, que estão dispostos não somente a pagar, como também a diminuir a incômoda concorrência. O pagamento e a disposição a pagar são movimentos decorrentes da produção. Paga-se à medida que se detém o poder de compra. No desenvolvimento desta prática, não se alcança efetivamente o objetivo de conservação dos recursos naturais. O que ocorre é a sumária transferência do uso da natureza para faixas cada vez mais estreitas da sociedade. Um instrumento que seria para afastar a poluição, afasta a concorrência e concede privilégios de poluir. O aumento do preço de um produto potencialmente poluidor ou em processo de escassez não reduzirá o desejo em adquiri-lo, porém somente trará uma frustração, por elevar um produto, antes acessível à disposição de uma oligarquia.” DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 95-96.

da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais, do meio ambiente, do trabalhador, da saúde, das populações tradicionais e indígenas, dentre outros segmentos.

Assim, na defesa dos interesses e direitos difusos, surgem princípios comuns, dinâmicos, destinados a o conduzir o profissional ao caráter social da proteção coletiva, onde se destacam a proibição do retrocesso social, (impedimento da retirada de conquistas alcançadas pela sociedade por quaisquer dos poderes constituídos) o nível elevado de proteção ecológica (aplicação da norma protetiva mais rigorosa na tutela do patrimônio ambiental), a precaução (diante da dúvida quanto à potencialidade danosa de um serviço ou produto, cumpre ao Estado proibir o seu lançamento no mercado), a prevenção (diante da experiência com casos análogos ou semelhantes de constatação de danosidade de produtos ou serviços, o Estado aplicaria medidas específicas aos fornecedores para minimizar as causas geradoras do dano ou eventual dano), o reconhecimento da vulnerabilidade e hipossuficiência dos tutelados, a

intervenção estatal obrigatória na regulação do mercado etc. Na seara consumerista, a preocupação com a qualidade de vida da população encontra-se muito antes da formação da cadeia de consumo, desde a elaboração da PNRC – Política Nacional das Relações de Consumo e do SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, versados na Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e regulamentados no Decreto n. 2.181/1997, quando são apontados dentre os princípios básicos a prevenção aos acidentes de consumo e a própria educação para o consumo, mediante a presença do Estado, da seguinte forma:

Na Lei n. 8.078/1990:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (...)

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das

necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: (...)

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. (...)

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

No Decreto n. 2.181/1997:

Art. 3º Compete ao DPDC, a coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe:

IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;

Art. 12. São consideradas práticas infrativas:

IX - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço:

b) que acarrete riscos à saúde ou à segurança dos consumidores e sem informações ostensivas e adequadas;

Art. 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei nº 8.078, de 1990:

III - deixar de comunicar aos consumidores, por meio de anúncios publicitários, a periculosidade do produto ou serviço, quando do lançamento dos mesmos no mercado de consumo, ou quando da verificação posterior da existência do risco;

Ambas as normas acima laboram na perspectiva de proibição do ingresso de produtos ou serviços potencialmente danosos à sociedade e, por exceção, admitem a tolerância àqueles estritamente necessários à manutenção da mínima qualidade de vida da população (notadamente os serviços públicos em relação verticalizada – ausência de equilíbrio desde o nascedouro na relação contratual (vide Arts. 22 e 54 do CDC), v.g. transportes, fornecimento de energia elétrica e abastecimento de água e coleta de esgoto, telecomunicações, serviços de saúde, coleta e processamento do lixo doméstico e industrial – e outros de conteúdo específico, onde a técnica empregada também revele considerável fator de risco, serviços laboratoriais, atividades esportivas etc).

Na **perspectiva precaucional**, a dúvida constitui o principal eixo de condução das políticas públicas difusas, onde o direito do consumidor está inserido; logo, se um produto ou serviço oferece um grau de risco e consequências ainda ignorados (em quaisquer de suas fases de

produção ou oferta), compete ao Estado pesquisar e exigir do fornecedor o acervo completo de informações sobre o bem em análise e proibir a sua inserção no mercado, antes que qualquer prejuízo material ou moral seja causado, até que exista certeza da ausência da potencialidade danosa ou a possibilidade de sua minimização.⁸

Na **perspectiva preventiva**, um acervo de situações causadoras de danos, de índole material ou imaterial, orienta a conduta do Administrador no sentido de adotar políticas de contenção ou arrefecimento dos prejuízos causados e, em última análise, possibilitar a

⁸ “Quero chamar aqui a atenção para o fato de que o Art.10 impõe ao fornecedor um um dever de prevenção, saiba ele ou não do fato da nocividade ou periculosidade. A proibição do referido artigo é geral, se o fornecedor “sabe ou deveria saber” da nocividade ou periculosidade. Assim, poderíamos conceber este dever de prevenção de danos e a proibição de introduzir no mercado produtos e serviços que apresentem (hoje e no futuro) alto grau de periculosidade o nocividade à saúde e segurança dos consumidores como base da responsabilidade própria sem culpa dos fornecedores de produtos e serviços no microssistema do CDC.” MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 369.

convivência com atividades e produtos que naturalmente revelem capacidade danosa, em virtude da necessidade experimentada pela sociedade quanto ao seu fornecimento. Tais premissas podemos verificar em diferentes dispositivos do CDC, a exemplo dos que versam da responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço e das situações excludentes ou arrefecedoras do nexos de causalidade (vale registrar que o sistema consumerista brasileiro adota as teses do risco proveito e risco administrativo) e os que concebem a gradação de periculosidade e seu respectivo tratamento:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através

de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

Dentre os Arts. 8º, 9º e 10 do CDC, observamos uma gradação da potencialidade danosa no mercado de consumo, tática inovadora quando do surgimento do diploma consumerista e que ainda precisa ser efetivada no Brasil, a despeito de uma política econômica permissiva adotada por nosso Administrador em mais de duas décadas de vigência da Lei n. 8.078/1990, notadamente na indústria farmacêutica, tabagista (com a avassaladora quantidade de mortes por câncer de pulmão e outras enfermidades evitáveis e o problema dos fumantes passivos),⁹ de próteses

⁹ “Os fumantes passivos são aqueles que, embora não possuam o vício de fumar, convivem diretamente com fumantes, inalando, dia-a-dia, a fumaça tóxica do cigarro. É certo que tais pessoas não se encaixam no conceito de consumidor padrão. Não adquirem ou usam (por vontade própria) o cigarro como destinatário final. No entanto, muitas vezes, acabam por se tornar vítimas de uma relação

de silicone, alimentícia (com a inclusão de substâncias nocivas disfarçadas e o incremento da nanotecnologia alimentícia) e automobilística (com o uso de peças impróprias à construção do produto, além do próprio desenho e equipamentos mínimos de segurança).

de consumo na qual não tiveram participação. Embora nunca tenham comprado um cigarro na vida, forma vítimas do produto mortal, por inalarem sua fumaça tóxica, fato que, evidentemente, equiparam-nas (fumantes passivos) aos consumidores. (...) Descartando-se a possibilidade inserta no Art. 10, resta, tão-somente, uma hipótese a ser admitida. O legislador, com o Art. 9º, procurou regular aqueles produtos e serviços que, apesar de potencialmente nocivos, podem ser colocados no mercado. Nesse ponto, encaixa-se o fornecimento de bebidas alcólicas e o fumo. O cigarro é, portanto, um produto potencialmente nocivo ou perigoso à saúde de seus consumidores, sendo sua comercialização admitida, desde que seus fornecedores informe, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, o que, ao contrário de alguns entendimento da doutrina, não tem sido cumprido na prática pelas indústrias fumíferas, conforme se verá em capítulo específico.” DELFINO, Lúcio. **Responsabilidade Civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.74-75 e 101-102.

2. ORIGENS DA TEORIA DO RISCO DE DESENVOLVIMENTO.

2.1. O Tratado de Maastricht.

Com a formação da União Européia consolidam-se blocos normativos sobre diferentes temas, dentre os quais destaca-se o princípio da precaução consagrado no Tratado de Maastricht em 1992 e aprimorado em diferentes momentos do direito europeu, sendo mundialmente conhecido o julgamento do caso das *“vacas loucas”* com aplicabilidade do Art. 130º-R da referida norma.

Artigo 130º-R

1. A política da Comunidade no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objectivos:

- a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente;
- a protecção da saúde das pessoas;
- a utilização prudente e racional dos recursos naturais;

- a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente.

2. A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade.

Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias.

Neste contexto, as medidas de harmonização destinadas a satisfazer essas exigências incluirão, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda autorizando os Estados-membros a tomar, por razões ambientais não económicas, medidas provisórias sujeitas a um processo comunitário de controlo.

3. Na elaboração da sua política no domínio do ambiente, a Comunidade terá em conta:

- os dados científicos e técnicos disponíveis;

- as condições do ambiente nas diversas regiões da Comunidade;
- as vantagens e os encargos que podem resultar da actuação ou da ausência de actuação;
- o desenvolvimento económico e social da Comunidade no seu conjunto e o desenvolvimento equilibrado das suas regiões.

