

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Renata Maurenre Rodrigues

**A Aplicabilidade da Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva
aos Profissionais Liberais**

**Juiz de Fora
2014**

Renata Maurente Rodrigues

**A Aplicabilidade da Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva
aos Profissionais Liberais**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, sob orientação da Professora Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2014

Renata Maurenre Rodrigues

**A Aplicabilidade da Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva
aos Profissionais Liberais**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, sob orientação da Professora Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Aprovada em 11/12/2014.

BANCA EXAMINADORA

Professora Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles – Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Fellipe Guerra David Reis
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Tatiana Paula da Cruz
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos que acompanharam minha trajetória: primeiramente à Deus, por me dado a benção de vencer mais esta etapa; à minha amada família por todo apoio e carinho; à minha orientadora, Prof^a. Dr^a. Raquel Bellini de Oliveira Salles, pela dedicação, paciência e todos os ensinamentos transmitidos na elaboração do presente trabalho.

RESUMO

O presente trabalho busca enfrentar a possibilidade de aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 aos profissionais liberais. Parte da compreensão acerca do tratamento diferenciado de tais profissionais no Código de Defesa do Consumidor, que estabelece, em seu artigo 14, § 4º, responsabilidade subjetiva pelo fato do serviço, excepcionando a regra geral de responsabilidade objetiva estabelecida para os demais fornecedores. Questiona-se a ocorrência de um possível conflito normativo entre o dispositivo mencionado e a cláusula geral do código civil, tendo em vista a ampla tutela aos direitos do consumidor garantida pela Constituição Federal. Defende-se, assim, solução segundo a qual, quando preenchidos os pressupostos da cláusula, uma vez devidamente compreendido o conceito de atividade de risco e delimitados os seus critérios de aplicação, deve-se efetivar a tutela mais benéfica para o consumidor, sem, entretanto, desincentivar o exercício das atividades profissionais. Assim, para preservar os direitos básicos do consumidor, é necessário ampliar suas garantias, buscando a sua proteção no ordenamento jurídico, que é sistema dotado de unidade e coerência, tendo como centro de convergência a Constituição Federal.

Palavras-chave: profissional liberal; responsabilidade civil; atividade de risco; relação consumerista; unidade do ordenamento jurídico.

ABSTRACT

The present work aims at facing the possibility of applying the objective responsibility general clause read on the paragraph of article 927 of our 2002 Civil Code to liberal professionals. This begins with the understanding of the differentiated treatment of such professionals in our Consumer Protection Code, which establishes, on its article 14, §4º, subjective responsibility by facts of services provided, making an exception of the general rule of objective responsibility established for the further providers. It is put into question whether the occurrence of a possible normative conflict between the aforementioned rule and the general clause of the Civil Code is possible, considering the broad custody to consumer rights secured by our Federal Constitution. We stand up therefore for a solution according to which, in case of fulfillment of the clause's requisites, when the concept of risk activity and its appliance criteria are fully understood, the most beneficial custody to the consumer must be applied without, however, discouraging professional activities. Therefore, to preserve consumer basic rights, it is necessary to expand their assurance, seeking their protection by our law, a system which has unity and coherence, having as core our Federal Constitution.

Key- Words: liberal professional; civil responsibility; risk activity; consumer relations; unity of law

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 07 |
| 1. O REGIME ESPECIAL DA RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR | 09 |
| 1.1. Os profissionais liberais e a natureza de sua responsabilidade civil | 09 |
| 1.2. As razões para o tratamento diferenciado dos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor..... | 15 |
| 2. A CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR | 19 |
| 2.1. A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva e o conceito de atividade de risco..... | 19 |
| 2.2. A proteção constitucional dos direitos do consumidor..... | 24 |
| 3. A CONSTITUIÇÃO COMO GARANTIA DE UNIDADE E COERÊNCIA DO SISTEMA | 26 |
| 3.1. A unidade e coerência do sistema normativo e o conflito aparente de normas..... | 26 |
| 3.2. A aplicabilidade da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva aos profissionais liberais..... | 31 |
| CONCLUSÃO | 35 |
| REFERÊNCIAS | 37 |

INTRODUÇÃO

Com a evolução tecnológica e o desenvolvimento da ciência, as atividades profissionais são impelidas a acompanhar as mudanças, pois surgem diariamente novos produtos e técnicas operacionais no mercado. Com isso, o ordenamento jurídico deve adequar-se a tais transformações a fim de aprimorar seus mecanismos de tutela, sobretudo considerando-se o crescimento das relações de consumo e a ampliação do acesso à justiça, que vêm alargando sensivelmente o quantitativo de demandas judiciais contra profissionais dos mais variados setores.

O agravamento dos riscos dos serviços de um modo geral suscita a indagação acerca da natureza da responsabilidade civil dos profissionais liberais, ao quais se aplica o regime especial de responsabilidade subjetiva, que depende da prova de culpa (artigo 14, § 4º, Lei 8.078/90), diversamente de outros fornecedores, que respondem sempre objetivamente, tanto pelo vício quanto pelo fato do produto ou serviço.

Contudo, é preciso interpretar e aplicar a normativa consumerista de forma sempre atenta à unidade do sistema, buscando-se a articulação de normas especiais com outras que poderiam oferecer tutela mais ampla e protetiva ao consumidor, cujos direitos básicos integram o rol dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

Entretanto, existem profissionais que exercem habitualmente atividades de risco, mas não estão sob a égide da responsabilidade objetiva estabelecida pelo Código do Consumidor. Por outro lado, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil prevê a responsabilidade civil objetiva quando prevista em lei ou “quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar riscos para os direitos de outrem”. Nestes casos, o autor do dano responderá de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de a vítima provar que o mesmo agiu culposamente.

A indagação que se coloca no presente trabalho diz respeito à aplicabilidade da cláusula geral do código civil aos profissionais liberais que exercem atividade de risco, sendo necessário perquirir, para tanto, eventual conflito entre a norma geral e a regra especial, bem como as condicionantes para a aplicação, em concreto, da cláusula de responsabilidade objetiva mediante a compreensão do significado de atividade de risco.

O presente trabalho não tem por escopo adentrar a discussão, bastante corrente, a respeito da diferenciação entre obrigações de meio e de resultado, discussão esta adstrita ao

âmbito da responsabilidade subjetiva, eis que tangencia, apenas, a possibilidade ou não de inversão do ônus da prova da culpa. Pretende-se ir mais além, aprofundando o necessário debate acerca da própria natureza da responsabilidade dos profissionais liberais. Noutros termos, poderiam tais sujeitos responder objetivamente por danos decorrentes de suas atividades?

Para tanto, empreendeu-se uma pesquisa essencialmente teórica, com base em fontes doutrinárias e jurisprudenciais, buscando-se enfrentar o problema da natureza da responsabilidade dos profissionais liberais tendo em vista o imperativo de ampla tutela do consumidor e, ao mesmo tempo, as peculiaridades e a relevância dos serviços que prestam, que colocam ditos profissionais em situação especial comparativamente aos demais fornecedores.

O objetivo não é estabelecer uma solução que venha a desincentivar a prestação dos serviços profissionais, mas buscar a harmonização de interesses igualmente mercedores de tutela à luz da Constituição Federal, que, como vértice do ordenamento jurídico, garante a unidade e coerência do sistema.

1. O regime especial de responsabilidade dos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor

1.1. Os profissionais liberais e a natureza de sua responsabilidade civil

Profissionais liberais são trabalhadores que podem exercer com liberdade e autonomia a sua profissão, decorrente de formação técnica ou superior específica, legalmente reconhecida, advinda de estudos e de conhecimentos técnicos e científicos. O exercício de sua profissão pode ser dado com ou sem vínculo empregatício específico, mas sempre regulamentado por organismos fiscalizadores do exercício profissional. No entanto, não há consenso doutrinário quanto o conceito de profissionais liberais.

O estatuto da CNPL (Confederação Nacional das Profissões Liberais), em seu artigo 1º, § 1º, assim define o profissional liberal:

é aquele legalmente habilitado a prestação de serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente de vínculo da prestação de serviço.¹

Nesse mesmo sentido, Bruno Miragem entende por profissional liberal aquele que presta obrigação de caráter personalíssimo:

(...) não detendo, assim, estrutura complexa de fornecimento do serviço, em relação ao qual o interesse básico do consumidor estará vinculado conhecimento técnico especializado deste fornecedor. Como traços essenciais da atividade do profissional liberal encontram-se a ausência de subordinação com o tomador de serviços ou com terceira pessoa, e que realize na atividade o exercício permanente de uma profissão, em geral vinculada a conhecimentos técnicos especializados, inclusive com formação específica.²

Já para o professor Paulo Luiz Netto Lôbo deve-se entender por profissional liberal como “todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei ou pelo divisão social do trabalho”. Segundo o professor, nesse conceito estão abrangidas as profissões: regulamentadas ou não por lei; que exigem graduação universitária, ou apenas formação técnica; reconhecidas socialmente, até mesmo sem exigência de formação escolar.

