XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

ROBERTO SENISE LISBOA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Diógenes Faria de Carvalho
Mariana Ribeiro Santiago
Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-802-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo”, durante o XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 19 e 21 de junho de 2019, em Goiânia/GO, sobre o tema “Constitucionalismo critico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações de consumo, no contexto da globalização, à luz da igualdade, da justiça, da liberdade, da sustentabilidade e da solidariedade social, paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que a as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para o direito das relações de consumo, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em segmentos ambiental, social e econômico, envolvendo as figuras do Estado, do consumidor e da empresa, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham nos ideais de consumo sustentável, como segurança alimentar e combate ao superendividamento, na análise das práticas abusivas observadas em determinados seguimentos do mercado, na proteção dos dados pessoais do consumidor, no impacto da publicidade sobre o consumo, nos aspectos da responsabilidade civil etc.

Em sua abordagem, nota-se que os autores utilizaram referenciais teóricos refinados sobre biopolítica, sociedade de consumo, sociedade de risco, sociedade da informação, sociedade em rede, globalização, análise econômica do direito, dialogo das fontes etc., o que realça o aspecto acadêmico do evento.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito das relações de consumo, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para a defesa de uma sociedade equilibrada e das gerações futuras, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago - UNIMAR

Prof. Dr. Diógenes Faria de Carvalho - UFG

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O INSTITUTO JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE SOB A LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

THE LEGAL INSTITUTE OF CIVIL LIABILITY OBJECTIVE AS A INSTRUMENT OF CONSUMER PROTECTION: AN ANALYSIS UNDER THE LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

Sandro Eduardo Roussin Soares
Kênia Barcelos Drumond

Resumo

O presente trabalho analisa sob a ótica dos direitos fundamentais o instituto da responsabilidade civil objetiva como instrumento de proteção ao consumidor frente ao fato do serviço e fato do produto no mundo contemporâneo. Como metodologia de trabalho foi adotada a pesquisa bibliográfica e a análise crítica dos dispositivos constitucionais e legais congruentes a temática. Com advento da globalização e a evolução dos meios de comunicação e atividades mercantis entre as pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou não, se potencializaram, sendo necessária uma nova leitura a cerca do tema.

Palavras-chave: Direito do consumidor, Direitos fundamentais, Responsabilidade civil objetiva, Responsabilidade civil subjetiva, Direito difuso

Abstract/Resumen/Résumé

The present work analyzes from the viewpoint of fundamental rights the objective civil liability institute as an instrument of protection to the consumer against the fact of the service and fact of the product in the contemporary world. As a working methodology, the bibliographical research and the critical analysis of the constitutional and legal devices congruent to the theme were adopted. With the advent of globalization and the evolution of the media and mercantile activities between the physical and juridical persons, national or not, they became more potent, being necessary a new reading about the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consumer law, Fundamental rights, Objective civil liability, Subjective liability, Diffuse law

1- INTRODUÇÃO

O Código Brasileiro de Defesa e Proteção ao Consumidor e uma das legislações sobre o assunto mais avançadas do mundo tendo o aval constitucional desde os primórdios do nosso atual regime democrático de governo através do artigo 5º da constituição federal em seu inciso XXXII[1], que já previa sua criação.

Criação esta que se efetuou através da Lei n. 8.078/90, contendo em seu texto 119 artigos, formando assim um microssistema normativo de natureza multidisciplinar, abrangendo vários ramos do direito público e privado.

Foi instituído com o propósito de reunir as disposições já existentes acerca dos direitos dos consumidores, indo de encontro com o interesse da sociedade brasileira, de arraigar princípios para o efetivo exercício da cidadania, definindo e regulamentando tantos outros pontos que se encontravam omissos sobre a matéria. Assim, o código de defesa do consumidor discorreu sobre a natureza de suas normas, os personagens das relações de consumo, os princípios norteadores da política nacional de relações de consumo, os direitos básicos dos consumidores frente a produtos e serviços, o sistema contratual (buscando um equilíbrio entre os sujeitos da relação de consumo) e, ainda, as sanções para o caso do não cumprimento das disposições constantes no presente instrumento.