4. A Comunidade e os Estados-membros cooperarão, no âmbito das respectivas atribuições, com os países terceiros e as organizações internacionais competentes. As formas de cooperação da Comunidade podem ser objecto de acordos entre esta e as partes terceiras interessadas, os quais serão negociados e celebrados nos termos do artigo 228º.

O disposto no parágrafo anterior não prejudica a capacidade dos Estados-membros para negociar nas instâncias internacionais e celebrar acordos internacionais.

Posteriormente, o Art. 130º-R do Tratado da União Europeia é alterado pelo Art. 174º do Tratado de Amsterdã, em 1997:

Artigo 174º (ex-Artigo 130º-R)

1. A política da Comunidade no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objectivos:

- a preservação, a protecção e a melhoria da qualidade do ambiente;
- a protecção da saúde das pessoas;
- a utilização prudente e racional dos recursos naturais;
- a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente.

2. A política da Comunidade no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador.

Neste contexto, as medidas de harmonização destinadas a satisfazer exigências em matéria de protecção do ambiente incluirão, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda autorizando os Estados-Membros a tomar, por

razões ambientais não económicas, medidas provisórias sujeitas a um processo comunitário de controlo.

3. Na elaboração da sua política no domínio do ambiente, a Comunidade terá em conta:

- os dados científicos e técnicos disponíveis;
- as condições do ambiente nas diversas regiões da Comunidade;
- as vantagens e os encargos que podem resultar da actuação ou da ausência de actuação;
- o desenvolvimento económico e social da Comunidade no seu conjunto e o desenvolvimento equilibrado das suas regiões.

4. A Comunidade e os Estados-Membros cooperarão, no âmbito das respectivas atribuições, com os países terceiros e as organizações internacionais competentes. As formas de cooperação da Comunidade podem ser objecto de acordos entre esta e as partes terceiras interessadas, os quais serão negociados e celebrados nos termos do artigo 300º

O disposto no parágrafo anterior não prejudica a capacidade dos Estados-Membros para negociar nas instâncias internacionais e celebrar acordos internacionais.

Inicialmente, a atenção das autoridades europeias centrava-se no gerenciamento dos riscos alimentares; contudo, em pouco tempo, expande-se para diversos setores da atividade humana e as consequências do atropelo de tal princípio.

Em seguida, o Parlamento Europeu cria regras mais severas sobre segurança alimentar, insculpidas no Regulamento CE n. 178/2002.

REGULAMENTO - CE n. 178/2002 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 28 de Janeiro de 2002 que determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios

Considerando o seguinte:

(2) Deve ser assegurado um elevado nível de protecção da vida e da saúde humanas na realização das políticas comunitárias.

(3) A livre circulação de géneros alimentícios e de alimentos para animais na Comunidade só pode ser alcançada se os requisitos de segurança dos géneros alimentícios e dos alimentos para animais não diferirem de forma significativa entre os Estados-Membros.

(4) Existem diferenças importantes entre as legislações alimentares dos Estados-Membros no que diz respeito aos conceitos, princípios e procedimentos. Quando os Estados-Membros tomam medidas que regem os géneros alimentícios, tais diferenças podem impedir a sua livre circulação, criar condições de desigualdade da concorrência e afectar, assim, directamente o funcionamento do mercado interno.

(6) A água é ingerida, directa ou indirectamente, como os outros géneros alimentícios, contribuindo assim para a exposição global do consumidor às substâncias ingeridas, incluindo contaminantes químicos e microbiológicos. Todavia, uma vez que a qualidade da água destinada ao consumo humano já se encontra regida pelas Directivas 80/778/CEE (5) e 98/83/CE (6) do Conselho, basta considerar a água do ponto de vista dos

limiaries de conformidade referidos no artigo 6º dessa última directiva.

(17) Sempre que a legislação alimentar se destine a reduzir, eliminar ou evitar um risco para a saúde, as três componentes interligadas da análise dos riscos — avaliação, gestão e comunicação dos riscos — constituem uma metodologia sistemática para a determinação de medidas eficazes, proporcionadas e orientadas ou de outras acções destinadas a proteger a saúde.

Artigo 2º Definição de «género alimentício»

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por «género alimentício» (ou «alimento para consumo humano»), qualquer substância ou produto, transformado, parcialmente transformado ou não transformado, destinado a ser ingerido pelo ser humano ou com razoáveis probabilidades de o ser.

Este termo abrange bebidas, pastilhas elásticas e todas as substâncias, incluindo a água, intencionalmente incorporadas nos géneros alimentícios durante o seu fabrico, preparação ou tratamento. A água está incluída dentro dos limiaries de conformidade referidos no artigo 6º da Directiva 98/83/CE, sem prejuízo dos

requisitos das Directivas 80/778/CEE e 98/83/CE.

Artigo 3º Outras definições.

Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

9. «risco», uma função da probabilidade de um efeito nocivo para a saúde e da gravidade desse efeito, como consequência de um perigo;

10. «análise dos riscos», um processo constituído por três componentes interligadas: avaliação, gestão e comunicação dos riscos;

11. «avaliação dos riscos», um processo de base científica constituído por quatro etapas: identificação do perigo, caracterização do perigo, avaliação da exposição e caracterização do risco;

12. «gestão dos riscos», o processo, diferente da avaliação dos riscos, que consiste em ponderar alternativas políticas, em consulta com as partes interessadas, tendo em conta a avaliação dos riscos e outros factores legítimos e, se

necessário, seleccionar opções apropriadas de prevenção e controlo;

13. «comunicação dos riscos», o intercâmbio interactivo, durante todo o processo de análise dos riscos, de informações e pareceres relativos a perigos e riscos, factores relacionados com riscos e percepção do risco, entre avaliadores e gestores dos riscos, consumidores, empresas do sector alimentar e do sector dos alimentos para animais, a comunidade universitária e outras partes interessadas, incluindo a explicação dos resultados da avaliação dos riscos e da base das decisões de gestão dos riscos;

14. «perigo», um agente biológico, químico ou físico presente nos géneros alimentícios ou nos alimentos para animais, ou uma condição dos mesmos, com potencialidades para provocar um efeito nocivo para a saúde;

18. «consumidor final», o último consumidor de um género alimentício que não o utilize como parte de qualquer operação ou actividade de uma empresa do sector alimentar.

Artigo 7º Princípio da precaução.

1. Nos casos específicos em que, na sequência de uma avaliação das informações disponíveis, se identifique uma possibilidade de efeitos nocivos para a saúde, mas persistam incertezas a nível científico, podem ser adoptadas as medidas provisórias de gestão dos riscos necessárias para assegurar o elevado nível de protecção da saúde por que se optou na Comunidade, enquanto se aguardam outras informações científicas que permitam uma avaliação mais exaustiva dos riscos.

2. As medidas adoptadas com base no nº 1 devem ser proporcionadas e não devem impor mais restrições ao comércio do que as necessárias para se alcançar o elevado nível de protecção por que se optou na Comunidade, tendo em conta a viabilidade técnica e económica e outros factores considerados legítimos na matéria em questão. Tais medidas devem ser reexaminadas dentro de um prazo razoável, consoante a natureza do risco para a vida ou a saúde e o tipo de informação científica necessária para clarificar a incerteza científica e proceder a uma avaliação mais exaustiva do risco.

Um dos fatores de fomento à teoria do risco de desenvolvimento certamente encontramos

no abrandamento da precaução e dos limites da ética na visão da prudência, admitindo-se uma “ignorância invencível” inerente ao estágio de conhecimentos ligados à produção e à capacidade humana de explorar e responder ao inusitado.

A teoria do risco de desenvolvimento (*risque de développement, riesgos de desarrollo, development risks, rischi di sviluppo, entwicklungsrisiken*) encontra suas bases na argumentação do estado de ignorância dos que participam da cadeia produtiva antes da inserção do produto no mercado de consumo. Enfoca a impossibilidade de assunção de riscos ou formação de responsabilidade diante do estado relativo do conhecimento e da arte técnica e exige uma investigação subjetiva de conduta dos responsáveis pela existência do produto ou serviço ofertado.¹⁰

¹⁰ “A questão dos riscos de desenvolvimento tem a ver com as causas de exclusão de responsabilidade do fabricante do produto. Esses riscos vêm a ser a causa de danos graves e em série, mas somente muito tempo depois da colocação do produto no mercado. O produtor não tinha como saber se algum dano ocorreria, isto é, ignorava essa possibilidade não por culpa sua, mas por problema do produto. Como responder pelo que não se conhece? Todavia, no sistema

Admite uma tolerância moral e econômica dos riscos desconhecidos pela insuficiência do estado da pesquisa, conhecimentos especializados e da técnica utilizada, quando da inserção no mercado de consumo de produtos ou serviços (observe-se que se aplica, também, às profissões liberais, notadamente no ramo dos serviços médicos),

consumerista, isso, às vezes, é possível e vai depender do tipo de produto e das leis que regem a matéria. O problema dos riscos do desenvolvimento é umbilicalmente ligado à sociedade de risco em que vivemos. Com as inovações tecnológicas e científicas na fabricação de produtos de todos os tipos (como remédios cada vez mais especializados para tentar diminuir os danos das doenças, principalmente as graves, eletrônicos, produtos eletromagnéticos, como antenas de celulares e os próprios aparelhos telefônicos celulares, a modificação dos alimentos pela engenharia dos alimentos, a biotecnologia criando novas espécies de vegetais e animais), ou seja, produtos cada vez mais complexos e sofisticados no manejo, os efeitos de sua utilização a longo prazo não podem ser previstos com rigor nem pelo fabricante e muito menos pelo consumidor. A tudo isso se soma a produção em massa e o consumo em massa.” LOPES, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.187-188.

comportamento que, ao nosso modo de entender, contraria frontalmente o reconhecimento da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor em qualquer sistema que adote tais institutos.

