

Trata-se de acórdão proferido nos autos da Apelação nº 9162417-63.2008.8.26.0000, pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, com votação unânime pelo provimento parcial do recurso.

A apelação foi apresentada pela SCHERING DO BRASIL QUIMICA E FARMACÊUTICA LTDA, contra sentença que a condenou a indenizar a autora por danos materiais e morais.

O acórdão está assim ementado:

PÍLULA ANTICONCEPCIONAL INEFICAZ (PLACEBO). DANOS MATERIAIS E MORAIS. A RELAÇÃO ENTRE AS PARTES REGESE PELO DIREITO CONSUMERISTA. A FALTA DE VERIFICAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE POR PARTE DO CONSUMIDOR NÃO REVELA CULPA CONCORRENTE.

O caso remete ao problema enfrentado pela empresa Schering, com a distribuição no mercado consumidor de caixas do anticoncepcional Microvlar sem o princípio ativo (pílulas de farinha). Diversas consumidoras ficaram grávidas mesmo com o uso do medicamento, e acionaram a empresa em busca de indenizações.

Na sentença, a indenização foi assim fixada.

Pelos danos materiais, condenou a ré ao pagamento das despesas médicas e hospitalares com o parto, vestuário, mobiliário, plano de saúde (arbitrado em meio salário mínimo) e pensão para a criança (dois salários mínimos, a serem pagos do nascimento à maioridade), e ao reembolso do valor pago pelo medicamento ineficaz (R\$ 2,90). Pelos danos morais, fixou indenização em R\$ 38.000,00. Impôs à ré o pagamento das custas e despesas processuais e de honorários de advogado, fixados em 20% do valor da causa.

De acordo com o histórico dos fatos, a Apelante adquiriu uma nova máquina de embalagem de remédios. Para testar o seu funcionamento, embalou diversas caixas do anticoncepcional Microvlar sem o princípio ativo, esse produto, inócuo, é conhecido também como placebo.

Tais produtos, ainda que inócuos e destinados a descarte, foram devidamente embalados, com bula e todas as características de um medicamento comum. As diferenças residiriam em pequenas alterações estéticas na caixa do produto e os números do lote e data de validade eram todos iguais.

Por algum motivo até hoje desconhecido, parte do lote de placebos produzidos foi distribuída no mercado.

A análise do presente caso desafia o conceito clássico de responsabilidade civil, pois não existem provas irrefutáveis do nexo de causalidade entre a gravidez da Autora e a conduta da Ré.

Em verdade, toda a questão probatória dos autos merece análise.

Dentre as questões a serem definidas no processo, a primeira era auferir se a Autora era usuária do anticoncepcional e se havia adquirido um medicamento do lote tido como ineficiente.

Neste ponto, surge a primeira questão relevante quanto ao Direito do Consumidor. Pelas regras do Código de Processo Civil, o ônus da prova seria da Autora, que deveria provar a utilização do anticoncepcional do lote defeituoso.

A Autora não mais dispunha da cartela ou caixa do medicamento e não havia meios de provar suas alegações. No entanto, por se tratar de uma relação de consumo, devem ser aplicadas as regras relativas ao ônus da prova previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Das excludentes de responsabilidade

Em primeiro lugar, cumpre avaliar se o caso é uma relação de consumo, haja vista que a Ré alegou a ausência de relação de consumo.

De acordo com a Ré, o lote de placebos não foi fabricado para consumo. Tratava-se de um teste de uma nova máquina da linha de produção, sendo que o

lote produzido deveria ser destruído, mas foi colocado no mercado de maneira irregular, sem o conhecimento da empresa.

Nesta hipótese seria aplicado o art. 12, §3º do CDC, que assim reza:

O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

A outra justificativa para a ausência da relação de consumo seria a falta de prova de que a Autora havia adquirido uma das caixas do medicamento do lote defeituoso.

As duas alegações demandam, ao menos em princípio, atividade probatória da Ré e da Autora respectivamente.

No tocante à alegada excludente, de acordo com **ZELMO DENARI**:

Os exemplos mais nítidos da causa excludente prevista no inc. I seriam aqueles relacionados com o furto ou roubo de produto defeituoso estocado no estabelecimento ou com a usurpação do nome, marca ou signo distintivo, cuidando-se, nesta última hipótese, da falsificação do produto. Da mesma sorte, pode ocorrer que, em função do vício de qualidade, o produto defeituoso tenha sido apreendido pela administração e, posteriormente, à revelia do fornecedor, tenha sido introduzido no mercado de consumo, circunstância esta eximente da sua responsabilidade¹.

A configuração da excludente, portanto, demanda a inexistência de ato ou omissão do fornecedor que possa ter causado a introdução do produto no mercado. Optar por centrar o foco da exclusão na conduta do fornecedor, não apenas faz sentido no conceito de responsabilidade, mas servirá para a incalculável quantidade de possibilidades de situações que possam ocorrer no dia a dia.

Conforme **MARCUS VINICIUS FERNANDES ANDRADE E SILVA**:

¹ Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto., 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1999, Pág. 165.

A não colocação do produto no mercado de consumo possui aspectos interessantes. Como saber se o produto já está no mercado de consumo, se o fornecedor realmente já o lançou no mercado? O questionamento é interessante para saber até como se dará a responsabilidade. Não é raro se ver cargas de produtos ainda não finalizados que são enviadas de um estabelecimento a outro para determinados acabamentos, e neste intervalo são furtadas ou roubadas e entram irregularmente no mercado de consumo. Um simples acidente ou tombamento de caminhões de cargas em rodovias também pode gerar a entrada de um produto no mercado que ainda não está finalizado ou tesado. Há ainda a questão de falsificações de produtos, os “piratas” que podem gerar danos direto ao consumidor.²

Dessa forma, caberia à Ré provar que tomou todas as devidas providências no sentido de que o lote de produtos criados para teste não fosse colocado no mercado ou fosse destruído.