No entanto, existem muitas dessas profissões regulamentadas no país para cujo exercício não é exigida formação universitária e nem mesmo técnica. Segundo informações da

¹ Estatuto da Confederação Nacional dos Profissionais Liberais. Disponível em: < <http://www.cnpl.org.br/novoportal/index.php>>. Acesso em: 28 out. 2014.

² MIRAGEM, Bruno, **Direito do Consumidor**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 298.

Confederação Nacional dos Profissionais Liberais são: autores teatrais, compositores musicais e escritores. Outras exigem pelo menos o nível técnico, entre elas os protéticos dentários, secretárias executivas, técnicos agrícolas, técnicos industriais e corretores de imóveis, entre outras.³

As profissões regulamentadas que a Confederação Nacional dos Profissionais Liberais representa hoje são: administradores, advogados, auditores, arquitetos, assistentes sociais, atuários, bibliotecários, biomédicos, biólogos, contabilistas, corretores de imóveis, economistas, enfermeiros, engenheiros, estatísticos, farmacêuticos, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionais, geógrafos, museólogos, fonoaudiólogos, geólogos, médicos, médicos veterinários, nutricionistas, odontologistas, psicólogos, químicos, relações públicas, sociólogos, técnicos agrícolas, técnicos industriais, técnicos em turismo, tradutores e intérpretes e zootecnistas.⁴

Todas essas profissões exigem diploma de nível universitário ou técnico (nível médio). É importante que se registre que, desde a promulgação da Constituição de 1988, e com a extinção da antiga Comissão de Enquadramento Sindical – CES ligada ao Ministério do Trabalho, muitas profissões reconhecidas e legalizadas posteriormente a 1988 não foram enquadradas na base da CNPL.⁵

Outros exemplos de profissões liberais são: agrônomo, zoólogos, analista de sistemas, arqueólogo, geólogo, geógrafo, botânico, ecólogo, bioquímico, químico, contador, autário, matemático, físico, geofísico, astrônomo, meteorologista, historiador, jornalista, relações públicas, repórter, sociólogo, antropólogo, cientista político, tradutor, intérprete, professor universitário, de pós-graduação, pesquisadores em geral, professor secundário, primário, de cursos livres, de línguas etc.

Quanto à sua natureza, a responsabilidade civil dos profissionais liberais, segundo Lôbo, é subdividida em negocial ou extranegocial:

É negocial, quando a prestação do serviço tiver origem em negócio jurídico unilateral ou em negócio jurídico bilateral, principalmente em contrato. É extranegocial quando o serviço prestado sem vínculo negocial direto entre o profissional liberal e o tomador dos serviços. Em ambas, a imputação ao profissional depende da existência de culpa.

É importante sublinhar essa dupla dimensão da responsabilidade dos profissionais liberais, porque a doutrina costuma localizá-la exclusivamente no contrato, no ilícito relativo. Todavia, a responsabilidade por ato ou omissão desses profissionais pode emergir de situações onde não há relação contratual, melhor qualificando-se como

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p. 52.

⁴ Disponível em: < <http://www.cnpl.org.br/novoportal/index.php>>. Acesso em: 28 out. 2014.

⁵ Idem.

ato ilícito absoluto ou de infração ao dever de todos de abstenção de lesar a pessoa ou o patrimônio de outrem. É o caso do profissional liberal, empregado de alguma empresa, que, nessa condição, danifica a pessoa (v.g. médico) ou seu patrimônio (v.g. engenheiro), enquanto prestava o serviço; é, também, o caso de omissão de socorro do profissional da saúde, cujo dever de solidariedade social é imposto pelo Direito.

No que respeita à responsabilidade negocial, a doutrina nem sempre aceitou a distinção entre as obrigações de meio e obrigações de resultado, para apuração da culpa e conseqüente imputabilidade do profissional. Em regra, o profissional liberal assume obrigação de meio, sendo excepcionais as obrigações de resultado. Na obrigação de meio, a contrariedade a direito reside na falta de diligência que se impõe ao profissional, considerado o estado da arte da técnica e da ciência, no momento da prestação do serviço (v.g., o advogado que comete inépcia profissional, causando prejuízo a seu cliente; o cirurgião que deixa no corpo do paciente elemento estranho).

O profissional não promete resultado, mas a utilização, com a máxima diligência possível, dos meios técnicos e científicos que são esperados de qualificação. Porém, nem sempre são os meios que interessa ao tomador de serviço, porque o resultado pode ser estabelecido em lei ou no negócio jurídico.⁶

Pelo exposto, o exercício da profissão pressupõe a realização de um negócio jurídico, em que há obrigação pactuada entre as partes, portanto, em regra, refere-se à responsabilidade civil contratual. Contudo, há casos excepcionais em que há responsabilidade civil extracontratual:

Não se pode olvidar que há, sem dúvida, certas profissões dotadas de função social, daí serem obrigações legais, de modo que o profissional responderá por elas tanto quanto pelas obrigações assumidas contratualmente. São hipóteses em que coincidem as duas responsabilidades – a contratual e a extracontratual – e o profissional deverá observar as normas reguladoras de seu ofício, umas por força de contrato e outras em virtude de lei. Mas, como a responsabilidade extracontratual só surge na ausência de um vínculo contratual, o inadimplemento da obrigação contratual e legal cairá, conforme o caso na órbita da responsabilidade contratual e não da delitual, ante a preponderância do elemento contratual.⁷

Há discussão doutrinária quanto ao modo de aplicação da responsabilidade civil na relação obrigacional que vincula o fornecedor de serviço, essa se subdivide em obrigação de meio e obrigação de resultado conforme a natureza do serviço prestado.

Em síntese, a obrigação de meio se refere a uma situação em que o devedor não tem responsabilidade pelo resultado final, porém empenha todas as diligências necessárias para alcançá-lo, mas não existe a obrigação de se conseguir o que é desejado. Já a obrigação de resultado o contratado assume o compromisso com um resultado em específico. Se o objetivo não é atingido de forma total ou parcial, o contratado passa a ser responsabilizado, para isso o lesado mostra a existência do contrato e prova a não obtenção do que foi prometido. Parte da doutrina defende que na obrigação de meio a culpa deve ser provada pelo

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p.542/543.

⁷ DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p.243

consumidor e na obrigação de resultado a culpa é presumida, devendo o profissional provar a ausência de sua culpabilidade. Contudo, para outros autores na obrigação de resultado a responsabilização dos profissionais deve ser objetiva.

Assim, por exemplo, Cavalieri Filho preceitua que a responsabilidade do profissional liberal, no que tange as obrigações de resultado, não subverte a regra da responsabilidade subjetiva, estabelecido aos profissionais liberais, de modo geral. Aduz, ao revés, que, nas obrigações de resultado, existirá uma presunção de culpa sobre o profissional liberal que realizou o serviço, utilizando-se da casuística inerente às cirurgias plásticas estéticas. Nesse sentido, portanto, o autor pondera que:

E como se justifica essa obrigação de resultado do médico em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código do Consumidor para os profissionais liberais? A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras de responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assume obrigação de meio; e as regras de responsabilidade subjetiva com culpa presumida no caso em que assumem obrigação de resultado.⁸

No mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo elenca particularmente os seguintes pontos: a) natureza da culpa; e b) ônus da prova da culpa.⁹

Assim, o autor conclui que a responsabilidade do profissional liberal por fato do serviço diretamente prestado ao consumidor depende de verificação de sua culpa, sem prejuízo da inversão do ônus da prova.¹⁰

Com o advento da produção em massa ocorreram inúmeras alterações nas relações de consumo, aumentando e ocorrendo novos danos decorrentes de produtos e serviços Cavalieri Filho salienta a importância da legislação consumerista para a proteção dos consumidores frente ao crescente número de danos a que foram expostos:

O Código de Defesa do Consumidor provocou uma verdadeira revolução no direito obrigacional, mormente no campo da responsabilidade civil, estabelecendo responsabilidade objetiva em todos os acidentes de consumo, quer decorrentes de fornecimentos de produtos (art.12) quer de serviços (art.14). A partir do Código do Consumidor podemos dividir a responsabilidade civil em duas grandes áreas – a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo.¹¹

Os conceitos de responsabilidade pelo fato do produto e responsabilidade pelo vício do produto interferem diretamente na solução jurídica aplicável.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 8. ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 381.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 95.

¹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 99.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 8. ed., São Paulo, Atlas: 2008, p. 478.