No frágil, ditatorial e agressivo debate do risco de desenvolvimento, transfere-se o risco do produto ou da atividade econômica para os ombros do consumidor em verdadeira equação perniciosa e incompatível, também, por extensão, aos princípios da precaução e prevenção aplicáveis à tutela dos interesses difusos de modo amplo, pois apenas depois da introdução do produto ou serviço é que se avaliam os efeitos e a extensão de eventuais danos causados aos consumidores, pois com todo o conhecimento apresado (*state of scientific and technical knowlwdge*) não era possível diagnosticar os impactos da produção.

Assim, tornam-se absolutamente inconciliáveis os princípios da precaução e da prevenção com a adoção da teoria do risco de desenvolvimento, uma vez que o grau de

permissividade daquele apelo teórico, infelizmente abraçado por inúmeros ordenamentos, dentre os quais citamos a Comunidade Europeia, coadunarse com a flexibilização de variadas ordens de interesses econômicos da produção em larga escala.

Inicialmente, a industrialização e o processo fabril massificado revelaram à humanidade os efeitos indesejados da busca pelo progresso: na relação de custo não estavam calculados os acidentes de pequenas e largas dimensões e muito menos as catástrofes enfrentadas durante todo o século XX e, por muito tempo, a preocupação exclusiva dos doutrinadores e legisladores em matéria de responsabilidade civil era o reestabelecimento da situação fática anterior. A adoção da responsabilidade objetiva e consagração do risco como modelo de raciocínio legal e jurisprudencial, necessidade comportamental advertida por Louis Josserand em 1936, quando divulgada sua conferência paradigma sobre a evolução da responsabilidade civil, constituiu um liame entre os modelos de

concepção do dever de indenizar; contudo, muito pouco era discutido em torno da prevenção dos acidentes, exceto a legislação esparsa desenvolvida nos últimos anos do século XIX e início do século XX, mormente com a evolução do direito previdenciário e trabalhista.

Hoje, a obra de Josserand ainda é atual, notadamente pelo despertar de um novo cenário criado pela indústria da construção civil e naval, pelos transportes ferroviários, pela indústria química, pela incipiente aviação civil e pela avassaladora estatística dos acidentes de trabalho; entretanto, o domínio da responsabilidade civil objetiva (ainda que na concepção do hodierno risco integral – aplicado nas questões nucleares, ambientais e na legislação específica contra os atentados terroristas e situações assemelhadas de guerra civil) é insuficiente para as novas demandas de caráter preventivo, pois a adoção dos princípios da precaução e da prevenção apresentam-se como únicos caminhos factíveis na redução das causas potenciais de acidentes (no caso em debate, acidentes de consumo), todavia,

são desprezadas pela inatingível política econômica adotada no mundo.

De igual modo, como aceitar a viabilidade de tal argumentação diante da essência das posturas precaucionais e preventivas expostas pelo direito em bloco da Comunidade Europeia, além do reiterado princípio do nível elevado de proteção à saúde ou à vida dos consumidores?

Inexiste convivência ou possibilidade de harmonização entre a teoria do risco de desenvolvimento e os princípios do nível elevado de proteção ecológica, à saúde ou à vida dos consumidores, da precaução e da prevenção. A sobrevida de tais princípios exige o afastamento da teoria do risco de desenvolvimento como fator excludente no nexo de causalidade, pois transferir a análise do potencial nocivo de produtos ou serviços após o seu ingresso na cadeia final de consumo configura nítido convite à irresponsabilidade civil.¹¹

¹¹ “Plus proches encore du risque de développement sont les sujets qui traitent de l’environnement et des responsabilités

qui résultent des dommages à l'eau, au sol et à la biodiversité. Dans un contexte juridique encore mouvant, le développement de la notion de « responsabilité environnementale » (et non de responsabilité des dommages à l'environnement) ouvre la voie à des mises en cause multiples qui s'apparentent au risque de développement. Il n'est pas innocent que l'on parle aujourd'hui de « responsabilité du permis », ce qui revient à dire que ce qui est admis aujourd'hui, et autorisé par les pouvoirs publics, pourrait générer demain la mise en cause de la responsabilité. Là encore, la science ne fait probablement rien à l'affaire, mais la tolérance sociétale a changé, et ce qui est licite aujourd'hui pourrait ne plus l'être demain, tout en autorisant un recours contre ceux qui ont fait fond sur l'autorisation administrative d'exploitation qu'ils ont obtenu. De façon très évidente, le « principe de précaution », désormais constitutionnel, introduit une formidable insécurité juridique dans le débat du risque de développement. Qui dira, sinon le juge, et suivant quel mode de preuve, que les précautions suffisantes ont été prises avant la distribution de tel ou tel produit ? D'autant que les expertises et les autorisations administratives diverses ne protègent plus, ou ne protégeront plus, des mises en cause de la responsabilité des fabricants." THOUROT, Patrick. **Le risque de développement.** Disponível em http://www.scor.com/images/stories/pdf/scorpapers/scorpapers11_fr.pdf. Acesso em 20/11/2011. p.3

Em outras palavras, a teoria do risco de desenvolvimento assume, indiretamente, um fator excludente da causalidade agredindo princípios de ordem pública e interesse social (de natureza indeclinável), ganhando contornos de verdadeira cláusula de não indenizar, banida em diferentes sistemas normativos justamente pela incompatibilidade com as normas de ordem pública.¹²

Contudo, a Comunidade Europeia, nos termos do Art. 7º, e) da Diretiva n. 374/1985,

¹² “Em contrapartida, seria extremamente injusto financiar o progresso à custas do consumidor individual, debitar na sua cota social de sacrifícios os enorme riscos do desenvolvimento. Isso importaria em retrocesso de 180 graus na responsabilidade objetiva, que, por sua vez, tem por objetivo a socialização do risco – repartir o dano entre todos já que os benefícios do desenvolvimento são para todos. A fim de se preparar para essa nova realidade, o setor produtivo tem condições de se valer de mecanismos de preços e seguros – o consumidor não – ainda que isso venha a se refletir no custo final do produto.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 504.

encampou a tese como verdadeira causa excludente da responsabilidade civil, quando, em verdade, poder-se-ia falar, no raciocínio extremo, de cláusula de não indenizar, expressamente rechaçada no Direito brasileiro.¹³

2.2. O direito da Comunidade Européia.

¹³ “Em outros temas, examinaremos as causas de isenção ou exoneração de responsabilidade. Podemos dividi-las em cláusulas e causa de exoneração propriamente ditas, estas mais caracterizadamente as contempladas na lei, aquelas as peculiares ao contrato. A cláusula ou convenção de irresponsabilidade consiste na estipulação prévia por celaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Visa a anular, modificar ou restringir as consequências normas de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação. (...) O exímio Pontes de Miranda explica o alcande desse princípio: O critério da ordem pública é o único que pode servir, enquanto não se procede a estudo profundo das relações sociais, a fim de serem induzidas, cientificamente, as regras concernetens à possibilidade e à impossibilidade das clausulas de exoneração.” DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 905-906.

Na Comunidade Européia, a Diretiva n. 374/1985, em seu Art. 7º, e, aceita a teoria do risco de desenvolvimento como fator excludente da relação de causalidade, motivada pelos argumentos favoráveis do desestímulo à pesquisa, o alto preço securitário, o aumento das falências com as indenizações e questionada pelos argumentos contrários da impossibilidade do ser humano ser objeto de testes e da incerteza, da teoria do risco proveito (*ubi emolumentum ibi onus*), da hipossuficiência dos consumidores na sociedade de risco e do enriquecimento sem causa por parte das seguradoras.

Artigo 7º. O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar:

- a) Que não colocou o produto em circulação;
- b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente;
- c) Que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição

com um objetivo económico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua actividade profissional;

d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;

e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito;

f) No caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção da produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricante do produto.

2.3. O direito alemão.

A Lei de Responsabilidade do Produto (*Gesetz ber die Haftungfür fehlerhafte Produkte* ou *Produkthaftungsgesetz – ProdHaftG*), de 15/12/1989, alterada em 2002, afasta a teoria apenas na indústria farmacêutica e setores afins da saúde, sendo criado um fundo entre as

seguradoras e farmacêuticas, em virtude dos históricos acidentes de consumo provocados pela fabricação de medicamentos cuja potencialidade de risco e danosidade só foi verificada após a inserção no mercado.