Um tema que e muito bem abordado pelo o código de defesa do consumidor e o que diz respeito ao acidente de consumo que concretiza a figura jurídica de fato do produto, cujo regime jurídico encontra-se delineado nos arts. 12 e 14 do código defesa do consumidor. Matéria esta que será analisada neste trabalho cientifica tendo os direitos fundamentais como referencial interpretativo.

[1] *Constituição Federal : Artigo 5º: " Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:
- XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor."

Na confecção do presente trabalho utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental a fim de possibilitar à análise crítica dos dispositivos constitucionais e legais afetos a matéria.

2- ASPECTOS HISTÓRICOS E GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E RELAÇÕES DE CONSUMO

As mais remotas civilizações já abordavam a hipótese de reparação ao dano, instituto este já previsto nas codificações mesopotâmicas, no código de Hamurabi que imputava igual sofrimento ao causador do dano, a civilização helênica que utilizava o conceito de reparação do dano causado, independente de violação de alguma norma instituída.

Na Lei das Doze Tábuas o poder público intervinha no direito da vítima de retaliação, dizendo o legislador quando e em que condição ele poderia ser usado.

De qualquer forma a *lex de Aquília* criada pelos romanos e o divisor de águas da responsabilidade civil, criou um princípio geral de reparação de dano, e a expressão "culpa aquiliana", designando a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. Sua maior inovação foi substituir as penas fixas para indenizações por penas proporcionais aos danos causados. Neste sentido, transferiu se o enfoque da culpa como fenômeno centralizador punível, traduzida pela imprudência, negligência ou imperícia, para a noção de dano. Aperfeiçoadas mais tarde pelo direito francês estabelecendo princípios gerais de responsabilidade civil, que e utilizado no período contemporâneo, ressalvadas algumas adaptações realizadas ao longo décadas, após a instituição destes levando em conta as mudanças nas relações de consumo atuais.

2.1 - Responsabilidade civil subjetiva x Responsabilidade civil objetiva

A responsabilidade civil, de acordo com seu fundamento pode ser subjetiva ou objetiva. A responsabilidade subjetiva se baseia na culpa do agente, e tem que ser provada para exigir se a obrigação indenizatória do causador do dano, pois, somente se configura se o mesmo agiu com dolo ou culpa. Sendo assim trata-se da teoria clássica, também denominada teoria da culpa ou subjetiva, a prova da culpa ocorre em sentido lato sensu (abrangendo o dolo) ou stricto sensu se constitui num pressuposto do dano indenizável.

A legislação versa em determinadas ocasiões, a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa. Trata-se da teoria objetiva ou do risco, que independe da comprovação da culpa para a hipótese do dano indenizável. Bastando apenas haver o dano e o nexo de causalidade para se aplicar a responsabilidade civil do agente. Em alguns casos presume-se a culpa (responsabilidade objetiva imprópria), em outros a prova da culpa é totalmente prescindível (responsabilidade civil objetiva propriamente dita).

O Código Civil nacional trata a responsabilidade civil como "obrigação de reparar o dano em decorrência de ação ou omissão do agente que viola direito ou causa prejuízo a outrem.".

A responsabilidade civil geralmente e dividida em duas vertentes. A responsabilidade civil subjetiva onde, encontramos os elementos da ação ou omissão causadora de um evento danoso, ligados pelo nexo de causalidade, e a comprovação da culpa a fim de alcançar-se o resultado.

E a responsabilidade civil objetiva onde a culpa é ocorrência de presunção legal, sendo o ônus da prova invertido, devendo o agente responsável pela reparação do dano demonstrar alguma excludente legal para que possa desobrigar-se de sua responsabilidade (fundada na teoria do risco).

A teoria do risco se subdivide em duas modalidades:

A modalidade do risco proveito, onde o professor Sérgio Cavalieri Filho diz que: "Pela teoria do risco-proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – ubi emolumentum, ubi ônus.". Esta teoria encontra fundamento no parágrafo único do artigo 927 do C.C.