Em outro sentido, essas duas espécies de responsabilidade possuem campo de incidência distinto, segundo demonstra Bruno Miragem:

A responsabilidade pelo fato do produto deve ser considerada como responsabilidade pelos acidentes de consumo. Trata-se do dever de reparar que impõe ao fornecedor de produtos em decorrência desse evento. Ressalta-se que o acidente de consumo terá sempre como causa o defeito no produto, não um mero defeito de funcionamento, mas um defeito que ultrapassa as esferas do produto para atingir o patrimônio moral e material do consumidor, o que implica no dever de indenizar da empresa ou empresário.¹²

O artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor se refere ao fato do produto e estabelece:

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

Noutra esfera, apresenta-se a responsabilidade pelo vício do produto, a qual recai sobre a empresa ou empresário em três hipóteses: 1) vício que torne o produto impróprio ao consumo; 2) vício que lhe diminua o valor; 3) vício decorrente da disparidade das características dos produtos com aquelas veiculadas na oferta e publicidade. Ressalta-se que tais ocorrências fáticas nem sempre geram o mesmo direito ao consumidor. Haverá casos de configuração do dever de reparar o produto, do dever de trocar o produto por outro novo da mesma espécie, do dever de restituir o valor pago pelo produto, dentre outras hipóteses.¹³

O artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor se refere ao vício do produto e estabelece:

Artigo 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor se ocupa dos vícios do produto na III Seção (artigo 18 ao artigo 25), ao passo que a responsabilidade pelo fato do produto está prevista na II Seção (artigo 12 ao artigo 17). Dessa maneira, conclui-se que a legislação consumerista, por si só, já diferencia a responsabilidade pelo vício do produto e a responsabi-

¹² MIRAGEM, Bruno, **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 1ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 203.

¹³ BENJAMIN, Antônio Herman V., **Manual de Direito do Consumidor**, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 324.

lidade pelo fato do produto, conferindo tratamento, conceitos e causas próprias a cada instituto.¹⁴

Aponta-se como traço distintivo essencial entre a responsabilidade pelo fato do produto e a responsabilidade pelo vício do produto os conceitos de defeito e vício, os quais assumem valor jurídico singular. A responsabilidade pelo fato está ligada à ideia de defeito no produto, ou seja, à ocorrência de falha no produto capaz de desencadear o acidente de consumo e, por óbvio, danos ao consumidor. Em contrapartida, a responsabilidade pelo vício está ligada à ocorrência de falha no produto, capaz apenas de lhe diminuir o valor ou funcionalidade, sem, no entanto, afetar a integridade física, moral e patrimonial do consumidor. Observa-se ainda que a ideia de defeito se liga à segurança do consumidor, ao passo que a ideia de vício se liga a qualidade do produto.¹⁵

Cavaliere Filho explicita a diferenciação entre defeito e vício: “Defeito é vício grave que compromete a segurança do produto e/ou do serviço e causa dano ao consumidor. Já o vício em si, um defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço que apenas causa o seu mau funcionamento.”¹⁶

A responsabilidade por “vício” do serviço (defeito da inadequação oculto ou aparente) do profissional liberal é idêntica à dos demais fornecedores de serviços, sem qualquer restrição. E não é apenas por sua localização, texto da lei. Regra de exceção não pode ser interpretada extensivamente e, a *fortiori*, em prejuízo do consumidor. A responsabilidade por vício não envolve indenização por dano, nem verificação de culpa. O princípio de defesa do consumidor estaria seriamente comprometido se, para exercer as alternativas em caso de vício do (reexecução do serviço, restituição da quantia paga ou abatimento proporcional do preço), dependesse da verificação de culpa do profissional.

Todavia, a interpretação do artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor deve ser feita de modo a dar cumprimento ao princípio constitucional de proteção ao consumidor (artigo 170, V, da Constituição Federal), ou seja, no sentido mais favorável a este.

Postas tais premissas, cabe perquirir mais detidamente quais são as razões que justificam o regime diferenciado dos profissionais liberais no tocante à responsabilidade civil pelo fato do serviço.

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 122.

¹⁵ BENJAMIN, *op. cit.*, p. 189.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade Civil**, 8. ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 480.

1.2. As razões para o tratamento diferenciado dos profissionais liberais no Código de Defesa do Consumidor

A regra no Código de Defesa do Consumidor é a responsabilização objetiva dos fornecedores de serviços e produtos, tanto pelo vício quanto pelo fato do produto ou serviço, devido à vulnerabilidade da relação fornecedor-consumidor. Cavalieri Filho salienta a necessidade da aplicação da teoria do risco nas relações de consumo:

O conceito de responsabilidade objetiva em sede de direito do consumidor foi construído e fundamentado na dificuldade de efetivar a reparação de danos às vítimas dos acidentes de consumo. Tal dificuldade se dava em virtude da incompatibilidade da responsabilidade subjetiva com as relações de consumo, e também pelo alto grau de risco que os produtos e serviços colocados em massa na sociedade de consumo oferecem aos consumidores. Entretanto, os fundamentos da teoria da responsabilidade objetiva na ótica consumerista não se encerram nos fatores já expostos, pelo contrário, daí partem diversas outras teorias capazes de sustentar o sistema de responsabilidade objetiva, tais como teoria do risco da empresa, princípio de qualidade dos produtos, teoria da socialização dos riscos, dentre outras.¹⁷

Para configurar a responsabilidade objetiva, Claudia Marques elenca os requisitos necessários, ressaltando a desnecessidade da prova de culpa:

Assim, o conceito de responsabilidade objetiva traçado pelo CDC foi construído com base em três aspectos: A) A existência de um defeito no produto; B) O efetivo dano sofrido (moral ou material); C) O nexo de causalidade que liga o defeito do produto à lesão sofrida. Estes três elementos são indispensáveis para caracterização do dever jurídico de indenizar do fornecedor de produtos. Ressalta-se que, em sede de direito do consumidor, a culpa é elemento irrelevante para caracterização do dever de indenizar do fornecedor de produtos, eis que basta ao consumidor lesado demonstrar apenas a relação de causalidade entre o dano e o defeito do produto para que se caracterize o direito à reparação dos danos sofridos.¹⁸

Por outro ângulo, o advento da responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor se fez necessário em face da dificuldade de configuração da responsabilidade subjetiva do fornecedor de produtos. A configuração desta responsabilidade quase sempre é complexa e imprecisa, em virtude da indispensabilidade da caracterização da culpa (negligência, imprudência, imperícia), o que prejudica substancialmente a reparação das lesões sofridas pelos consumidores nos acidentes de consumo. Neste sentido, apontam-se os ensinamentos de Bittar:

Na teoria da culpa (ou “Teoria subjetiva”), cabe perfazer-se a perquirição da subjetividade do causador, a fim de demonstrar-se, em concreto, se quis o resultado (dolo), ou se atuou com imprudência, imperícia ou negligência (culpa em sentido estrito). A prova é, muitas vezes, de difícil realização, criando óbices, pois, para ação

¹⁷ Ibidem, p. 485.

¹⁸ MARQUES, Claudia Lima, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 3ª ed. São Paulo, RT, 1999.

da vítima, que acaba, injustamente suportando os respectivos ônus.¹⁹

Contudo, o artigo 14, § 4º deste código excepciona a responsabilização dos profissionais liberais, determinando que estes respondam subjetivamente pelo fato do serviço:

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

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Assim, determinadas classes profissionais têm a prerrogativa da verificação da culpa antes de ter sua responsabilidade configurada numa relação de consumo, como sustenta Herman Benjamin:

O Código, em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilização objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais. Não se introduz a responsabilidade, limitando-se o dispositivo legal a afirmar que a apuração de responsabilidade far-se-á com base no sistema tradicional baseado em culpa. Só nisto eles são beneficiados. No mais, submetem-se integralmente, ao traçado do Código.²⁰

Os contratos com os profissionais liberais são bilaterais, mediante serviços negociados com certa igualdade, uma vez que, no momento de contratar os serviços do profissional liberal, o consumidor pode discutir como serão prestados os serviços e como será pago o trabalho, haja vista o caráter *intuitu personae* que marca tais relações.

Grinover acrescenta que o motivo determinante para o tratamento diferenciado das profissões liberais na legislação consumerista é a relação pessoal vinculando os profissionais com seus clientes:

A diversidade de tratamento na responsabilização dos profissionais liberais se dá em razão da natureza *intuitu personae* dos serviços prestados pelos mesmos. Os profissionais liberais são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes, a exemplo de médicos e advogados. Por este motivo, justifica-se o tratamento diferenciado em sede de responsabilidade civil.²¹

Esclarece Leonardo Bessa que o liame de aplicação do citado dispositivo refere-se somente ao profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas empresárias, pois estas sempre responderão objetivamente nas relações consumeristas:

A exceção da responsabilidade subjetiva ao Código do Consumidor aplica-se, por conseguinte, apenas ao próprio profissional liberal, não se estendendo às pessoas

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto, **Responsabilidade Civil – Teoria e Prática**, 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária: 2005, p. 30

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 132.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 54.

jurídicas que integre ou para as quais preste serviço. O código é claro ao asseverar que só para a “responsabilidade pessoal” dos profissionais liberais é que se utiliza o sistema alicerçado em culpa. Logo, se o médico trabalhar para um hospital, responderá ele apenas por culpa, enquanto a responsabilidade civil do hospital será apurada objetivamente.²²

A jurisprudência aplica a regra da responsabilização subjetiva prevista no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor sempre que a relação de consumo se perfaz com um profissional liberal:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.
2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC.
3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.
4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.
5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor.
6. Admite-se a denúncia da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.
7. Recurso especial parcialmente provido.²³

Portanto, os profissionais liberais figuram como exceção à regra estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, respondendo de forma subjetiva, pelo dano causado aos consumidores, com suas nuances próprias, diferentemente das demais espécies de fornecedores que figuram no âmbito daquele diploma normativo.

