



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA

**O DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO À
INFORMAÇÃO SOBRE A GARANTIA LEGAL DOS BENS
DIANTE DE VÍCIOS: A IMPRESCINDÍVEL HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL EM BUSCA DA EFETIVIDADE**

Salvador

2013

JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA

**O DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO À
INFORMAÇÃO SOBRE A GARANTIA LEGAL DOS BENS
DIANTE DE VÍCIOS: A IMPRESCINDÍVEL HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL EM BUSCA DA EFETIVIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cesar Bezerra

Salvador
2013

SILVA, Joseane Suzart Lopes.

O Direito do Consumidor Brasileiro à Informação sobre a Garantia Legal dos Bens diante de Vícios: a imprescindível Hermenêutica Constitucional em busca da Efetividade/ Joseane Suzart Lopes da Silva. 2013.

501 f.: il

Orientador: Professor Doutor Paulo Cesar Santos Bezerra.

Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

1. 2. 3. – Universidade Federal da Bahia. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. III. Título.

CDU:

CDD:

JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA

**O DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO À
INFORMAÇÃO SOBRE A GARANTIA LEGAL DOS BENS
DIANTE DE VÍCIOS: A IMPRESCINDÍVEL HERMENÊUTICA
CONSTITUCIONAL EM BUSCA DA EFETIVIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito,
Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em
Direito.

Aprovada em 12 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Paulo Cesar Santos Bezerra – Orientador _____
Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Bruno Nubens Miragem _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil.
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Cláudia Lima Marques _____
Doutora pela Universidade de Heidelberg, Alemanha.
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Manoel Jorge e Silva Neto _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, Brasil.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Ricardo Maurício Freire Soares _____
Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza.
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

A informação é elemento fundamental na constituição de uma verdadeira democracia. Deve-se acabar com a prática de sonegar informações ou falseá-las. Mas mesmo sem essa sonegação ilegítima de informação, permanece o problema de que o volume total de informação real e necessária dado ao cidadão mediano é quase zero. E isso vale não apenas quanto ao cidadão mediano. (...) Infelizmente, a maioria dessas mesmas pessoas, por sua vez, tem no máximo uma inteligência meramente manipulativa. Tem pouca capacidade para compreender as forças que atuam debaixo da superfície e, daí, serem incapazes de fazer julgamentos corretos quanto aos acontecimentos futuros. FROMM, Erich. *Ter ou ser?* Trad. Nathanael C. Caixeiro. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 188.

Quando compro um aparelho celular, televisão, geladeira etc., guardo com muito cuidado o pedaço de papel que recebo logo após a compra, pois é o que eles chamam de garantia. Se tiver algum problema com o que comprei, tenho que seguir as orientações que estão naquele documento e se ele não diz como resolver, ou se traz um prazo curto para reclamar, não sei o que fazer. Tenho que procurar ajuda na PROCON. Já teve um caso de um vizinho que comprou um celular e recebeu aquela garantia dizendo que, caso tivesse problema, só podia trocar na loja em 48 horas. Depois de dois meses, o celular parou de funcionar e o meu vizinho não conseguiu trocar. Teve que ir para a justiça. Maria José dos Santos Silva, professora, formação superior completa, entrevistada pelos discentes da Faculdade de Direito da UFBA que integraram o Grupo de Pesquisa “Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo”, instituído em 2011 e finalizado em 2012. SILVA, Joseane Suzart Lopes da Silva; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos (Orgs.). *Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo*. Salvador: Paginae, 2012.

Ao grande pilar da minha vida, meu esposo, Gervásio Lopes da Silva Júnior, que vem sempre contribuindo para os meus progressos. Tenho conseguido desenvolver muitas atividades no Ministério Público do Estado da Bahia e na Faculdade de Direito da UFBA em razão do enorme suporte que você tem disponibilizado. Saiba que, sem você, não teria a alegria e nem o prazer de viver!

À Ana Clara e Clarissa Suzart Lopes da Silva, minhas queridas filhas e companheiras de todas as horas, principalmente, pelos momentos ausentes, para a finalização deste trabalho. Vocês me permitiram compartilhar o prazer de ser mãe e de acreditar que é possível conjugar esse divino papel com a profissão e o estudo. Sem vocês, a vida não seria tão maravilhosa sem as minhas duas princesas!

A todos os consumidores que sofrem as agruras das práticas abusivas impostas pelo mercado de fornecimento de produtos e serviços no que concerne à negativa de respeitar a proteção legal prevista. Que possamos lutar juntos por um mercado mais harmônico e menos voraz!