E a modalidade do risco criado que encontra fundamento jurídico no Art. 186 do Código Civil, baseando-se na configuração da culpa do administrador causador do dano, que somente encontra-se obrigado a reparar o dano quando age com dolo ou culpa esta nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia.

2.2 - Conceito de consumidor e fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor procurou em seu texto inserir os conceitos dos sujeitos da relação de consumo, assim define no artigo 2º a figura do consumidor. Na doutrina existem duas correntes para a definição de consumidor, os finalistas e os maximalistas.

Para os finalistas o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo, o consumidor é definido como o destinatário final do produto ou serviço, isto é, aquele que consumirá o produto ou serviço em sua plenitude, com um objetivo não profissional e sem utilizar o produto ou serviço com a finalidade de obter lucro.

O profissional não poderia ser considerado como consumidor, pois o preço do serviço ou produto que ele adquiriu seria incluído no preço das atividades que ele exerce, portanto, para os finalistas a destinação do bem deve ser para o uso doméstico e familiar.

Com esta visão os finalistas buscam restringir o grupo dos consumidores àquelas pessoas que realmente necessitam de proteção, pois são hipossuficientes, possibilitando, assim, um nível maior de proteção a este grupo, além disso, os finalistas alegam que a legislação empresaria possui meios próprios para a proteção do profissional-consumidor.

A posição maximalista é mais ampla que a finalista e entende que o CDC como sendo um regulamento para as relações de consumo em geral, não importando se o consumidor é pessoa jurídica ou física, desde que este seja o destinatário final do produto.

O Superior Tribunal de Justiça tem pendido ultimamente para teoria maximalista na grande de suas decisões, além da definição dada pelo legislador no artigo 2º, o CDC apresenta outras três definições por equiparação o parágrafo único do art. 2º, o art. 17 e o art.29.

O artigo 3º do CDC traz a definição de fornecedor sendo que esta busca englobar todas as atividades caracterizáveis como fornecimento de produtos ou serviços.

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> §1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> §2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Demonstrados os conceitos de consumidor e fornecedor, fecham-se os polos da relação consumo, que será uma relação jurídica onde de um lado teremos um consumidor e do outro um fornecedor.

3- A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O instituto da responsabilidade civil e tratado no CDC, com algumas diferenças em relação à regra geral do Código Civil; mas isso não quer dizer que não se apliquem aqui as mesmas regras que se aplicam ao Código Civil em relação à configuração da existência da responsabilidade.

Tratando-se da responsabilidade contratual pelo vício do produto ou do serviço como da responsabilidade extracontratual pelo fato do produto ou do serviço estarão incluídos os três elementos da responsabilidade: dano, ação ou omissão antijurídica, e o nexo de causalidade entre eles.

O Código consumerista adotou como preceito da responsabilidade do fornecedor a *teoria do risco da atividade* (ou *do empreendimento)*, de acordo com a qual aquele que explora atividade com o potencial de gerar danos a outrem deve ser responsabilizado por indenizar as eventuais vítimas, independentemente da vontade do fornecedor em produzir o dano. Observe-se que essa teoria foi incorporada com certa relatividade, pois há situações em que o elemento subjetivo é levado em conta pela legislação.

3.1 - A regra geral da responsabilidade civil no código de defesa do consumidor

A responsabilidade civil exigida pelo Código consumerista é objetiva, independente de culpa. Basta demonstra a existência de nexo causal entre o dano suportado pelo consumidor e o vício ou defeito no serviço ou produto.

Esta condição legislativa reflete a adoção feita pelo legislador da teoria do risco do negócio, dizendo a mesma que aquele que explora atividade econômica deve arcar com os danos causados por essa exploração, ainda que não tenha concorrido voluntariamente para a produção dos danos.