Além do regime especial quanto à natureza da responsabilidade pelo fato do produto, há também a possibilidade de inversão do ônus da prova, direito que o consumidor

²² BESSA, Leonardo, **Manual de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais 2007, p. 126.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1216424/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA.

poderá usar contra o profissional liberal e contra os demais fornecedores de serviço para que ele prove que não agiu com imprudência, imperícia ou negligência. Mas essa inversão não é automática, dependendo de deferimento pelo juiz, segundo os requisitos do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

2. A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva e os direitos básicos dos consumidores

2.1. A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva e o conceito de atividade de risco

A maior inovação do Código Civil de 2002, no que tange à responsabilidade civil, indubitavelmente foi a introdução do preceito genérico de responsabilidade objetiva, na parte final do parágrafo único do artigo 927. Instituiu-se, assim, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva genérica pelo risco da atividade. As cláusulas gerais, por serem preceitos vagos, visam proporcionar a necessária coexistência entre o texto legal e as práticas sociais. Eis o respectivo teor:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Contudo, ao instituir genericamente a responsabilidade objetiva para as atividades de risco, não as definiu, passando a ficar a cargo do aplicador da norma a definição sobre o que seria uma atividade de risco e, conseqüentemente, que tipo de dano estaria albergado pela norma.

Foi o fortalecimento da solidariedade social num cenário de drástico crescimento dos acidentes que inspirou a criação da responsabilidade objetiva, com fulcro na teoria do risco. A partir de meados do século XIX, tornou-se cada vez mais uníssona a ideia da teoria do risco-proveito, que quem colhe os frutos da exploração de coisas ou atividades perigosas deve arcar com os danos que delas decorrem e que afetam terceiros.

O prejuízo deve, pois, ser atribuído e reparado por seu autor, independentemente de ter havido culpa, encerrando-se a discussão na mera análise do nexo de causalidade. Os defensores da responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco afirmam que, pelo critério exclusivo da responsabilidade com culpa, uma série de situações quotidianas quedar-se-ia sem a devida tutela. Sustenta-se um afastamento do elemento moral, consubstanciado no requisito da culpa, colocando-se a questão muito mais sob a ótica da reparação do dano à vítima do que da punição ao ofensor.

Cavaliere Filho afirma que tal linha de pensamento encontra críticas pela

dificuldade de definir-se o que seja proveito, especialmente porque, se vinculado proveito ao fator lucro ou vantagem econômica, haveria exclusão de responsabilização de todos aqueles que não fossem industriais ou comerciantes. Por outro lado, se mantido à vítima o ônus de provar a existência de proveito, teríamos um retorno ao sistema subjetivo, com todas as dificuldades a ele inerentes, não resultando, portanto, tal concepção, em real evolução.²⁴

É bem verdade que a opção por este sistema de responsabilização pode dar azo a certas injustiças, impondo-se o dever de indenizar a quem não concorreu culposamente para a prática do dano. Por outro lado, afigura-se muito mais grave a injustiça de deixar a vítima sem reparação pelos danos sofridos, inclusive se se notar que, na grande maioria das vezes, a vítima não ressarcida pertence às classes menos privilegiadas.

Neste passo, surgiram novas teorias visando uma maior proteção as vítimas, segundo Cavalieri Filho classificam-se em:

Teoria do risco excepcional reconhece certas atividades, como, por exemplo, relacionadas à energia nuclear ou manipulação de materiais radioativos, ou, ainda, redes de energia elétrica de alta tensão, como extremamente perigosas para a coletividade, de tal modo que, em caso de eventual dano, o dever de reparação surge independentemente da qualquer indagação acerca da existência de culpa.

Outra modalidade é a teoria do risco profissional, esta pretende justificar o dever atribuído ao empregador de reparar, independentemente de culpa, os danos sofridos pelo empregado no desempenho do trabalho, que, não fosse assim, quase sempre permanecia sem indenização, por conta das dificuldades para realizar provas acerca da culpa de seu patrão, comumente enfrentadas nas ações acidentárias antes do advento das teorias objetivas.²⁵

A teoria do risco integral “atribui a obrigação de indenizar pelo simples fato de ocorrência do dano, independentemente da existência de qualquer outro fator, como culpa ou nexos de causalidade”.²⁶ Nessa condição, a responsabilidade pela indenização permanece mesmo ante a existência de "culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior".

Adota-se no presente trabalho a teoria do risco criado, a qual decorre do fato de alguém sofrer dano decorrente de atividade de outrem, sem que se necessite perquirir acerca de que o dano tenha se originado por negligência, imprudência ou imperícia, e sem que haja necessidade de que de tal atividade resulte algum proveito para aquele que criou o perigo.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 168.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 169.

²⁶ Idem.

Assim, entende-se que a escolha por um sistema de responsabilização objetiva tem por orientação a busca da dignidade da pessoa humana e da justiça social, estabelecendo critérios distributivos dos riscos advindos do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, uma vez que os resultados finais serão sempre em favor dos sujeitos como integrantes de uma coletividade. A propósito, ensina Gustavo Tepedino:

Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e II, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação.²⁷

Apesar disso, há dificuldades na aplicação da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva devido à excessiva indefinição das expressões utilizadas no dispositivo citado, gerar uma série de controvérsias e até decisões contraditórias.

Assim, adota-se neste trabalho a definição de atividade de risco, para o fim de se determinar o sentido e alcance do artigo 927, parágrafo único, do código civil, delineada por Raquel Bellini Salles, pois “o maior problema que se coloca ao intérprete da cláusula geral é a definição da atividade de risco segundo critérios jurídico-rationais e não somente intuitivos.”²⁸

Inicialmente, importa considerar que a noção de atividade de risco pode ser tratada como sinônimo de atividade perigosa. Para melhor compreensão, Calmon de Passos afirma:

se entendermos 'perigo' como a probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser imputado a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente, será possível falar-se de risco quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como a consequência de uma decisão, seja ela imputável ao agente ou atribuível a um outro que não ele.²⁹

Ressalta-se que o termo risco utilizado pelo legislador na cláusula geral, na acepção de risco criado, significa perigo, pois para a aplicação desta é preciso que cause danos a terceiros. Deste modo, o que gera a obrigação de indenizar é o dano proveniente de uma exposição a perigo, devendo este ser típico e imanente a uma atividade, não sendo apenas

²⁷ TEPEDINO, Gustavo, **A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal**, In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 191/216.

²⁸ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, op. cit., p. 130.

²⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim, **O Risco da sociedade moderna**, apud SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, op. cit., p. 131.

acidental proveniente de um comportamento culposo do sujeito. Assim, Pier Giuseppe Monateri exemplifica:

Entrar num restaurante em horário movimentado e brincar com um revólver carregado não é uma atividade perigosa, mas um ato isolado de imprudência, justamente porque não caracteriza uma série de atos coordenados a um fim; já o serviço de vigilância armada em uma discoteca é uma atividade perigosa, assim como a organização de uma competição de tiro ao alvo com fins beneficentes.³⁰

Para a configuração da atividade de risco o legislador delimitou a aplicação nos casos estabelecidos em lei ou quando a atividade for normalmente desenvolvida pelo autor, incidindo assim a cláusula geral de responsabilidade objetiva. A expressão “atividade normalmente desenvolvida” não acolhe a teoria dos atos anormais, pois “o funcionamento anormal de uma atividade não tem condão de fazê-la perder a periculosidade que lhe é inerente.”,³¹ isto é, a periculosidade esta intrínseca a atividade-fim do autor. Elucida Raquel Salles:

Noutros termos, o que pretendemos sustentar é a configuração da responsabilidade objetiva em razão da natureza da atividade, independentemente da periodicidade com que é desenvolvida ou da finalidade a que se presta. Basta, portanto, que a atividade seja intrinsecamente perigosa, não importando quantas vezes o causador do dano a tenha exercido.³²

Carlos Alberto Bittar aduz que para definir uma atividade como perigosa deve-se utilizar critérios naturais e jurídicos. Dessa forma, a atividade pode ser perigosa por sua natureza ou pode ser determinada pela legislação e jurisprudência como perigosa.³³

Exemplifica-se como atividades por sua natureza perigosas já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência: a exploração de minérios; a fabricação de explosivos e de substância tóxicas; a exploração do transporte aéreo, marítimo, ferroviário e rodoviário; a manipulação de certos produtos químicos; o fabrico de armamentos e a produção de energia elétrica.