Inicialmente, no parágrafo 1º aborda da responsabilidade e as causas de sua exclusão; no item 5, trabalha com a hipótese de tolerância do vício e escusa da responsabilidade em virtude do estado de conhecimento quando da fabricação do produto:

§ 1 Haftung

(1) Wird durch den Fehler eines Produkts jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Hersteller des Produkts verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Im Falle der Sachbeschädigung gilt dies nur, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird und diese andere Sache ihrer Art nach gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt und hierzu von dem Geschädigten hauptsächlich verwendet worden ist.

(2) Die Ersatzpflicht des Herstellers ist ausgeschlossen, wenn:

1. der das Produkt nicht in den Verkehr gebracht hat,
2. nach den Umständen davon auszugehen ist, daß das Produkt den Fehler, der den Schaden verursacht hat, noch nicht hatte, als der Hersteller es in den Verkehr brachte,
3. der das Produkt weder für den Verkauf oder eine andere Form des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck hergestellt noch im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit hergestellt oder vertrieben hat,
4. der Fehler darauf beruht, daß das Produkt in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller es in den Verkehr brachte, dazu zwingenden Rechtsvorschriften entsprochen hat, oder
5. der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller das Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte.

Adiante, no §15, o legislador alemão afirmou que a teoria do risco de desenvolvimento (exclusão da causalidade pelo estado da arte ou técnica, quando da fabricação do produto) não se

aplica à indústria farmacêutica ou outras formas de atividades ligadas à saúde ou ao corpo humano:

§ 15 Arzneimittelhaftung, Haftung nach anderen Rechtsvorschriften.

(1) Wird infolge der Anwendung eines zum Gebrauch bei Menschen bestimmten Arzneimittels, das im Geltungsbereich des Arzneimittelgesetzes an den Verbraucher abgegeben wurde und der Pflicht zur Zulassung unterliegt oder durch Rechtsverordnung von der Zulassung befreit worden ist, jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt, so sind die Vorschriften des Produkthaftungsgesetzes nicht anzuwenden.

(2) Eine Haftung aufgrund anderer Vorschriften bleibt unberührt.

2.4. O direito italiano.

No Codice del Consumo, (DL. 206/2005), em seu Art. 118, e, foi recepcionada a teoria do risco de desenvolvimento para excluir a responsabilidade civil do produtor; todavia, a Corte de Cassação da Itália rejeitou, em diversas

oportunidades, a aplicação da tese nos casos onde o bem jurídico tutelado era a vida ou a saúde das pessoas:

Esclusione della responsabilità

Art. 118.

1. La responsabilità è esclusa:

a) se il produttore non ha messo il prodotto in circolazione;

b) se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione;

c) se il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, nè lo ha fabbricato o distribuito nell'esercizio della sua attività professionale;

d) se il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante;

e) se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non

permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso;

f) nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima, se il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o materia prima o alla conformità di questa alle istruzioni date dal produttore che la ha utilizzata.

2.5. O direito francês (*Code Civil e Livre Vert relatif à la responsabilité civile du fait des produits défectueux*), a Convenção de Lugano e o direito português.

O direito francês, tanto na estrutura do CCFr (Arts. 1.386, 1-18) quanto na legislação consumerista, aceita, com certo rigor, a aplicação da teoria do risco de desenvolvimento como fenômeno mitigador do nexo de causalidade, assim como a legislação belga que regula a produção de bens.¹⁴ O Art. 1.386, 11, 4º, do CCFr aborda

¹⁴ “Aux termes de l’article 8.e, de la loi, le producteur n’est pas responsable s’il prouve “que l’état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en

causas exonerativas e trata da impossibilidade do conhecimento do defeito do produto, diante do estado dos conhecimentos científicos e técnicos.

Article 1386-11. Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve :

circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut". Cette hypothèse, que l'on désigne couramment en recourant à l'expression "risque de développement" – est à rapprocher du concept d'ignorance invincible en tant que fait justificatif. Toutefois le risque de développement comporte un degré d'exigence supplémentaire par rapport à la notion d'ignorance invincible. La doctrine considère que cette dernière efface la faute de celui qui l'invoque pour autant qu'il se trouvât personnellement dans l'impossibilité de déceler le défaut du produit (...) Par contre, en ce qui concerne le risque de développement "le critère décisif est l'impossibilité de déceler le défaut pour tout le monde et non le fait que le défaut n'ait pas été décelé par le producteur alors qu'il pouvait l'être. L'impossibilité doit être absolue. Des considérations comme des difficultés de entreprendre les recherches nécessaires ou le niveau de dépenses à engager pour déceler le défaut n'entrent pas de ligne en compte." MONTERO, Etienne. **La responsabilité civile du fait des bases de données**. Namur: Presses Universitaires de Namur, 1998. p.310.

1° Qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ;

2° Que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ;

3° Que le produit n'a pas été destiné à la vente ou à toute autre forme de distribution ;

4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut;

5° Ou que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire.

Le producteur de la partie composante n'est pas non plus responsable s'il établit que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit.¹⁵

¹⁵ "La notion de risque de développement est étroitement liée en France à l'évolution du droit de la responsabilité civile des

fabricants de produits. Sa dénomination est une abréviation de la définition du risque encouru par le fabricant du fait du « *développement des connaissances scientifiques et du progrès technique qui, par leur évolution, permettent ultérieurement la découverte d'un défaut inaperçu jusque-là* »¹. Moins juridiquement, on pourrait dire qu'il s'agit d'un risque qui se réalise dans le temps, pour un produit (ou service) dont l'usage pourrait apparaître nocif dans le futur, alors même que le produit (ou les actes) qui causent ce qui sera dans l'avenir qualifié de nocif ne sont pas qualifiés (considérés) comme tels au moment de sa mise sur le marché. Le risque est lié à l'évolution de la connaissance scientifique (non prévisible) ou, plus redoutablement, à la constatation d'une causalité statistique entre l'usage du produit (du service) et des dommages aux personnes (ou aux biens). Le sujet concerne en effet non seulement la causalité simple et brutale, du type de celle de l'amiante (reconnue responsable de cancers des travailleurs de l'amiante et des personnes vivant au contact de l'amiante dans certains bâtiments), mais aussi des causalités de fréquence où des études épidémiologiques démontrent des fréquences « anormales » de maladies redoutées pour les utilisateurs (dans un passé ancien) de certaines substances, jugées non nocives lors de leur distribution, voire autorisées par des autorités publiques. Le risque de développement est, en fait, conceptuellement difficile à différencier d'autres risques encourus par les fabricants de produits alimentaires, pharmaceutiques ou de construction. Il est aujourd'hui en

Adiante, no Art. 1.386, 12, o Código Napoleônico afasta a teoria do risco de desenvolvimento quando se trate de partes do corpo humano ou produtos derivados dele.

Article 1386-12. Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1386-11 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci.

De igual modo, o Livro verde sobre a responsabilidade civil pelo fato dos produtos defeituosos, adotado pela Comunidade Europeia por intermédio da Diretiva n. 396/1999, prevê a teoria do risco de desenvolvimento como fator

France mis en lumière à nouveau par l'émergence forte du droit de la responsabilité environnementale, qui élargit la question de la réparation corporelle à la réparation des dommages « à l'environnement » (l'eau, le sol, la biodiversité), et, naturellement par le déploiement du principe de précaution dans le droit positif." THOUROT, Patrick. **Le risque de développement.** Disponível em http://www.scor.com/images/stories/pdf/scorpapers/scorpapers11_fr.pdf. Acesso em 20/11/2011.p.2

excluyente do nexu causal e, concomitantemente, estipula densa carga probatória em detrimento do consumidor ao ignorar a inversão do *onus probandi*.

Le Livre vert relatif à la responsabilité civile du fait des produits défectueux a été approuvé par la Commission européenne en juillet 1999. Il a pour objectif de lancer une vaste consultation auprès des milieux concernés afin d'évaluer l'efficacité de la législation communautaire en la matière en vue d'une éventuelle révision.

La législation communautaire est fixée par une directive de 1985 qui introduit un régime de responsabilité sans faute du producteur lorsqu'un dommage a résulté du défaut de son produit. Lorsque la victime a prouvé le vice du produit, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre l'un et l'autre, ce régime s'applique:

- aux producteurs de produits finis, d'une matière première, d'une partie composante;
- à la personne qui a apposé sur le produit en cause son nom, sa marque ou un autre signe distinctif;

- à l'importateur du produit ou au fournisseur en cas d'absence d'identification du ou des producteurs.

2. Le risque de développement. La directive prévoit actuellement qu'un producteur peut être exonéré de sa responsabilité s'il prouve que, en l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit, il ne lui était pas possible de déceler le défaut ; elle laisse chaque Etat membre libre de retenir ou d'écarter cette cause d'exonération.

Le Livre vert ouvre le débat sur la question suivante : la responsabilité en cas de « risque de développement » doit-elle peser sur le producteur ou doit-elle être prise en charge soit par la société (fonds d'indemnisation), soit par le secteur productif concerné?

A Convenção de Lugano, celebrada na Suíça em 21/06/1993, versando sobre a responsabilidade civil das atividades perigosas em matéria ambiental, aceitou a reserva do risco de desenvolvimento no Art. 35, 1:

Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

Article 35 – Réserves.