Assim, a presença do aspecto subjetivo no elemento "ato antijurídico" na relação triangular da responsabilidade civil (ato antijurídico + nexo de causalidade + dano),

Apresenta-se desnecessário. Ainda que ele tenha conduzido sua atuação com diligência, não incorrendo em culpa em momento algum, poderá vir a ser responsável pelo vício do produto ou serviço, ou ainda pelo acidente de consumo ocasionado pelo produto ou serviço.

3.2 - A exceção dos profissionais liberais

Ocorre uma exceção em favor da responsabilidade subjetiva a responsabilidade extracontratual (por *fato do serviço*) dos profissionais liberais[2] depende da demonstração da culpa (CDC 14, §4º). A responsabilidade contratual (pela adequação do serviço) é regulamentada pelo art. 20, onde não há menção a exceção qualquer em pro dos profissionais liberais; concorda que nos casos de descumprimento contratual a responsabilidade fosse subjetiva enquanto a extracontratual é objetiva seria um desatino jurídico.

Esta condição, de responder somente se demonstrado o elemento subjetivo, é a posição dominante na doutrina, condição esta limitada à responsabilização pessoal do profissional liberal, não se estendendo às pessoas jurídicas compostas por eles. Sendo que a apuração da culpa será efetuada de acordo com o CDC e apenas de forma supletiva pelo código civil.

O fornecimento de serviços por profissionais liberais tem a responsabilidade por danos apurada mediante verificação de culpa de acordo com o art.12, §4ºdo cdc [3]. É uma exceção ao princípio da responsabilidade objetiva, mas não foi afastado o princípio da inversão do ônus da prova. Nem os demais princípios do Código: proteção contratual, boa-fé etc.

Neste ponto novamente chamamos a atenção para o que nos ensina Plínio Lacerda Martins, *verbis:*

> Assim, quanto ao serviço efetivado por profissional liberal, a responsabilidade não será objetiva e sim subjetiva, o que implica dizer que o consumidor tem ônus de provar que num acidente de consumo à obtenção de uma indenização contra o médico, o dentista, implica provar que estes agiram com culpa (negligência, imperícia ou imprudência). Já em relação a uma empresa que presta um serviço jurídico ou mesmo médico, a responsabilidade é objetiva, não tratando de responsabilidade pessoa ds profissionais liberais.

[2] Profissional liberal é a profissão de nível superior caracterizada pela inexistência de qualquer vinculação hierárquica e pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos.

[3] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

> É importante distinguir o serviço prestado por um profissional liberal, como no caso do médico, e o serviço prestado por ou grupo de profissionais associados, configurando uma empresa de serviço, sendo que este grupo de médicos poderá ser responsabilizado de forma objetiva.

Restou consignar que o art. 14, parágrafo 4º, está inserido dentro do capítulo da responsabilidade pelo fato do produto/serviço (seção III), envolvendo o serviço prestado por um fornecedor (profissional liberal), serviço este defeituoso que ocasiona acidente de consumo, razão de a responsabilidade ser subjetiva.

> Em relação ao serviço prestado pelo profissional liberal que apresenta vício de qualidade, a doutrina entende que a responsabilidade do profissional é também subjetiva, devendo fazer a distinção entre a obrigação de meio e resultado assumida pelo profissional.
> Leciona Sergio Cavalieri que continua a ser aplicável a regra da responsabilidade subjetiva com culpa provada, no caso da obrigação de meio, e responsabilidade subjetiva com culpa presumida no caso de obrigação de resultado em caso de profissional liberal.
> Nas obrigações de meio, o profissional se obriga a empenhar todos os esforços possíveis para a prestação de determinados serviços, não existindo qualquer compromisso com a obtenção de um resultado específico, respondendo somente pelo art. 14 (negligência, imprudência ou imperícia). Já nas obrigações de resultado, o profissional assegura o resultado específico, entendendo parte da doutrina que o profissional deve responder objetivamente pelo não resultado, independentemente dos fatores, salvo o caso fortuito e de força maior, que são causas de exclusão da responsabilidade civil. "Neste sentido, não se perquire a cultura do profissional, haja vista que ele assegurou uma obrigação de resultado, respondendo assim de forma objetiva". (MARTINS *apud* REIS, 2005, p. 43-44)

3.3 Os direitos fundamentais em face ao direito consumerista

Como podemos observar de acordo com Sergio Resende de Barros o direito do consumidor tem status de direito fundamental da 3º geração por sua característica difusa e coletiva.