Ademais, salienta Marco Comporti que a atividade perigosa deve ter uma potencialidade danosa, comprovada através de dados estatísticos, de elementos técnicos e da experiência comum.³⁴

Sendo assim o operador do direito para correta definição de uma atividade como

³⁰ MONARETI, Pier Giuseppe, **La Responsabilità civile per lo svolgimento di attività pericolose**, apud SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, op. cit., p. 137.

³¹ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva**, Editora Lumen Juris, 2011, p. 132.

³² Ibidem, p. 132.

³³ BITTAR, Carlos Alberto, **Responsabilidade Civil, Teoria e Prática**, apud SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, op. cit., p. 142.

³⁴ COMPORTI, Marco, **Esposizione al Pericolo e Responsabilità Civile**, apud SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, op. cit., p. 144.

perigosa deve basear-se de forma simultânea em critérios quantitativos, observando a habitualidade dos danos causados pela atividade e em critérios qualitativos verificando o nível de gravidade de tais danos. Contudo, há casos que apesar dos danos não serem recorrentes devido sua excepcional gravidade devem ser inseridos no conceito de atividade perigosa.

Neste sentido, Raquel Salles orienta que devem ser consideradas as circunstâncias de modo, tempo ou lugar, para que se revelem a probabilidade que a atividade cause danos frequentes e graves. A autora conclui que:

Trata-se, pois, de avaliar o risco mediante um procedimento em duas etapas: primeiro, determina-se em abstrato, conforme os parâmetros estatísticos e técnicos, o grau de perigo envolvido; depois, avalia-se se o grau de perigo foi modificado segundo as características concretas da atividade em jogo, o que se pode variar para mais ou para menos. Um juízo de tal modo levado a efeito é especialmente necessário em relação às atividades recentes ou ainda pouco conhecidas, que normalmente não podem contar com dados estatísticos suficientes para qualificá-las como atividades perigosas.³⁵

Com efeito, para definir uma atividade perigosa o operador do direito deve observar a dimensão e gravidade do dano verificado em um concreto considerando a legislação existente, a natureza da atividade, as peculiaridades do caso, os critérios quantitativos e critérios qualitativos. Como exemplos de fontes que o julgador pode pautar-se a jurisprudência italiana utiliza índices de valoração como tabelas de seguro e taxas prêmio com valores acima da média.³⁶

Portanto, o conceito de atividade perigosa não é rígido, podendo ser alterado de acordo com a época em que é analisado, tendo variação devido ao célere progresso tecnológico.

O perigo hábil a qualificar uma atividade como perigosa não precisa ser iminente, isto é, não precisa estar prestes a produzir danos. De fato, uma coisa é a potencialidade danosa de uma atividade que tenha perigo genérico imanente, outra é o efetivo e concreto perigo derivado de uma anomalia verificada no exercício da atividade, que faz com que o perigo em potencial se torne atual e particularmente grave.³⁷

Pelo exposto, o profissional ao exercer uma atividade perigosa coloca terceiros em situação de risco, surgindo assim à necessidade de uma proteção especial aos hipossuficientes desta relação, por este motivo a Constituição e legislação especializada passaram a prover um tratamento especial aos consumidores.

³⁵ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, op. cit., p. 145.

³⁶ Ibidem, p. 148.

³⁷ Ibidem, p. 150.

2.2. A proteção constitucional dos direitos do consumidor

O Código de Defesa do Consumidor prevê os direitos básicos do consumidor, contudo não esgota as possibilidades de proteção jurídica deste. Os direitos do consumidor estão estabelecidos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, destacando-se: o direito à vida, à saúde e à segurança; à liberdade de escolha; à informação; à transparência e boa-fé; à proteção contratual; à prevenção e reparação de danos; o acesso à justiça e a inversão do ônus da prova, e, por fim, a serviços públicos adequados e eficazes.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, estabeleceu que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor", ou seja, é dever estatal defender o consumidor, de acordo com o que estiver estabelecido nas leis, respeitando os princípios fundamentais.

No mesmo sentido, no artigo 170, V, do Título VII da Ordem Econômica e Financeira, ao traçar os princípios gerais da atividade econômica, a qual se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, também instituiu, como princípio, a defesa do consumidor, proporcionando a este certa segurança. Neste sentido, Afonso da Silva ensina que:

Realçada de importância, contudo, sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais. Conjugue-se a isso com a consideração do art. 170, V, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio da ordem econômica. Tudo somado, tem-se o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. Isso naturalmente abre larga brecha na economia de mercado, que se esteia, em boa parte, na liberdade de consumo, que é a outra face da liberdade do tráfico mercantil fundada na pretensa lei da oferta e da procura.³⁸

De fato, como apregoa Bruno Miragem, o legislador constituinte não apenas garantiu os direitos do consumidor como direitos e princípios fundamentais, mas também determinou a edição de um sistema normativo que assegurasse a proteção estabelecida pela Constituição. Destarte, as relações de consumo passaram a ter autonomia própria, com regulamentação distinta do direito comum.³⁹

Ademais, é necessário ressaltar que a defesa do consumidor decorre do princípio da dignidade humana, pois o legislador constituinte a inseriu no capítulo dos direitos e

³⁸ SILVA, Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 26 ed. Malheiros, São Paulo, 2006, p. 262/263

³⁹ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 32.

garantias fundamentais. Assim, integrando-se a defesa do consumidor à dignidade humana e almejando-se sua preservação em todas as relações de consumo, é imperativo observar a igualdade substancial, que estabelece a necessidade de tratamento diferenciado dos desiguais, cabendo ao Direito disponibilizar mecanismos de tutela efetiva em favor dos consumidores, enquanto sujeitos vulneráveis nas relações de mercado.

Verifica-se, contudo, que, diante da impossibilidade de proteger os consumidores em todas as situações por meio de leis, é preciso que se interprete e aplique o código consumerista à luz da Constituição Federal, buscando a tutela mais condizente com os princípios vetores do ordenamento pátrio.

Justamente por isso é que o artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor aduz que os direitos nele previstos não excluem outros direitos, decorrentes de tratados internacionais ou mesmo da legislação interna, ou daqueles que derivem dos princípios gerais de direito, analogia ou equidade.

Destarte, toma-se como premissa a assertiva de que a proteção do consumidor não se esgota na Lei 8.078/90, devendo-se sempre buscar a tutela mais ampla e adequada na completude de todo o ordenamento, compreendido como sistema dotado de unidade e coerência, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

3. A Constituição como garantia de unidade e coerência do sistema

3.1. A unidade e coerência do sistema normativo e o conflito aparente de normas

Coloca-se, neste ponto, a questão acerca da possível antinomia entre o artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, e o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, na relação entre consumidores e profissionais liberais.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil apresenta, como referido, que a responsabilidade civil será objetiva quando previsto em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar riscos para o direito de outrem. Nestes casos, o autor responderá de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de a vítima provar que o mesmo agiu culposamente.

Entretanto, os profissionais que exercem habitualmente atividades de risco, por terem o regime especial do artigo 14 do código de defesa do consumidor, não estão sob a égide da responsabilidade objetiva vergastada no referido parágrafo único do artigo 927 do código civil, o que acarreta solução jurídica menos favorável ao consumidor.

A jurisprudência e parte da doutrina, por seu turno, mostram-se resistentes à aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva aos profissionais liberais, aplicando correntemente a responsabilidade subjetiva prevista no artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Como demonstra o julgado a seguir:

RESPONSABILIDADE POR FATO DO SERVIÇO MÉDICO. ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. PROFISSIONAL LIBERAL. EXIGÊNCIA DA PROVA DA CULPA. EXEGESE DO ART. 14, § 4º, CDC. OBRIGAÇÃO DE MEIO. 1. Aplicam-se ao erro médico as normas atinentes à responsabilidade por fato do serviço previstas no art. 14, § 4º, do CDC, caracterizando-se a atividade do médico profissional liberal, em regra, como obrigação de meio. 2. Na responsabilidade civil subjetiva deve-se provar a conduta culposa do médico ao realizar os procedimentos com imperícia, negligência ou imprudência. É obrigação do profissional liberal médico aplicar os meios necessários à consecução do melhor resultado para a paciente. 3. Cabe ao paciente provar, a teor do art. 333, I, do CPC, que o médico não teria sido imperito, negligente ou impudente, sendo que *allegatio et non probatio quasi non allegatio*. A obrigação de meio, como é o serviço médico, não impõe o resultado. A teor de precedente do STJ, "no caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico". 4. Obter dictum, ao nosocômio no qual realizada a cesariana aplicar-se-ia a regra geral do CDC para a responsabilidade pelo fato do serviço, traçada pelo caput do seu art. 14, que se trata de responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa do fornecedor. A regra de § 4º do art. 14 do CDC restringe-se à responsabilidade civil dos profissionais liberais, não se estendendo aos hospitais e clínicas médicas, a quem se aplicaria a regra geral da responsabilidade objetiva, dispensando a

comprovação de culpa, hipótese na qual caberia ao hospital comprovar as excludentes da responsabilidade previstas no § 3º do art. 14 do CDC.⁴⁰

Conforme observado, o artigo 14, § 4º, Código de Defesa do Consumidor e o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil divergem quanto à incidência de responsabilidade objetiva ou subjetiva quando o profissional liberal exerce atividade de risco. Tem-se, assim, um conflito, sendo o Código de Defesa do Consumidor lei especial e, o Código Civil, lei posterior.