1. Tout Signataire peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, déclarer qu'il se réserve le droit:

a. de n'appliquer l'article 3, alinéa a, aux dommages subis sur le territoire des Etats qui ne sont pas Parties à la présente Convention que sur la base du principe de réciprocité;

b. de prévoir dans son droit interne, sans préjudice de l'article 8, que l'exploitant n'est pas responsable s'il prouve que, dans le cas d'un dommage causé par une activité dangereuse visée à l'article 2, paragraphe 1, alinéas a et b, l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de l'événement ne permettait pas de connaître l'existence des propriétés dangereuses de la substance ou le risque significatif que présentait l'opération concernant l'organisme;

c. de ne pas appliquer l'article 18.

No Decreto-Lei n. 383/1989, alterado pela Lei n. 131/2001, o direito português abraça a teoria expressamente:

Art. 5º Exclusão de responsabilidade.

O produtor não é responsável se provar:

e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito.

3. PRINCIPAIS TEMAS SOBRE A TEORIA DO RISCO DE DESENVOLVIMENTO.

3.1. A indústria do amianto.

A indústria do amianto ou asbesto, lamentavelmente presente na realidade brasileira, comporta um acervo considerável de decisões internacionais em seu entorno, destacamente na Itália, onde um importante bloco normativo foi elaborado após a constação científica dos efeitos danosos da aplicação do amianto na confecção de inúmeros artefatos industriais, sobretudo na construção civil e na indústria náutica e automobilística, convergindo para a edição da

Diretiva n. 148/2009 do Parlamento Europeu que, dentre outras medidas, previu a substituição do amianto por produtos menos ofensivos à saúde humana e sua retirada do mercado:

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia, nomeadamente o n. o 2 do artigo 137º, tendo em conta a proposta da Comissão, tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu (1), após consulta ao Comité das Regiões, deliberando nos termos do artigo 251º do Tratado (2), considerando o seguinte: (...)

(2) O amianto é um agente particularmente perigoso que pode causar doenças graves e que está presente em grande número de situações no local de trabalho e, em consequência, numerosos trabalhadores estão expostos a um risco potencial para a sua saúde. A crocidolite é considerada como um tipo de amianto particularmente perigoso.

(3) Os conhecimentos científicos de que actualmente se dispõe não permitem definir um nível abaixo do qual se possa afirmar que já não existem riscos para a saúde, mas sabe-se que a redução da exposição ao amianto

permitirá diminuir o risco de doenças ligadas ao amianto. Por conseguinte, é necessário prever o estabelecimento de medidas específicas harmonizadas respeitantes à protecção dos trabalhadores contra o amianto. A presente directiva estabelece prescrições mínimas que virão a ser revistas com base na experiência adquirida e na evolução da técnica neste domínio. (4) A microscopia óptica, embora não permita a contagem das fibras mais finas prejudiciais à saúde, é o método mais corrente de medição regular do amianto. (...)

(9) A proibição de projecção do amianto por flocagem não é suficiente para impedir a libertação de fibras de amianto na atmosfera. Convém também proibir as actividades que expõem os trabalhadores às fibras de amianto durante a extracção deste último, fabrico e transformação de produtos de amianto ou fabrico e transformação de produtos que contenham fibras de amianto deliberadamente acrescentadas, dado o seu grau de exposição elevado e difícil de evitar.

(12) É conveniente que os empregadores sejam obrigados a identificar, antes da realização de um projecto de remoção de amianto, a

presença ou a suspeita da presença de amianto nos edifícios ou instalações e a transmitir essas informações a todas as pessoas susceptíveis de se encontrarem expostas ao amianto no âmbito da sua utilização, de trabalhos de manutenção ou de outras actividades no interior ou no exterior dos edifícios. (...)

Artigo 1º

1. A presente directiva tem por objecto a protecção dos trabalhadores contra os riscos para a sua saúde, incluindo a prevenção desses riscos, decorrentes ou podendo decorrer da exposição ao amianto durante o trabalho.

Artigo 2º

Para efeitos da presente directiva, o termo «amianto» designa os seguintes silicatos fibrosos:

- a) Amianto actinolite, número 77536-66-4 do CAS (1);
- b) Amianto grunerite (amosite), número 12172-73-5 do CAS (1);
- c) Amianto antofilite, número 77536-67-5 do CAS (1);
- d) Crisólito, número 12001-29-5 do CAS (1);
- e) Crocidolite, número 12001-28-4 do CAS (1);

f) Amianto tremolite, número 77536-68-6 do CAS (1).

(1) Número de registo do Chemical Abstract Service (CAS).

Artigo 3º 1. A presente directiva aplica-se às actividades no exercício das quais, durante o trabalho, os trabalhadores estão ou podem ficar expostos às poeiras provenientes do amianto ou de materiais que contenham amianto. (...)

Artigo 5º São proibidas a projecção de amianto por flocagem, bem como as actividades que impliquem a incorporação de materiais isolantes ou insonorizantes de fraca densidade (inferior a 1 g/cm³) que contenham amianto. Sem prejuízo da aplicação de outras disposições comunitárias relativas à comercialização e à utilização do amianto, são proibidas as actividades que exponham os trabalhadores às fibras de amianto aquando da extracção de amianto, do fabrico e da transformação de produtos de amianto ou do fabrico e da transformação de produtos que contenham amianto deliberadamente acrescentado, com exclusão da deposição em aterros de produtos resultantes da demolição e da remoção do amianto. (...)

Artigo 8º Os empregadores asseguram que nenhum trabalhador seja exposto a uma concentração de amianto em suspensão no ar superior a 0,1 fibra por cm³, medida relativamente a uma média ponderada no tempo para um período de 8 horas (TWA). (...)

Após a sucessiva apuração de mortes e doenças graves¹⁶ de trabalhadores envolvidos com

¹⁶ Dentre as principais doenças registradas na atividade de exploração e manuseio do amianto temos a fibrose pulmonar (asbestose), lesões pleurais benignas, câncer de pulmão, mesotelioma pleural, câncer de laringe, câncer digestivo e urogenital. "No entanto, mais de dois milhões de toneladas de amianto ainda são produzidas anualmente e os números de sua fabricação e utilização estão novamente aumentando. Alguns países constroem e expandem suas economias fortalecendo a indústria de exploração e processamento de amianto. Canadá, Brasil, China e as repúblicas da antiga União Soviética são os principais exemplos. E o que é pior, ainda se ouve dizer que algumas fibras de amianto são menos ou nada tóxicas. Sabe-se que este carcinógeno já matou milhares de pessoas e, até o momento, não existe um tratamento médico efetivo para a maioria das doenças por ele causadas, particularmente o mesotelioma (câncer da pleura). No século XX o amianto podia ser considerado um produto economicamente rentável, mas, nos dias de hoje,

o ciclo do amianto, em diferentes espécies e cidades italianas, o sistema previdenciário passou por significativas alterações para incorporar a infortunística especial naquele setor industrial.

No Brasil, ainda admitimos o uso do amianto em algumas atividades industriais (fibrocimento ou cimento-amianto e automotiva, com materiais de fricção gradativamente substituídos), tendo sido editada a Lei n. 9.055/1995 para proibir a exploração de alguns tipos de asbesto, sendo mantida a comercialização da crisolita, consoante o Art. 3º do citado diploma.

além do catastrófico custo em vidas humanas, ele se torna ainda mais caro ao serem contabilizadas as compensações pagas às vítimas. Por mais de um século o amianto foi amplamente utilizado na indústria da construção civil e naval. Sendo resistente ao fogo, foi utilizado em escala massiva, atingindo o seu ápice nos anos 70. Não apenas os trabalhadores das indústrias de extração, preparação, transformação e utilização do amianto estão expostos ao produto, mas também aqueles que manuseiam materiais que o contém como, por exemplo, os trabalhadores da construção, os mecânicos e os encanadores". AISS – Associação Internacional da Seguridade Social. **Amianto**. Rumo ao banimento global. Genebra, 2006. p.7,16-17

Art. 1º É vedada em todo o território nacional:

I - a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marron), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfíbolios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais;

II - a pulverização (spray) de todos os tipos de fibras, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei;

III - a venda a granel de fibras em pó, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei.

Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, consideram-se fibras naturais e artificiais as comprovadamente nocivas à saúde humana.

Art. 3º Ficam mantidas as atuais normas relativas ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais referidas no artigo anterior, contidas na legislação de segurança, higiene e medicina do trabalho, nos acordos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil e nos acordos assinados entre os sindicatos de trabalhadores e os seus empregadores, atualizadas sempre que necessário.

§ 1º (VETADO)

§ 2º As normas de segurança, higiene e medicina do trabalho serão fiscalizadas pelas áreas competentes do Poder Executivo e pelas comissões de fábrica referidas no parágrafo anterior.

§ 3º As empresas que ainda não assinaram com os sindicatos de trabalhadores os acordos referidos no caput deste artigo deverão fazê-lo no prazo de 12 (doze) meses, contados a partir da publicação desta Lei, e a inobservância desta determinação acarretará, automaticamente, o cancelamento do seu alvará de funcionamento.