> (...) Nada mais é preciso acrescentar para mostrar que a natureza bivalente do direito do consumidor – simultaneamente categorial e difuso – dá-lhe uma eficácia social redobrada, pois, ao mesmo tempo, lhe enseja proteger juridicamente uma categoria – o consumidor – , e também, por esse meio, defender a própria sociedade contra os riscos de abalo ou ruína que acompanham a deterioração das relações jurídicas de consumo, seja pelo crescimento, seja pelo definhamento desordenados. (BARROS, 2007, p.5)

E de acordo com André de Carvalho Ramos em âmbito internacional também se considera o direito do consumidor como direito fundamental que propicia o desenvolvimento econômico bem como o livre comercio entre as nações possibilitando a integração mundial.

> (...) Também nas relações econômicas internacionais, o Brasil deve se pautar pelo respeito ao direito dos consumidores. Nesse sentido, coroando uma nova fase da harmonização do Direito do Consumidor no Mercosul foi editada a Declaração Presidencial dos Direitos Fundamentais dos Consumidores do Mercosul (aprovada na XLX Reunião do Conselho Mercado Comum, realizada em Florianópolis, nos dias 14 e 15 de dezembro de 2000), que evitou tratar os direitos do consumidor como barreira não tarifária ao comércio. Pelo contrário, os "considerandos" da Declaração reforçam o caráter de direito fundamental do direito do consumidor, realçando que "os regimes democráticos se baseiam no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, incluídos os direitos do consumidor". Nesse sentido, os Estados reconheceram que "a defesa do consumidor é um elemento indissociável e essencial do desenvolvimento econômico equilibrado e sustentável do Mercosul". Sem contar que os Estados aceitaram que, em "um processo de integração, com livre circulação de produtos e serviços, o equilíbrio na relação de consumo, baseado na boa-fé, requer que o consumidor, como agente econômico e sujeito de direito, disponha de uma proteção especial em atenção a sua vulnerabilidade".(RAMOS, 2017, p.779-780)

Em tempo o mesmo autor defende que a defesa do consumidor se sobrepõe ao principio da livre iniciativa, entendimento este corroborado como a jurisprudência pátria, aspirando à redução da desigualdade e reconhecendo a hipossuficiência do cidadão frente aos fornecedores.

> (...)A defesa do consumidor deve ser um imperativo também da ordem econômica brasileira, como dispõe o art. 170, V, da CF/88. Nesse sentido, o STF decidiu que "o princípio da livre-iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor" (RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-6-2005, Segunda Turma, DJ de 5-8-2005). Assim, é imprescindível que o Estado brasileiro, por meio de políticas públicas, concilie a livre-iniciativa e a livre concorrência com os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais. (BARROS, 2007, p.778)

Sendo que, o professor José Emílio Medauar Ommati observa que os direitos fundamentais não são absolutos, no entanto cabe o operador través da hermenêutica jurídica solucionar o conflito aparente de normas envolvendo o citato instituto..

> Tem se apresentado como um certo consenso na doutrina constitucionalista brasileira a afirmação no sentido de que os direitos fundamentais são relativos. Não há direitos fundamentais absolutos e tais direitos podem entrar em colisão, devendo o intérprete solucionar tal colisão através do método da proporcionalidade. Isso porque os direitos fundamentais se apresentam como uma ordem concreta de valores . (OMMATI, 2007, p.56)

Observa-se que alguns doutrinadores tem abandonado a expressão "gerações" para apontar a evolução dos direitos fundamentais, pois acreditam que o citado termo transmite a ideia de substituição utilizando assim o terminologia "dimensão.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço está expressa na seção II, do capítulo IV, do Código de Defesa do Consumidor, artigos 12 a 17. Conforme pode ser observado nos artigos mencionados, são vários s aspectos que podem ser analisados a fim de ter um melhor entendimento da matéria.