Noberto Bobbio estabelece para a solução das antinomias alguns critérios. Inicialmente, o autor define que a antinomia ocorre quando são colocadas em existência duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.⁴¹ Quando existem duas normas em conflito, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria.

Segundo Bobbio, as regras fundamentais para a solução das antinomias são três: (i) Critério cronológico – entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior; (ii) Critério hierárquico – entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior; (iii) Critério da especialidade – entre duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a especial.

No caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios (por exemplo, entre normas incompatíveis dentro de um mesmo código), a solução geralmente é confiada à liberdade do intérprete, que tem três possibilidades: eliminar uma norma, eliminar as duas normas ou conservar as duas.

No primeiro caso, a operação feita pelo juiz chama-se interpretação ab-rogante, mas é uma ab-rogação em sentido impróprio, uma vez que o juiz tem a liberdade de aplicar a norma que considerar mais compatível com o caso, mas não de expeli-la do sistema. No terceiro caso (conservar as duas), é possível conservar duas normas incompatíveis em um sistema jurídico – e essa solução é a mais comum entre os intérpretes. Para isso, o juiz deve demonstrar que as normas não são incompatíveis, que a incompatibilidade é apenas aparente: ele elimina, portanto, a incompatibilidade através, por exemplo, de uma interpretação corretiva, forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente

⁴⁰ MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, **Apelação Cível 10134070908147001 MG**, da 10ª Câmara Cível.

⁴¹ BOBBIO, Noberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 10ª ed., Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 91.

incompatíveis para conservá-las ambas no sistema por meio de uma modificação leve ou parcial do texto.⁴²

Uma antinomia de segundo grau é aquela em que não se trata mais de incompatibilidade entre normas, mas da incompatibilidade entre os critérios válidos para a solução das incompatibilidades das normas. As antinomias de segundo grau são solúveis apenas havendo regras tradicionalmente admitidas para a solução de conflitos de critérios.

Tem-se no caso em tela uma antinomia de segundo grau, havendo um conflito entre o critério de especialidade e o cronológico. Isso porque uma norma anterior-especial mostra-se incompatível com uma norma posterior-geral. Aplicando-se o critério da especialidade, dá-se preferência à primeira; aplicando-se o critério cronológico, privilegia-se a segunda. A lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O critério da especialidade se sobrepõe.

Ocorre que, no caso em apreço, a solução não decorre simplesmente da aplicação do critério da especialidade, pois o resultado que enseja acaba por determinar um tratamento desfavorável ao consumidor comparativamente a outras vítimas de danos, que, podendo se valer da cláusula geral de responsabilidade objetiva do código civil, têm uma tutela muito mais ampla. Tal solução prejudicial ao consumidor, embora afinada com o mencionado critério da especialidade, é contrária à própria *ratio* da Lei nº 8.078/90 e, também, aos ditames da própria Constituição, que estabelecem a ampla tutela do consumidor.

Buscando a unidade e coerência do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio e Pietro Perlingieri defendem a supremacia da Constituição, sendo esta a diretriz da aplicação das demais normas do ordenamento jurídico:

Em cada ordenamento o ponto de referência último de todas as normas é o poder originário, que dizer, poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico. Esse é o ponto de referência necessário [...] para fundar o ordenamento jurídico. Chamamos esse poder originário é a fonte das fontes.⁴³

Bobbio ressalta que um ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui também um sistema, isto é, uma unidade sistemática. Um sistema é “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”⁴⁴.

Esses entes não devem se relacionar apenas com o todo, como também entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos

⁴² BOBBIO, Norberto, op.cit.,1999, p. 105/108.

⁴³ BOBBIO, Norberto, op. cit.,p. 41.

⁴⁴ Ibidem, p. 71.

se as normas que os compõem estão num relacionamento de coerência entre si. No mesmo sentido, Pietro Perlingieri aduz que:

A complexidade do ordenamento, no momento de sua efetiva realização, isto é, no momento hermenêutico voltado a se realizar como ordenamento no caso concreto, só pode resultar unitária: um conjunto de princípios e regras individualizadas pelo juiz que, na totalidade do sistema sócio-normativo, devidamente se dispõe a aplicar. Sob este perfil, que é o que realmente conta, em uma ciência jurídica que é ciência prática, o ordenamento, por mais complexo que seja, independentemente do tipo de complexidade que o caracterize, só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes e componentes.⁴⁵

Dos ensinamentos do autor, depreende-se que a própria centralidade de um corpo legislativo em relação a outro, do código e das leis especiais, que à primeira vista parece uma escolha técnica e aparentemente neutra, esconde opções ideológicas tendentes a fragmentar e a pulverizar a unidade do sistema. Em contrapartida, a Constituição rígida assume a centralidade, com função de garantia da unidade, como parâmetro de legitimidade e fonte de legitimação e de justificativa da própria atividade legislativa. Assim, enfatiza Pietro Perlingieri que:

O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da mente que << na Constituição prevalece a componente axiológica, e no ordenamento jurídico, a componente racional-normativa>>(apud A. FALZEA, p. 456). A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo ordenamento. A normatividade constitui << caráter fundamental da juridicidade>> (apud A. FALZEA p. 459) e não somente o dever-ser, mas também o dever-fazer está presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõe o ordenamento. A introdução, por parte da Constituição, de valores normativos no direito positivo não pode deixar de incidir também no plano dos comportamentos e do dever-fazer, prescindindo da mediação de regras em nível inferior ou de *standards* valorativos. Aliás, estes, lidos na perspectiva constitucional, assumem funções e significados diversos. Nesse sentido, os valores constitucionais são valores “reais”, ainda que fortemente caracterizados por nobres e elevadas aspirações no tempo, condicionados como são, são mais do que pela << difusa base de continuidade normativa ordinária>> (apud A. FALZEA, P. 462), pela cultura dos intérpretes, pela função conservadora do direito, que prevalece sobre aquela inovadora e reformadora. Isto porque é incontestável que os valores constitucionais, embora hierarquizados em seu interior, <<prevalecem sobre os valores legais>> (apud A. FALZEA, p. 464).⁴⁶

Disso conclui-se que os atos normativos, para tornarem-se válidos, devem buscar legitimidade na Constituição, pois é necessário que o sistema complexo tenha uma centralidade para a sua fundamentação. O autor ressalta que a centralidade se iguala à

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro, **O direito civil na legalidade constitucional**, Ed. Renovar, 2008, Rio de Janeiro, p. 200/201.

⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro, op. cit., p. 205/208.

supremacia, nos seguintes termos:

Em um ordenamento complexo como o vigente, caracterizado pela indiscutível supremacia das normas constitucionais, estas não podem deixar de ter uma posição central. De tal centralidade deve-se partir para a individuação de princípios e dos valores sobre os quais construir o sistema. A centralidade não é algo diverso da supremacia.⁴⁷

Pietro Perlingieri encontra a solução para a unidade do ordenamento a partir da interpretação e aplicação da legislação pelo Judiciário à luz dos princípios constitucionais, evitando assim contradições e lacunas normativas.

Assim, explica que o julgador deve aplicar a norma mais adequada ao caso concreto, para isso observar a totalidade do ordenamento jurídico. Pois, esse deve ser uno e suas normas se complementarem, não devendo analisar os subsistemas separadamente, assim para que haja lacuna normativa terá que ocorrer no ordenamento como um todo. Assim, se a legislação ordinária for insuficiente para suprir a lacuna deve-se aplicar os princípios constitucionais. Assevera o autor:

A teoria da interpretação, mais do que uma técnica voltada a esclarecer os significados de normas bem individuadas, assume, em um ordenamento complexo e aberto, a função mais delicada de individuar a normativa a ser aplicada ao caso concreto, combinando e coligando disposições, as mais variadas, mesmo de nível e proveniência diversos, para conseguir extrair do caos legislativo a solução mais congruente, respeitando os valores e os interesses considerados normativamente prevaletentes assim como os cânones da equidade, proporcionalidade e racionalidade.⁴⁸

No mesmo sentido, Fabrício Silva afirma que:

(...) aparente contradição dentro de uma perspectiva civil-constitucional. Com efeito, no conflito de leis no tempo, o sistema da especialidade prepondera sobre o sistema cronológico, até mesmo por força do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, motivo pelo qual a Lei 8.078/90 se mantém aplicável às relações de consumo, em que pese o advento do Código Civil – Lei 10.406/02.