No Estado de São Paulo foi editada lei sobre a proibição da exploração e comércio do

amianto, cuja constitucionalidade foi questionada perante o STF, na ADI n. 2656:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA. PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO, EXTRAÇÃO, BENEFICIAMENTO, COMERCIALIZAÇÃO, FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO QUALQUER TIPO DE AMIANTO. GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS. LEGITIMIDADE ATIVA. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO.

1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática.

2. Comercialização e extração de amianto. Vedação prevista na legislação do Estado de São Paulo. Comércio exterior, minas e recursos minerais. Legislação. Matéria de competência da União (CF, artigo 22, VIII e XIII). Invasão de

competência legislativa pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade.

3. Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9055/95). Conseqüência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria.

4. Proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Questão de interesse nacional. Legitimidade da regulamentação geral fixada no âmbito federal. Ausência de justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado de São Paulo.

5. Rotulagem com informações preventivas a respeito dos produtos que contenham amianto. Competência da União para legislar sobre comércio interestadual (CF, artigo 22, VIII). Extrapolação da competência concorrente prevista no inciso V do artigo 24 da Carta da República, por haver norma federal regulando a questão.

STF. Tribunal Pleno. ADI 2656/SP. Rel. Min. Mauricio Corrêa DJ: 01/08/2003.

Decisões históricas na Corte de Cassação da Itália, nas esferas cível e criminal, reconheceram a responsabilidade civil e penal dos empresários e das sociedades exploradoras daquele ramo de atividade. A empresa multinacional Eternit (além dos seus sócios e dirigentes), foi a primeira a sofrer condenação sistemática pela exposição prolongada de seus trabalhadores ao amianto, em todas as suas variáveis físico-químicas. O raciocínio da Corte de Cassação da Itália, em suas diferentes Seções, não se lastreou na teoria do risco de desenvolvimento como causa excludente do nexo de causalidade; pelo contrário, negou a aplicação da teoria no campo previdenciário para reconhecer a objetivação da responsabilidade civil e, no campo penal, enveredou pela questão da saúde pública e ofensa aos direitos previdenciários dos trabalhadores italianos, notadamente pela falta de EPI - equipamentos de proteção individual (máscaras), reconhecendo a imputação penal

objetiva, consoante trechos de algumas decisões consultadas:

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - QUARTA SEZIONE PENALE (...) OSSERVA. Sentenza: N. 37089 del 30/09/2008. Oggetto: tumori da amianto e colpa. Fonte: Cassazione Penale. Estensore: Licari.

Con sentenza del 17/11/2006, la Corte di Appello di Brescia, in accoglimento dell'appello proposto da Passerini Guglielmo e Lo Cicero Luigi, imputati ritenuti colpevoli dal G.I.P. del Tribunale della stessa città del reato di omicidio colposo in pregiudizio di Passini Gian Battista, dipendente della ditta "Iseo-Gomma s.a.s." della quale erano legali-rappresentanti ed amministratori, ha pronunciato l'assoluzione degli stessi con la formula "perché il fatto non costituisce reato", avendo ritenuto insussistente la componente soggettiva del reato loro contestato. Ciò, sulla base della considerazione che, all'epoca in cui (e, precisamente, dal 1969 al 1971) la persona offesa aveva lavorato alle dipendenze della predetta ditta, non erano scientificamente accertate e conosciute le conseguenze che sull'insorgenza e lo sviluppo di patologie tumorali potevano derivare dall'inalazione ed assimilazione di polveri di amianto anche a bassa concentrazione. In difetto del requisito della prevedibilità di quei perniciosi effetti, che della colpa

costituisce uno degli elementi costitutivi, i giudici di secondo grado hanno ritenuto, in definitiva, corretto mandare assolti gli imputati con la indicata formula. Avverso tale decisione ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Brescia, denunciando l'erronea interpretazione dell'articolo 43 c.p. e dell'art. 21 del D.P.R. 19/3/1956 n. 303, nonché difetto della motivazione, sulla scorta del rilievo che, una volta verificata, come era avvenuto nel caso in esame, la mancata adozione della cautela prescritta specificamente dalla contestata nonna di cui all'art 21 del citato D.P.R. n.303, secondo cui è obbligo del datore di lavoro di adottare le misure atte ad evitare la respirazione di polveri insalubri sul luogo di lavoro, non era necessario, ai fini dell'integrazione dell'elemento psicologico della colpa, che il medesimo datore di lavoro inadempiente si fosse specificamente prefigurato il peculiare rischio di causazione dei tumori.

Il rilievo censorio mosso alla sentenza impugnata dal P.G. è fondato. Sulla mancanza di una legge scientifica del tempo che dimostrasse la correlazione tra l'esposizione, ancorché non continuativa, alle polveri di amianto ed il rischio di causazione di affezioni tumorali, si fonda sostanzialmente la sentenza impugnata, la quale è giunta alla ulteriore conclusione di escludere la necessità da parte dei due

imputati, nella qualità di datori di lavoro della persona offesa, della predisposizione di misure protettive mirate alla prevenzione di quelle patologie.

Colgono allora nel segno le censure formulate dal P.G. ricorrente, giacché l'art. 21 del D.P.R. n. 303 del 1956, all'epoca vigente, prescriveva l'obbligo per i datori di lavoro di adottare tutti gli 1. accorgimenti idonei ad evitare l'inalazione di polveri insalubri nell'ambiente di lavoro, mentre nella fattispecie, come accertato, nessuna cautela protettiva delle vie respiratorie era stata approntata tra quelle previste dalla norma suddetta e dall'art. 4, lett. c), d), della cui violazione era stato fatto carico agli imputati nel capo di imputazione.

Con giusta e fondata ragione il RG. ricorrente ha osservato che, ai fini dell'integrazione dell'elemento della colpa, non era necessario che gli imputati si fossero specificamente prefigurati il rischio di insorgenza di tumori, essendo sufficiente la consapevolezza e, quindi, la prevedibilità della generale nocività della respirazione delle polveri originate dall'attività lavorativa svolta dal Passini senza fare uso di mascherina respiratoria alle "presse" della ditta "Iseo-Gomme", a prescindere dal grado di lesività delle polveri stesse, le quali normalmente erano rilasciate nell'ambiente di lavoro nel corso della sostituzione, a cui provvedeva la stessa persona offesa

con cadenza mensile, dei cartoni di amianto usurati con altri nuovi ritagliati al momento (facendo uso, addirittura, di pistola ad aria compressa per liberare il piano di lavoro dalle polveri). Ne consegue, al contrario di quanto erroneamente divisato dai giudici di appello in tema di elemento psicologico del reato, la piena applicabilità della norma cautelare citata ed il correlato radicamento della colpa in forma specifica in capo agli imputati, nella loro qualità contestata nel capo di imputazione. A rimediare all'individuato errore interpretativo provvederà altra Sezione della Corte di Appello di Brescia, cui gli atti vanno trasmessi per nuovo esame dell'impugnazione proposta nell'interesse degli imputati avverso la sentenza di condanna di primo grado nei loro confronti emessa. P.Q.M. Annulla la sentenza impugnata con rinvio ad altra Sezione della Corte di Appello di Brescia per nuovo esame. Così deciso, in Roma, all'udienza pubblica del giorno 3 Luglio 2008.

Disponível em <http://www.ispesl.it>. Aceso em 20/11/2011.

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE LAVORO - Sentenza 24 maggio - 11 luglio 2011, n. 15156. (Presidente Vidiri - Relatore Zappia)

Fatto: Con ricorso al Tribunale, giudice dellavoro, di Torino, depositato in data 16.11.2004, T. M. L. e D. L. G. R., nella qualità di eredi di D. F. G., premesso che il loro dante causa aveva prestato a decorrere dal febbraio 1975 attività lavorativa presso la B. Uno s.r.l. e presso la S. e M. B. s.p.a., società che avevano l'appalto per la verniciatura di tubazioni ed apparecchiature in ferro all'interno dello stabilimento F. (ora A.) di Settimo Torinese, svolgendo le mansioni di verniciatore consistenti nel ripulire dalla ruggine e nel verniciare tali tubazioni ed apparecchiature mediante l'utilizzo di pennelli e pistola a spruzzo nonché vernici alla nitro ed epossidiche con solventi vari, lamentavano che lo stesso aveva contratto in conseguenza dell'attività suddetta un carcinoma polmonare sinistro, il quale aveva poi costituito causa del decesso; posto ciò, rilevato che l'Inail aveva riconosciuto la natura professionale di tale malattia, chiedevano la condanna delle società sopra indicate al risarcimento del danno biologico, morale ed esistenziale subito dal loro dante causa. Istauratosi il contraddittorio i convenuti contestavano quanto dedotto dai ricorrenti sia in ordine alla esposizione del D. al rischio di inalazione di polvere di amianto o ad altri rischi, sia in ordine al nesso di

causalità fra l'attività svolta e la patologia manifestatasi. Entrambe le società rilevavano altresì che l'eventuale rischio era non specifico ma ambientale, e la riferibilità dello stesso era da imputare ad altri soggetti, e segnatamente alla F. (poi A.) committente dei lavori di verniciatura, ed alla M., esecutrice dei lavori sulle strutture; chiedevano pertanto di essere autorizzate a chiamare in giudizio le società predette per l'espletamento del diritto di rivalsa in ordine alle domande formulate dalle ricorrenti. La B. Uno s.r.l. chiedeva altresì di essere autorizzata a chiamare in giudizio la compagnia assicuratrice W., successivamente trasformata in Aurora Assicurazioni s.p.a., pervenire dalla medesima manlevata. Con ordinanza in data 7.5.2005 il Tribunale, mentre autorizzava la chiamata in giudizio della Aurora Assicurazioni s.p.a. da parte della B. Uno s.r.l., respingeva le istanze di entrambe le convenute per la chiamata in giudizio della A., già F., e della M. Quindi, disposta ed espletata consulenza medico legale, al termine della compiuta istruttoria, con sentenza n. 4977 del 15.9 / 25.11.2006, il Tribunale adito rigettava le domande delle ricorrenti ritenendo non provato il nesso di derivazione eziologica fra l'attività svolta dal D. e la patologia denunciata.(...)