No que diz respeito à responsabilidade civil podemos dizer que a grande alteração do Código do Consumidor foi exatamente a substituição do sistema tradicional da responsabilidade civil, baseada na culpa, pelo sistema da responsabilidade objetiva.

A adoção desta teoria pode ser facilmente observada nos artigos 12 e 14, onde está expresso *respondem independentemente da existência da culpa*. A teoria da responsabilidade civil objetiva, ou doutrina de risco, corresponde, em termos científicos, à necessidade de se resolver casos de danos que, pelo menos com acerto técnico, não seriam reparados pelo critério clássico da culpa.

Assim, atualmente o Código de Defesa do Consumidor afastou-se do direito tradicional, dando um fundamento objetivo ao dever de indenizar, que no entender de Aldírio Bugarelli,

> Não importa mais se o responsável legal agiu com ou sem culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso. É que a responsabilidade civil sem culpa, enquanto natureza excepcional, se impõe no campo das relações de consumo como único meio de viabilizar na prática o direito do consumidor de ser indenizado quando lesado pela persuasão oculta ou por sutis comportamentos de mercado lesivos ao interesse geral. (BUGARELLI *apud* AFONSO e FILHO, 2000, p.70).

Neste campo, a única exceção que se apresenta à responsabilidade nas relações de consumo é o caso das profissões liberais, conforme dispõe expressamente o artigo 14, parágrafo 4º c CDC, que exige, para sua responsabilização, a demonstração da culpa no sentido tradicional.

A principal pergunta que se levanta ao estudioso é a de buscar o porquê do tratamento mais benéfico aos profissionais liberais outorgado pelo CDC. Esclarecendo o assunto, Tupinambá Castro d Nascimento afirma que:

> Abstraídos tais profissionais, a responsabilidade dos demais se forma, porque, no contrato acerca das relações de consumo, o fornecedor se obriga a alcançar determinado resultado ou a transmitir um produto com certas características de qualidade, quantidade, etc. nas obrigações de resultado, o devedor se compromete e o credor pode exigir a produção de um resultado, sob pena de ter a relação jurídica aperfeiçoada como inadimplida. Daí pouco interessa a culpa e, sim a inocorrência do resultado prometido e contratado. (NASCIMENTO apud FILHO, 2000, p.70).

Percebe-se, pois, que a distinção de tratamento entre os demais fornecedores e os profissionais liberais tem a sua origem exatamente na distinção das *obrigações de resultado* (aquelas em que o devedor se obriga a atingir determinado fim contratado) e das *obrigações de meio* (aquelas em que o devedor envida todos os esforços para atingir determinado fim), obrigações estas tradicionais no direito privado, sempre que na relação de consumo se estipule um vínculo que tenha por objeto a utilização de todos os esforços à disposição do fornecedor liberal para alcançar certo resultado.

Todavia, para aplicarmos com exatidão o referido dispositivo, devemos ter certeza da definição de profissão liberal, pois é nela que se concentra a solução dos casos práticos que

ocorrem na realidade. O próprio Tupinambá Castor Nascimento, esclarece a questão no seguinte sentido:

> Há uma primeira colocação que advém do objetivo liberal. É toda profissão cujo exercício se dá por conta e risco próprio. Na pureza da expressão, profissional liberal é quem não mantém vínculo de emprego subordinado a terceira pessoa em relação à atividade que presta. O que se está acentuando é que a atividade que presta como profissional liberal é por conta própria, sem qualquer vínculo de subordinação com outrem. Entretanto, nem tudo que tem autonomia na prestação de serviço é profissional liberal.
>
> Um reparador de rede residencial que trabalha por conta própria, sem relação empregatícia, é um autônomo, mas não um profissional liberal. Este se configura, além da autonomia, o conteúdo de serviço executado depende de conhecimentos científicos alcançados numa universidade, com concessão de habilitação. São os advogados, médicos, dentistas, farmacêuticos, etc. (NASCIMENTO *apud* FILHO, 2000, P. 71).