Porém, as normas que regem os conflitos de leis no tempo têm índole infraconstitucional, motivo pelo qual necessariamente curvam-se ao princípio da supremacia da Constituição, que assegura a unidade de sistema.

Assim, no conflito intertemporal de leis, o sistema da especialidade prevalece sobre o sistema cronológico, salvo se em determinado caso concreto tal providência for incompatível com os princípios constitucionais.

No que tange às relações de consumo, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, impõe que seja conferido tratamento preventivo ao consumidor, dada sua situação de vulnerabilidade, que pode ser econômica, técnica ou jurídica, em perfeita sintonia com a noção de isonomia substancial.

Em atenção ao comando constitucional, a Lei 8.078/90 atribui ao consumidor uma série de prerrogativas visando compensar a desigualdade constatada na relação fornecedor-consumidor através de um desequilíbrio jurídico tendente a se inclinar

⁴⁷ Ibidem, p. 217.

⁴⁸ Ibidem, p. 221/223.

em favor da parte mais vulnerável.⁴⁹

O autor conclui que o conflito normativo entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor é no caso apenas aparente, pois passível de superação pela incidência direta da Constituição, fundamentando que:

Parece-me que a superação a tal contradição pode ser alcançada pela aplicação direta da Constituição Federal, que impõe tratamento mais favorecido ao consumidor em virtude de sua vulnerabilidade nas relações de consumo.

Com efeito, a adoção da predominância do sistema de especialidade em detrimento do sistema cronológico no conflito entre o CDC e o novo CC, nesta hipótese, representaria violação ao tratamento mais protetivo a ser atribuído ao consumidor por determinação da Constituição Federal.

Em conformidade com o entendimento ora sustentado encontram-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, contemplados pela Constituição como valores fundamentais da República.⁵⁰

Flávio Tartuce anui com o entendimento de que a aplicação da cláusula geral objetiva não deve considerar apenas a relação com o indivíduo, mas, sim, deve visar o interesse social, sendo utilizada como método de prevenção, protegendo a sociedade do surgimento de novas atividades de risco com a rápida evolução tecnológica. Com isso traz o enunciado nº 446 da V Jornada de Direito Civil, segundo o qual “A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade”. Salienta o autor que tal interpretação permite “o enquadramento futuro de novas situações de risco, que surgirem do uso de novas tecnologias pela humanidade. Como exemplo futuro, cogita-se a tecnologia que utiliza micro-organismos robóticos, conhecida como *nanotecnologia*”.⁵¹

Assim, buscando-se na Constituição, que confere unidade e coerência ao sistema jurídico, a solução para o apontado conflito, tem-se apenas um aparente conflito normativo.

3.2. A aplicabilidade da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva aos profissionais liberais

Fabrcício Silva sintetiza a problemática desenvolvida ao longo deste trabalho, com a seguinte colocação:

⁴⁹ CARVALHO Fabrício Silva, **Cláusula geral de responsabilidade objetiva e a responsabilidade civil dos profissionais liberais nas relações de consumo**, RTDC, volume 15, JUL/SET 2003, p. 272/273.

⁵⁰ Ibidem, p. 272/274.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. **Manuel de Direito Civil**, Volume único. 4ªed. [S.l.], Método/Forense, 2014, p. 520.

(...) se o profissional liberal presta serviços considerados arriscados aos direitos de outrem ao não consumidor, responde objetivamente pelos danos causados, na forma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil; entretanto, se este mesmo profissional liberal presta este mesmo serviço a um consumidor, cuja ideia de vulnerabilidade lhe é imanente, responde objetivamente pelos danos causados, na forma do mencionado § 4º do art. 14 do CDC.⁵²

O autor ilustra tal situação, demonstrando a desigualdade de tratamento a que o consumidor é submetido através da simples aplicação do código consumerista ao caso concreto, caso não haja análise de todas as circunstâncias práticas que o circundam:

Imaginemos a hipótese em que um profissional liberal, que desenvolve sua atividade profissional no município do Rio de Janeiro, consistente em realizar voos duplos de pára-pente, divulga amplamente a adoção de novas técnicas não conhecidas no mercado que permitem a realização de manobras ainda que mais arrojadas sem prejuízo da segurança do público.

Ao se deparar com tal publicidade, um outro profissional que desenvolve a mesma atividade no município de Vitória, Espírito Santo, interessado em aprender estas novas técnicas anunciadas para utilizá-las com seus clientes, contrata os serviços daquele profissional do Rio de Janeiro.

Durante o voo duplo, ambos profissionais sofrem uma queda em decorrência de uma destas novas manobras radicais, o que vem a causar danos ao contratante, que neste caso não precisará demonstrar a culpa do contratado para ser indenizado, nos moldes do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, tendo em vista que, na hipótese em análise, não se vislumbra relação de consumo, nos moldes da Teoria Finalista, que utiliza a noção de destinatário final econômico para definição da figura do consumidor, desenvolvendo uma interpretação teleológica da norma.

Mutatis mutandis, imaginemos que uma pessoa absolutamente leiga venha a contratar este mesmo serviço anunciado pelo puro gosto de emoção. Neste caso, o contratante se encaixará no conceito de consumidor, pois será destinatário final econômico do serviço prestado, motivo pelo qual, ao menos aparentemente, a responsabilidade civil do contratado será subjetiva, a teor do § 4º do art. 14 do CDC. (...) tal entendimento consagraria uma flagrante antinomia no sistema. Isto porque o não-consumidor, que tinha plenas condições de analisar e avaliar a segurança das manobras prometidas, será indenizado independentemente de culpa do profissional liberal, enquanto o consumidor, absolutamente vulnerável tecnicamente, terá sua pretensão indenizatória obstaculizada na hipótese de ausência de culpa daquele mesmo profissional liberal.⁵³

Outro exemplo é o caso do farmacêutico, atuando como profissional liberal, que, ao descobrir uma nova fórmula para manipular um remédio, repassa seu método a outro farmacêutico. O profissional que recebeu a fórmula realizou grande investimento para poder utilizar a nova técnica e produzir em larga escala, contudo tal medicação não surte o efeito desejado em determinados pacientes, levando o farmacêutico a perder todo seu investimento, pois foi proibida a manipulação da medicação com a técnica que lhe foi passada. Paralelamente, um consumidor adquiriu a medicação do profissional que desenvolveu a nova técnica e, por não produzir os efeitos esperados, sofreu danos à sua saúde.

O caso descrito se resolveria nos seguintes moldes: o profissional que

⁵² CARVALHO Fabrício Silva, op. cit., p. 273.

⁵³ CARVALHO Fabrício Silva, op. cit., p. 275.

desenvolveu a metodologia responde objetivamente em relação ao segundo profissional, pois seria aplicada a responsabilidade objetiva do artigo 927 do código civil, e responderia subjetivamente em relação ao consumidor, conforme artigo 14, § 4º, da Lei 8.078/90. Evidencia-se, assim, a violação ao princípio da isonomia, sendo o consumidor prejudicado se for aplicada a legislação consumerista de maneira incoerente com o próprio sistema que lhe assegura ampla proteção.

Assim, para solucionar a problemática do conflito em torno da aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva aos profissionais liberais, entende-se que:

A cláusula geral se aplica aos profissionais liberais que exercem atividade perigosa, incluindo, contudo somente sobre as relações que não são consideradas de consumo, isto é, as relações entre profissionais, o que significa dizer que o dispositivo em exame, por força do princípio da especialidade, não revogou o art. 14, §4º, do código do consumidor.