Essa prova não foi efetuada pela Ré. O acórdão afastou a alegação da excludente justamente pela ausência de prova nesse sentido. Vide trecho:

E ainda que se tratasse de caso de responsabilidade subjetiva, ainda assim seria a Schering responsável, pois se houve com culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Sinal de excludentes de responsabilidade não há. Não tomou a empresa providências para que os placebos ficassem a salvo de destinações outras que não a incineração. Seu descuidoso proceder deu ensejo a que outrem (seus empregados, empregados da empresa contratada para o descarte, terceiros pouco importa) as desviasse.

A outra possível excludente do art. 12, prevista no inciso III, atribui a culpa pelo dano ao consumidor ou terceiro.

A Ré alegou que a culpa pelo dano deveria ser atribuída ao farmacêutico, que não atentou aos detalhes do medicamento que permitiriam saber que não eram destinados ao mercado consumidor.

² Comentários ao Código de Defesa do Consumidor; Marcelo Gomes Sodré, Fabíola Meira, Patrícia Caldeira (coordenadores), 1ª ed, São Paulo, Editora Verbatim, 2009, Pág. 109.

O lote de produtos sem o princípio ativo continham nos locais destinados aos números do lote e validade, números repetidos. Portanto, caberia ao farmacêutico e até a consumidora, o cuidado de verificar tais números e perceber que não deveriam ser consumidos.

No entanto, para que se configure essa excludente, a culpa do consumidor e do farmacêutico devem ser exclusivas, ou seja, determinantes para que o dano ocorra.

Conforme apontado na decisão, eventual falha do farmacêutico no dever de verificar a numeração do lote e validade do produto, não exclui ou elide a responsabilidade da empresa.

Assim, não há por que responsabilizar exclusivamente o farmacêutico que vendeu as cartelas à autora, pois entre a conduta da ré (negligência no armazenamento e descarte do produto viciado) e o dano da consumidora (gravidez indesejada) há nexos de causalidade. Nada alteraria semelhante estado de coisas. Nem sequer a comprovação de que o farmacêutico teria adquirido mercadorias de maneira escusa, em descumprimento de deveres profissionais.

Igualmente quanto à consumidora, não se pode alegar que se trata de culpa exclusiva sua a não verificação dos números na embalagem. Seja pelo fato de não ser conduta exigível, como também o dano adveio da falta do princípio ativo no medicamento e não dos números da embalagem.

Se o medicamento contivesse o princípio ativo, os números do lote e validade seriam totalmente irrelevantes e a gravidez não ocorreria.

Difícil enxergar o mais leve sinal de culpa concorrente da consumidora. Não é razoável exigir que, pelos inusitados algarismos, vá descobrir o consumidor que aquele lote é de produto ineficaz, destinado a testes. A falta de verificação da data de validade não é tomada como quebra dos deveres de cuidado; até porque o cerne da discussão não está na data da validade do medicamento; está, repita-se, na sua ineficácia.

Portanto, a Ré não conseguiu provar nenhuma das excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor.

Do ônus da prova

Entretanto, a análise do conjunto probatório do caso demonstra a importância das previsões do CDC.

O ônus da prova foi invertido no caso, haja vista a hipossuficiência da consumidora, mas também a verossimilhança das alegações. A autora apresentou uma série de indícios que carregaram substância às suas alegações.

No magistério de **ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA:**

A verossimilhança a que alude a primeira hipótese se caracteriza pela forte probabilidade de que a alegação seja verdadeira, na conformidade das regras da experiência comum, de modo a justificar a formação de presunção judicial do fato alegado. À falta de prova que demonstre a inexistência de fato presumido prevalece a presunção. Nesse caso, portanto, não há, propriamente inversão do ônus da prova, nem ocorre inovação no ordenamento jurídico vislumbrando-se apenas “propósitos didáticos” na disposição legal.³

A consumidora não provou que havia comprado um produto do lote defeituoso.

Entretanto, para provar que havia feito uso do medicamento comprovou a orientação médica para uso da Microvlar e que já havia adquirido esse produto anteriormente.

Além disso, a data da concepção de seu filho coincide com a o período em que os produtos foram colocados no mercado.

A prudência demonstrada no caso revela-se como a correta aplicação das regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, para a elucidação do fato probando e solução da lide.

“Tais critérios, porém, verossimilhança ou hipossuficiência, não são adequados para determinar a inversão. **O que deve nortear o juiz é a verificação de quem pode mais facilmente fazer a prova, cuidando, também, para que a inversão não**

³ Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. IV, Rio de Janeiro, Forense, 2008, Pág. 23/24.

torne a prova impossível, provocando um prejulgamento da causa⁴ (grifos apostos).

A Consumidora apresentou as provas que dispunha, tornando sua alegação verossímil. A fornecedora dispõe de maior capacidade de elucidação dos fatos, pois é a fabricante do produto, logo detém a tecnologia e conhecimento para esclarecer qualquer questão técnica, bem como foi a responsável pela fabricação dos produtos sem o princípio ativo e foi responsável (ou deveria ter sido) pelo processo de destruição dos produtos, para que não fossem distribuídos no mercado.

Dessa forma, não há que se alegar pré-julgamento ou prejuízo para a fornecedora com a inversão do ônus da prova. Os fatos foram elucidados de maneira suficiente para que a decisão fosse tomada e a lide resolvida.

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 207.

Bibliografia

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. IV. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 6 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

LOPES, João Batista Lopes. *Curso de direito processual civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil I*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*, 8 ed., vol 2, São Paulo, RT, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.