4.1 - Conceito de produto defeituoso

De acordo com o art. 3º, § 1º do CDC produto é qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. E conforme o art. 2º do mesmo dispositivo legal - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancárias, financeiras, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Finalmente, no que diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, resta-nos determinar quando o produto ou serviço pode ser considerado *defeituoso*.

Nesse sentido, o Código busca delimitar a noção de defeito dando uma certa precisão a este conceito indeterminado, quando reza que "o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando em consideração as circunstâncias relevantes", acrescentando que entre estas circunstâncias, devem ser incluídas: I) a sua apresentação; II) o uso e os riscos que razoavelmente se esperam; III) a época em que se deu a comercialização.

As Jurisprudências em questão retratam no caso concreto como se opera o código de defesa do consumidor em relação ao fato do produto ou fato do serviço. Nos casos em questão, ocorreu o fato do produto tendo como objeto a entrada no mercado de placebos do

anticoncepcional microvilar, resultando como evento danoso várias gravidezes indesejadas, ensejando assim pedidos de indenização por todo pais utilizando-se da responsabilidade objetiva do fornecedor facilitando assim os meios probatórios, tendo como ônus a comprovação do dano e o nexo de causalidade apenas. Sendo assim respeitados princípios protetivos do consumidor face dos grandes fornecedores.

4.2 – Diferenças entre vicio do produto e serviço x fato do produto e serviço

O vício do produto previsto nos arts. 18 a 25 do CDC se configura pelo mau funcionamento do produto, não resultando em risco a incolumidade física ou segurança do consumidor, impedindo o funcionamento deste, tendo como exemplo do vício do produto um aparelho de som automotivo novo que não sintoniza as estações, serviço de internet que não possibilita conexão, haja vista, os vícios dos serviços, acontecem quando estes não realizam o objeto contratado não expondo o consumidor a risco tendo como exemplo consertos ineficientes de eletrodomésticos que não coloquem o usuário em risco.

O fato do produto, conseguinte, proporcionam riscos a saúde e segurança do consumidor, sendo que, havendo defeito que apresentem temeridades a integridade física e psicológica do consumidor, acontece acidente de consumo. Por exemplo, O celular que explode o automóvel que não executa. Fato do serviço e caracterizado pela a prestação de serviço que causa risco a saúde e segurança do consumidor como a instalação incorreta de um sistema de gás de cozinha.

5- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O longo Caminho percorrido pela legislação consumerista nacional para que tenhamos a nossa disposição uma avançada codificação sobre os direitos do consumidor e uma grande vitória já apontada na criação da constituição da república de 1988, a chamada constituição cidadã, sendo que esta reconheceu o direito difuso de terceira geração que tutela as relações de consumo sendo um marco referencial de regulação do tema.

Deste modo, de acordo com a origem da responsabilidade civil e sua aplicação no direito nacional, a teoria adotada pelo antigo código civil, que se utilizava da responsabilização decorrente da culpa se tornou obsoleta. Inspirando-se nos os avanços

tecnológicos e jurídicos fundados os legisladores começaram a adota a teoria do risco, ou seja, responsabilidade objetiva.

Concebida para acompanhar a revolução industrial e tecnológica que mudou a sociedade contemporânea, tornando obsoletas as disciplinas legais existentes, tendo com resultado um confronto entre as leis e os fatos sociais, propiciando um grande desequilíbrio entre fornecedores e consumidores.

A partir da vigência do código do consumerista vieram à tona vários conceitos antes esquecidos.