Não obstante, ponderamos que a manutenção, como subjetiva, da responsabilidade dos profissionais liberais que exercem atividade perigosa na esfera consumerista, sobretudo após a inserção da cláusula geral no código civil, ensejaria uma insustentável antinomia no sistema, colocando o consumidor, que goza de especial proteção constitucional, numa posição de desvantagem em relação às vítimas tuteladas pelo código civil. Assim é que, por força de necessária isonomia, a responsabilidade civil do profissional liberal que desempenha atividade perigosa no âmbito de uma relação consumerista há de ser objetiva, não propriamente pela incidência da nova cláusula geral, mas, sim, pela aplicação direta da Constituição, que estabelece, entre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXII, e, entre os princípios gerais da atividade econômica, no artigo 170, inciso V, a defesa do consumidor, conferindo-lhe tratamento mais protetivo em razão de sua situação de vulnerabilidade, seja no sentido econômico, técnico ou jurídico.⁵⁴

Questiona-se sobre a insegurança gerada pela responsabilização objetiva dos profissionais liberais, chegando alguns a afirmar que impossibilitaria a sua atividade. Maria Celina Bodin de Moraes defende a aplicação das cláusulas gerais nos seguintes termos:

A aparente insegurança trazida pela adoção da técnica legislativa de cláusulas gerais, como ora ventilada, é recompensada pela maior plasticidade de tais normas, que assim se mostram aptas a regular situações inicialmente não previstas e absorver novos valores, evitando um precoce anacronismo de legislação diante da complexa dinâmica da sociedade pós-moderna, que cada um nos apresenta novas tendências.⁵⁵

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino acrescenta:

Ademais, a crítica relativa à insegurança gerada pela cláusula geral é superada com a noção que o magistrado não é inteiramente livre para aplicar ao caso concreto a norma dotada de generalidade, impondo-se a aplicação da lei à luz dos princípios constitucionais, que servirão como limite à atuação do juiz.⁵⁶

⁵⁴ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. op. cit., p.162.

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de, **Constituição e Direito Civil: Tendências, Revista dos Tribunais**, vol.779, p. 47

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo (coord.), **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral no código civil de 2002**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002

Ante o exposto, conclui-se que, apesar de não ser possível delimitar, em tese, todas as hipóteses de responsabilidade profissional que poderiam atrair a aplicação da cláusula, a possibilidade de sua aplicação deve ser sempre investigada, diante de cada caso concreto, inclusive nas relações consumeristas estabelecidas por profissionais liberais. Busca-se, de um lado, assegurar a ampla tutela ao consumidor e conferir efetividade à garantia constitucional, e, de outro, assegurar segurança jurídica aos profissionais liberais, que somente responderão objetivamente se preenchidos os pressupostos para a aplicação do artigo 927, parágrafo único. A decisão judicial, portanto, deve ser bem fundamentada e não arbitrária. Segundo Cláudia Marques, há um diálogo de “complementariedade no tempo de aplicação: primeiro esgota-se a aplicação de uma lei, depois, no que couber, aplica-se conjuntamente (e subsidiariamente) a outra”⁵⁷. Afirma a autora:

Subjetivamente, o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor é especial, regulando a relação entre fornecedor e consumidor (arts. 1º, 2º, 3º, 17 e 29 do CDC) ou relação de consumo (4º e 5º do CDC), já o campo de aplicação do Código Civil de 2002 é geral, regula toda relação privada não privilegiada por uma lei especial, um Código para agentes 'diferentes' da sociedade, ou consumidores, em relação entre 'diferentes' (um vulnerável, o consumidor e um expert, o fornecedor). Já o Código Civil de 2002 é um código geral, um código para os iguais, civis, empresariais puras. Logo, não haveria colisão possível entre estas duas leis, como expressamente prevê o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil -LICC/42, que continua em vigor.⁵⁸

Além de superado o receio de que o Código Civil de 2002 pudesse suprimir ou derogar os princípios do Código de Defesa do Consumidor, é possível afirmar que esta harmonia está na complementariedade normativa, a partir da compreensão do ordenamento como sistema unitário e coerente.

Desta forma, o Código Civil de 2002, além de influenciar o Código de Defesa do Consumidor, poderá ser utilizado de forma complementar e/ou subsidiária em razão da convergência de princípios entre as duas codificações, à luz da Constituição.

⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima, **Manual de Direito do Consumidor**, 2ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2009, p. 125.

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima, op. cit., p. 126.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal garantiu o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei exige. Assim, os profissionais liberais são trabalhadores que podem exercer com liberdade e autonomia a sua profissão, decorrente de formação técnica ou superior específica, legalmente reconhecida.

Em seu artigo 14, § 4º, o Código de Defesa do Consumidor consagra que, nas relações de consumo o profissional liberal responde subjetivamente pelos danos causados ao consumidor, excepcionando a aplicação da teoria do risco consagrada pelo estatuto consumerista. Por outro lado, o Código Civil de 2002 inovou a estabelecer uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva pelo exercício de atividade de risco.

É indubitoso que o novo Código Civil não revogou o Código de Defesa do Consumidor, haja vista, no conflito de leis no tempo, o sistema de especialidade, que merece primazia em detrimento do sistema cronológico, motivo pelo qual a Lei 10.406/02, apesar de posterior, não revogou a Lei 8.078/90, que continua sendo aplicável às relações de consumo.

Não obstante, demonstrou-se que a simples aplicação do critério da especialidade na solução da antinomia conduz a uma solução desfavorável ao consumidor comparativamente a outras vítimas de danos, que, podendo se valer da cláusula geral de responsabilidade objetiva do código civil, têm uma tutela muito mais ampla. Tal solução prejudicial ao consumidor, embora afinada com o mencionado critério da especialidade, é contrária à própria *ratio* da Lei nº 8.078/90 e, também, aos ditames da própria Constituição, que estabelecem a ampla tutela do consumidor.

Nesse sentido, concluiu-se pela possibilidade de aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva, que deve ser aplicada pelo julgador amparando-se em critérios quantitativos (frequência de danos) e qualitativos (gravidade dos danos), bem como estatísticos e técnicos. De qualquer modo, se facilmente evidenciada a culpa do profissional, requisito da responsabilização subjetiva, não será necessário sequer invocar-se a cláusula geral do código civil, que tem, pois, aplicação residual, complementar e/ou subsidiária. As situações em que a cláusula apresenta maior utilidade são, justamente, aquelas em que a prova da culpa se mostra inviável, considerando-se a causalidade direta entre a atividade perigosa em si e o dano sofrido.

Ressalta-se, assim, que a regra geral de responsabilização dos profissionais liberais permanece subjetiva, com base no próprio Código de Defesa do Consumidor. Contudo, não se afasta a possibilidade de aplicação da cláusula geral de responsabilidade

objetiva, devendo ser verificado, em concreto, o exercício de uma atividade que, mesmo sendo prestada em caráter *intuitu personae*, apresente risco aos direitos de outrem, segundo os critérios técnicos apresentados anteriormente.

Tal solução propicia uma sustentável harmonização dos interesses envolvidos, buscando uma efetiva proteção do consumidor e, ao mesmo tempo, não desincentivar o exercício das atividades profissionais, de suma relevância social. Assegura-se, de um lado, tutela mais ampla aos consumidores, igualmente à de outras vítimas de danos, bem como segurança jurídica aos profissionais liberais, que somente responderão objetivamente se preenchidos os pressupostos específicos para a aplicação do artigo 927, parágrafo único.

Em todo caso, a decisão judicial deve ser bem fundamentada e não arbitrária, apresentando, com clareza, as razões que respaldam a aplicação de uma norma e que justificam a não aplicação da outra, e tendo em conta, sempre, a completude, unidade e coerência do ordenamento jurídico enquanto um sistema.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de Direito do Consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BESSA, Leonardo, *etal.* **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil, Teoria e Prática**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078, de 11 de setembro 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 nov. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>, Acesso em: 16 nov. 2014.

_____. **Código Civil, Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **REsp 1216424/MT**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=+1216424&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>, Acesso em: 28 out. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. ,São Paulo: Atlas, 2008.

CARVALHO, Fabrício Silva. **Cláusula geral de responsabilidade objetiva e a responsabilidade civil dos profissionais liberais nas relações de consumo**. RTDC, volume 15: JUL/SET 2003

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed., Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 7, 21ª ed., São Paulo:

Editora Saraiva, 2007.

Estatuto da Confederação Nacional dos Profissionais Liberais. Disponível em: <<http://www.cnpl.org.br/novoportal/index.php>>. Acesso em: 28 out. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**, 8ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *etal.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARQUES, Claudia Lima, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 3ª ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Manual de Direito do Consumidor**, 2ª Ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº. 10134070908147001 MG**, da 4ª Câmara Cível. Apelante: J.M.P. Apelado: Estado de Minas Gerais. Des(a). Relatora: Drª: Heloisa Combat, Belo Horizonte, 03 Set. 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0016.13.000850-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 04 nov. 2014.

MIRAGEM, Bruno, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*; 1ª ed. ,São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2003.

_____. **in Direito do Consumidor.** Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: Tendências.** Revista dos Tribunais, vol.779: 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

_____. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais e o ônus da prova.** Ajuris, Volume II, Março, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A cláusula geral da responsabilidade civil objetiva.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SILVA, Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manuel de Direito Civil.** Volume único. 4ªed. [S.l.]: Método/Forense,

2014.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal. In Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **A Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Ótica Civil – Constitucional, In Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral no código civil de 2002, In Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Código de Defesa do Consumidor e complexidade do ordenamento”, In Temas de Direito Civil, Tomos II.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.