Diritto. (...) D'altronde la illegittimità del diniego frapposto dal giudice di primo grado appariva tanto più significativa, ove si osservi che il nuovo testo dell'art. 269 c.p.c, norma di carattere generale applicabile anche nel rito del lavoro e che condizionava la previsione di cui all'art. 420 c.p.c, toglieva ogni discrezionalità al giudice istruttore circa la chiamata del terzo, la cui iniziativa era rimessa ormai alla scelta della parte interessata. Ed osserva altresì, ai fini della ammissibilità dell'impugnazione, che non poteva essere opposta la inosservanza dell'art. 436 epe, perché la memoria di costituzione dell'appellata era stata depositata nel termine previsto dalla legge, a nulla rilevando che la stessa non fosse stata notificata, avendo la Corte di cassazione previsto che in tal caso il giudice d'appello deve concedere all'appellante incidentale nuovo termine per la notificazione (Cass. sez. III, 22.5.2007 n. 11888; Cass. sez. III, 16236/05; Cass. sez. lav., 14592/04). (...)

In particolare rileva che la Corte territoriale, tralasciando di pronunciarsi sulla specifica eccezione sollevata dalla società appellata, aveva omesso di estendere la propria indagine alla incidenza del rischio di fumo, al quale il

lavoratore si era volontariamente esposto per tutta la vita, sul processo causale della neoplasia polmonare; e tale omissione era assolutamente ingiustificata anche in considerazione del fatto che il concorso della vittima (e la misura dello stesso) condizionavano la pronuncia sull'azione risarcitoria proposta. Ed in proposito rileva che le appellanti, nel gravame proposto avverso la sentenza di primo grado, avevano criticato tale decisione solo sotto il profilo della ritenuta inesistenza del nesso causale con il rischio amianto, mentre nessuna censura avevano svolto avverso la rilevata riconducibilità della patologia in questione all'abitudine massiccia al fumo, di talché sul punto si era formato il giudicato. Col terzo motivo del ricorso principale la società ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 c.c., 40 e 41 c.p.; omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione circa fatti controversi e decisivi per il giudizio; con riferimento all'art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c. In particolare rileva che la Corte territoriale non aveva adeguatamente attenzionato quanto evidenziato dal primo giudice circa la mancanza di prova adeguata in ordine al nesso causale tra l'esposizione del D. alle polveri di amianto e la neoplasia insorta, essendosi

limitata a ritenere l'esistenza di tale nesso causale sulla base esclusivamente della successione cronologica dei fatti evidenziati; e pertanto non aveva valutato l'incidenza del fatto "fumo" e non aveva accertato la potenzialità lesiva dei rischi connessi all'attività lavorativa svolta, posto che non aveva considerato i tempi ed i modi della esposizione del D. al rischio ambientale, avendo sul punto fatto riferimento ad una prova testimoniale imprecisa che non consentiva di colmare le lacune sul punto (e segnatamente sulla entità e dimensione del rischio collegato all'ambiente di lavoro). (...) Pertanto nel caso di specie, trattandosi di rapporto lavorativo intercorso negli anni correnti tra il 1975 ed il 1986, avrebbe dovuto accertarsi, alla stregua delle disposizioni codicistiche suddette, quali adempimenti erano possibili e quale diligenza (media) doveva essere adottata, alla stregua delle normative vigenti e delle cognizioni possibili in quel tempo. Per contro la sentenza impugnata nulla diceva sui criteri legislativi di valutazione dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali, né aveva in alcun modo tenuto conto della mancanza di comunicazione da parte della A. ex F. e della M. sulla esistenza di particolari rischi nell'ambiente frequentato dai

dependenti della società. Col ricorso
incidentale proposto le intime lamentano
violazione degli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c. (art.
360, n. 3, c.p.c.). (...) Ed hanno altresì
evidenziato che "per di più osta a che venga
adottata nella problematica in oggetto una
soluzione che, in violazione del principio della
"ragionevole durata del processo" - e con
riflessi di indubbia incoerenza dell'intero
sistema processuale - finisce per penalizzare
rispetto al processo ordinario il rito del lavoro
con un ingiustificato allungamento dei tempi
di giustizia con contestuale disapplicazione dei
principi chiovendani della oralità,
concentrazione ed immediatezza, che hanno
inspirato il legislatore del 1973 e che
caratterizzano il processo cadenzando i tempi
del giudizio su un reticolato di preclusioni e di
decadenze, sicuramente più rigido e severo di
quello riscontrabile nel giudizio ordinario"
(Cass. SS.UU. 20604/08). Il motivo non può
pertanto trovare accoglimento. (...) Sul punto
deve rilevarsi la genericità del motivo alla
stregua del quale la Corte di merito avrebbe
omesso di considerare che l'apprezzamento
della responsabilità del debitore deve avvenire,
anche nelle ipotesi regolate dall'art. 2087 c.c.,
nei rispetto delle norme generali
sull'adempimento delle obbligazioni, contenute

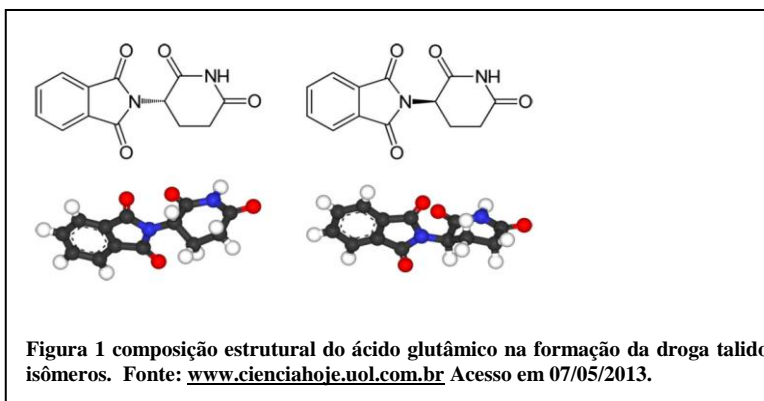
negli artt. 1176 e 1218 cc, che prevedono il dovere della diligenza media e l'esimente della impossibilità per causa non imputabile al debitore. (..) Ricorrono giusti motivi, stante il rigetto del ricorso principale e la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale, e considerata altresì la particolare controvertibilità della materia, per compensare tra le parti le spese relative al presente giudizio di cassazione. Nessuna statuizione in materia di spese va adottata nei confronti della B. Uno s.r.l. e della Aurora Assicurazioni s.p.a., non avendo le stesse svolto attività difensiva. P.Q.M. Riunisce i ricorsi; rigetta il ricorso principale, dichiara inammissibile l'incidentale; compensa le spese del giudizio di cassazione tra la ricorrente principale ed i ricorrenti incidentali; nulla per le spese nei confronti della B. Uno s.r.l. e della Aurora Assicurazioni. Disponivel em <http://www.altalex.com> Acesso em 20/11/2011.

3.2. A talidomida.

A droga talidomida foi aprovada na Alemanha, após testes no laboratório Ghemie

Günenthal, objetivando diminuir o enjôo e outros fatores nas mulheres grávidas.

No Brasil, como em inúmeros países (cerca de 146) foi comercializada em 1958 e, pouco tempo depois (entre 1960 e 1962) a comunidade médica é questionada do nascimento de crianças com atrofia nos braços, mãos, pernas e pés ou completa ausência de tais partes do corpo.



Acordos indenizatórios foram celebrados entre os laboratórios e os governos dos países importadores da droga, no sentido de custear pensões por incapacidade, tendo o Brasil

reconhecido a responsabilidade civil da União e regulamentado o sistema indenizatório geral por intermédio da Lei n. 7.070/1982, registrando-se que inúmeras lides foram levadas à Justiça Federal para o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário:

Art 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida" que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

§ 1º - O valor da pensão especial, reajustável a cada ano posterior à data da concessão segundo o índice de Variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional ORTN, será calculado, em função dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física, à razão, cada um, de metade do maior salário mínimo vigente no País.

§ 2º - Quanto à natureza, a dependência compreenderá a incapacidade para o trabalho, para a deambulação, para a higiene pessoal e

para a própria alimentação, atribuindo-se a cada uma 1 (um) ou 2 (dois) pontos, respectivamente, conforme seja o seu grau parcial ou total.