O importante conceito de consumidor que se subdivide em três definições diferentes, a primeira se fundamenta no art. 2º que elenca duas condicionantes, aquisição ou utilização de um bem ou serviço e a destinação ao uso privado, incluindo o uso dos familiares e amigos do adquirente ou contratante. A segunda definição se encontra, no Art., 17, que considera todas as vítimas do evento como consumidor. E a terceira localiza-se no art. 29 que equipara o consumidor a todas as pessoas determináveis ou não, expostas as praticas comerciais.

A conceituação de fornecedor encontra-se, no art.3º, que abrange três tipos de fornecedor, O fornecedor real é o realizador do produto, podendo ser tanto pessoa física ou jurídica, que sob sua responsabilidade participa do processo de fabricação total ou. O fornecedor aparente que não participa do processo de fabricação ou produção mais se apresenta como fabricante. E o fornecedor presumido sendo aquele que importa o produto ou que comercializa o mesmo sem identificação precisa de seu fabricante, produtor, importador ou construtor.

A definição de produtos, sendo o mesmo qualquer objeto de interesse que são ofertados em uma relação de consumo, destinados a suprir as necessidades do adquirente.

O conceito de serviços e qualquer atividade disponibilizada no mercado para consumo, de forma onerosa, englobando os serviços efetuados por instituições financeiras.

Terminadas as exposições normativas iniciais, sobre o estudo da responsabilização civil pelo fato do produto e do serviço, decorrentes de um evento danoso à saúde ou segurança do consumidor em consequência da inclusão de produtos defeituosos no mercado, caracterizando o acidente de consumo.

O grande problema na aplicação da lei consumerista no caso concreto e identificação dos responsáveis é assim como os defeitos que são conceitos que estão sujeito a valoração, podendo somente o juiz efetuar esta analise dependendo da particularidade do produto ou todas as circunstancias do caso.

Afirmamos que os defeitos são classificados como defeitos de projeto ou construção, referente a erros na projeção, escolha de materiais. Os defeitos de fabricação que são resultantes da fabricação do produto são esperados e de certa forma inevitáveis, porque incidem nos mais altos processos de controle. Os defeitos de informação acontecem da ausência, insuficiência ou inadequação de informações, advertências ou instruções sobre o seu uso e perigos.

Encontrados os defeitos que são passives de reparação, a legislação consumerista apresenta as causas excludentes de responsabilidade elencadas no art. 12, § 3º. , que confirmadas pelo fornecedor suprimem o nexo de causalidade entre o produto e o dano.

Sendo assim a primeira proposição do fornecedor e provar que não inclui o produto ao mercado ou que foi produto de furto ou roubo indo às ruas sem sua vontade. A segunda proposição é provar a inexistência do defeito, provando que o uso normal, típico e razoável não causa dano ao consumidor. E como última alternativa prova à culpa exclusiva da vítima.

Ao debater o tema, podemos chegar à conclusão que é necessário um sistema jurisdicional rápido e efetivo, que supra a expectativa dos cidadãos, visando à proteção dos direitos dos consumidores, utilizando-se de princípios e regras que esta lei prevê, consubstanciadas com o instituto dos direitos fundamentais, que relativizam conceitos como o da livre iniciativa, reconhecendo a vulnerabilidade econômica do consumidor frente ao mercado, possibilitando o exercício pleno da cidadania, haja vista a necessidade de aquisição de bens e serviço na vida cotidiana em sociedade.

6 - REFERÊNCIAS

BARROS, Sergio Resende de. **Direito do consumidor e gerações de direito**. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24743-24745-1-PB.pdf >. Acesso em: 31 mar.2019

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 5. Ed.rev.. São Paulo: Malheiros, 2003.

FILHO, Domingos Afonso Kriger. **A responsabilidade civil e penal no código de proteção e defesa o consumidor**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

FILOMENO, Jose Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FIUZA, César. Direito Civil curso completo. 5.ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

GRINOVER, Ada Pelegrini**. Código Brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar**. Uma Teoria dos direitos fundamentais.** 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

REIS, Henrique Marcello dos; REIS, Claudia Nunes Pascon dos. **Direito do consumidor**. Vol. 6. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade civil.** 3.ed. São Paulo: Atlas. 2003