Art 2º - A percepção do benefício de que trata esta Lei dependerá unicamente da apresentação de atestado médico comprobatório das condições constantes do artigo anterior, passado por junta médica oficial para esse fim constituída pelo Instituto Nacional de Previdência Social, sem qualquer ônus para os interessados.

Posteriormente, a Lei n. 12.190/2010 adotou o sistema de indenização por tarificação montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), multiplicado pelo grau de dependência das deformidades físicas resultantes:

Art. 1º É concedida indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, que consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física

(§1º do art. 1º da Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982).

Art. 2º Sobre a indenização prevista no art. 1º não incidirá o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza.

Art. 3º O art. 3º da Lei nº 7.070, de 1982, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º A pensão especial de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com rendimento ou indenização que, a qualquer título, venha a ser pago pela União a seus beneficiários, salvo a indenização por dano moral concedida por lei específica.

Diversos julgados foram elaborados reiterando a responsabilidade estatal objetiva quando da ausência ou precariedade de fiscalização quanto ao ingresso da droga no Brasil:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DEFORMIDADES FÍSICAS EM RAZÃO DO USO, PELA GENITORA, DE MEDICAMENTO CONTENDO TALIDOMIDA. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 1º, 2º, 267, IV, 295, III, 468, 522, DO CPC E 159 E 1518, DO ANTIGO CÓDIGO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO.

AUSÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MERO INCONFORMISMO DA PARTE. ARTS. 47 E 77, III, DO CPC E 896, DA LEI MATERIAL CIVIL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 70, III, CPC. DENUNCIÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE, NO CASO.

I - Ressentindo-se os arts. 1º, 2º, 267, IV, 295, III, 468, 522, do CPC e 159 e 1518, do antigo Código Civil, do indispensável requisito do prequestionamento, apesar da oposição do recurso aclaratório, incide, na espécie, o óbice das Súmulas 282 e 356, do STF e 211, desta Corte.

II - Diz o art. 896, do Código Civil: "A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes." Não se pode considerar tenha a Lei 7.070, de 20 de fevereiro de 1982, estabelecido uma relação de solidariedade entre o laboratório demandado e a União, vez que se trata de lei previdenciária e que, por seu conteúdo, não determina ser essa responsável, direta ou indiretamente, pelos danos causados aos beneficiários.

III - A mera circunstância de a União Federal, por meio do Ministério da Saúde, haver concedido ao laboratório réu licença para

comercialização do remédio desastroso e nocivo, não gera, só por isso, o direito de regresso contra a Fazenda Nacional, ao pálio da denominada responsabilidade objetiva. A licença de fabricação e comercialização, em tais casos, concedida à vista das informações de pesquisa fornecidas pelo próprio laboratório e, assim, a via regressiva corresponderá a venire contra factum proprium.

IV – A cláusula constante da transação judicial, efetivada em demanda anterior, que supostamente autorizaria a denúncia da lide, possui caráter eminentemente restritivo àquela demanda, não sendo permitido estender a sua aplicação a toda e qualquer ação promovida contra o réu.

V – Recurso especial não conhecido.

STJ. 3ª Turma. RESP. 60.129. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJ: 16/11/2004.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. SÍNDROME DA TALIDOMIDA. PRESCRIÇÃO. FUNDO DE DIREITO. PENSÃO VITALÍCIA. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. Não se conhece do recurso especial por suposta divergência jurisprudencial quando o acórdão apontado como paradigma não guarda qualquer similitude fática e jurídica com o aresto impugnado.

2. O direito a pensão vitalícia às vítimas da síndrome da talidomida, previsto na Lei 7.070/82, deve ser considerado como prestação de trato sucessivo, com incidência da prescrição quinquenal apenas em relação às prestações anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação (Decreto 20.910/32).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

STJ. 1ª Turma. RESP. 443.869 Turma. Rel. Min. Denise Arruda. DJ: 24/04/2006.

ADMINISTRATIVO E CIVIL. REPARAÇÃO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SÍNDROME DA TALIDOMIDA. LEIS 7070/82 E 12190/2010. DIREITOS DA PERSONALIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. Cuida-se de apelação e remessa obrigatória de sentença que julgou procedente o pedido, condenando a União a pagar ao autor indenização por danos morais, em virtude de ser portador da "Síndrome da Talidomida", no

valor de R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais). Ainda foi determinada a incidência de juros demora, a partir da citação, e de correção monetária, desde o arbitramento, nos termos da Súmula 362, do STJ, ambos nos moldes do art. 1º-F, da Lei nº 9494/97, com da redação dada pela Lei nº 11960/2009. 2. Não há dúvida de que as deformidades e limitações decorrentes do uso da talidomida afetam diretamente os direitos da personalidade (imagem, intimidade, etc.), que são direitos considerados essenciais ao ser humano. Sobre essa espécie de direitos, o e. STJ já decidiu, de forma reiterada, "que a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/1932 é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos da personalidade, que são imprescritíveis". (AGRESP 200800132257, Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda turma, DJE de 09/03/2009). Portanto, não se aplica, nesses casos, nem o prazo prescricional previsto no Código Civil nem aquele estabelecido no Decreto nº 20910/32, rejeitando-se, assim, a prejudicial de prescrição. 3. Foi realizado exame pericial no autor, durante o curso do processo, tendo a médica indicada pelo juízo concluído ter o autor seqüelas decorrentes do uso, por sua

mãe, da droga talidomida (CID 10 Q 71.8). A perita médica afirmou que o autor é portador da Síndrome da Talidomida e tem deficiência na acuidade visual. Atestou que ele tem "limitação severa em toda cintura escapular com atrofia generalizada dessa musculatura, não faz os movimentos de rotação e abdução dos membros superiores, apresenta inserção baixa do peitoral menor, artrose de punhos e mãos com deformidade severa em coluna vertebral". Ainda asseverou não ser ele capaz de ter uma vida laboral como qualquer outra pessoa, em razão das patologias apresentadas que o impedem de exercer qualquer atividade que não seja ajudado por terceiros. A médica perita também concluiu que o "periciando apresenta seqüelas definitivas e não há possibilidade de cura". 4. Partindo-se da premissa de que as informações colhidas pelo perito judicial são imparciais e, portanto, eqüidistantes das partes e que, por isso, gozam de fé pública, somente podendo ser ilididas por provas em contrário, o que não ocorreu nos autos, há que se acolher o laudo oficial que concluiu ser o autor portador da "Síndrome da Talidomida". 5. O fato de não ter havido comprovação efetiva do uso da talidomida pela genitora do autor não impediu as conclusões

da perita, uma vez que ela se baseou em outros critérios bastante decisivos, tais como: o fato dessas deformidades apresentadas pelo demandante se inserirem nos quadros de deformidades típicas do uso dessa substância e a data do nascimento dele, já que essa droga foi bastante usada no Brasil entre os anos de 1957 a 1965. 6. Quanto ao valor indenizatório, duas leis regulam essa situação: a Lei nº 7070/82 e a Lei nº 12190/2010. A primeira reconheceu o direito à pensão especial para os deficientes físicos que especifica, a exemplo dos portadores da "Síndrome de Talidomida"; enquanto a segunda reconheceu o direito das pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida à indenização por danos morais, fazendo remissão à Lei nº 7070/82. 7. O art. 1º, da Lei nº 12190/2010 consignou o critério a ser adotado para o pagamento dessa indenização. Segundo tal dispositivo legal, o valor será de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau de dependência resultante da deformidade física. 8. No caso em destaque, como informado no laudo pericial, a soma desses pontos atribuídos ao demandante totalizou 7 (sete) que, por sua

vez, multiplicado por R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), dá origem a uma indenização correspondente a R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) a ser paga ao postulante. Sobre o valor devido incidirão juros de mora e correção monetária nos moldes previstos na sentença. Apelação e remessa obrigatória improvidas.

TRF5. 1ª Turma. ARN. 20.579. Rel. Des. Federal José M. Lucena. DJ: 29/11/2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, percebemos que a busca incessante por novas técnicas na indústria farmacêutica, alimentícia, beligerante, cosmética, de nanotecnologia, dentre outros setores empresariais, ainda não encontrou freios de caráter ético ou humanitário e que a ausência de critérios rígidos para o seu controle ou mesmo a substituição por técnicas com menor potencial lesivo traçam um perfil de um Estado ainda omissivo, despreocupado com políticas públicas de saúde e acesso ao direito inalienável da informação, ainda que adote políticas

compensatórias como a espelhada na recente Lei Complementar n. 142/2013, quando é reduzido o tempo de serviço para a aposentadoria das pessoas com necessidades especiais.

REFERÊNCIAS.

AISS – Associação Internacional da Seguridade Social. Amianto: Rumo ao banimento global. Genebra, 2006.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. (orgs.). Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2010.

DELFINO, Lúcio. Responsabilidade Civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. O lugar do Direito na proteção do ambiente. Coimbra: Almedina, 2007.

LOPES, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da

responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTERO, Etienne. La responsabilité civile du fait des bases de données. Namur: Presses Universitaires de Namur, 1998.

THOUROT, Patrick. Le risque de développement. Disponível em http://www.scor.com/images/stories/pdf/scorpapers/scorpapers11_fr.pdf. Acesso em 20/11/2011.