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Paulo Bezerra, pessoa extremamente brilhante, inteligente e ao mesmo tempo humilde e tranquila, que, mesmo com todos os problemas de saúde vivenciados, não se negou a continuar auxiliando-me nesta etapa da minha formação profissional, indicando importantes obras, refletindo sobre o meu trabalho e sugerindo correções necessárias.

Ao Professor Manoel Jorge Silva e Neto, profissional altamente competente na seara do Ministério Público do Trabalho e professor exemplar que colaborou com a minha formação nesta Pós-Graduação, não posso deixar de externar o meu apreço, eis que toda a parte referente à proteção constitucional ao consumidor resultou das suas palavras e escritos iluminadores.

Ao Professor Ricardo Maurício Freire Soares, querido docente e competente atual gestor da Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado da Bahia – PROCON/BA que vem desenvolvendo um intenso, inestimável e excelente trabalho neste setor, meu imenso agradecimento pelo auxílio e por participar desta banca.

Ao Professor Bruno Miragem, quem considero ser, atualmente, um dos grandes baluartes da seara doutrinária da proteção e defesa do consumidor, cujas obras têm sido meus “livros de cabeceira”, por ter concordado em participar desta banca e por ter estado presente durante o meu processo seletivo para docente desta Instituição.

À Professora Cláudia Lima Marques, uma das mais brilhantes doutrinadoras no campo consumerista, cuja competência, inteligência e reconhecimento em sede nacional e internacional, não afetou a sua simplicidade e a meritória postura de sempre colaborar com o crescimento profissional daqueles que trilham o caminho da proteção do consumidor, aceitando, mesmo de forma atribulada e sobrecarregada, participar desta defesa.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelas informações prestadas e pelo auxílio de sempre.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABDECON – Associação Baiana de Defesa do Consumidor.

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

ADin – Ação de Inconstitucionalidade.

ADOC - Associação de Defesa e Orientação do Consumidor.

ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas.

APC - Associação de Proteção ao Consumidor.

BC – Banco Central.

BGB – Código Civil Alemão.

BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

CC – Código Civil.

CCT- Consumer Culture Theory ou Teoria da Cultura do Consumo.

CDC – Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor.

CEE – Comunidade Econômica Europeia.

CF – Constituição Federal Brasileira.

CMN - Conselho Monetário Nacional.

CNPL - Estatuto da Confederação Nacional das Profissões Liberais.

CNUDCI - Comissão das Nações Unidas Para o Direito do Comércio Internacional

CODECON – Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor.

COMDECON - Coordenadoria Municipal de Defesa do Consumidor.

CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CONSIF - Confederação Nacional das Instituições Financeiras.

CTN – Código Tributário Nacional.

DECON – Delegacia do Consumidor.

DPDC – Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor.

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

EC - Emenda Constitucional.

FTC - Federal Trade Commission.

IC – Inquérito Civil.

Id. – Idem.

MJ – Ministério da Justiça.

MPE – Ministério Público Estadual.

MPF – Ministério Público Federal.

NCC – Novo Código Civil.

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil.

ONU – Organização das Nações Unidas.

PAPIC – Procedimento Administrativo Preparatório para Inquérito Civil.

PROCON – Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor.

REsp – Recurso Especial.

RT – Revista dos Tribunais.

SENACON – Secretaria Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor.

SDE – Secretaria de Direito Econômico.

SESP - Secretaria Municipal de Serviços Públicos.

SFN - Sistema Financeiro Nacional.

SNDC – Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta.

TST – Tribunal Superior do Trabalho.

.g. – verbi gratia.

RESUMO

Trata a presente tese do problema referente à ausência de efetividade do direito do consumidor à informação e à educação sobre a garantia legal dos produtos e serviços diante dos vícios que podem acometê-los. Arregimentou-se, como hipótese central, se os princípios previstos na Lei n. 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor- seriam suficientes para exigir do fornecedor que informe ao consumidor sobre a existência da proteção legal ao conceder a garantia contratual, porquanto, não existe norma que determine expressamente esse dever e, no campo concreto, aquele vem se omitindo; ou se as normas legais existentes seriam suficientes para solucionar a questão, desde que submetidas à hermenêutica crítica das disposições constitucionais que erigiram o direito consumidor ao patamar de fundamental. Objetivou-se, assim, examinar, de forma crítica, o deficitário direito do consumidor à informação e à educação acerca da proteção legal deferida e as providências concretas que podem contribuir para a sua implementação. Utilizaram-se, para tanto, os métodos hipotético-dedutivo, dialético, argumentativo, hermenêutico, histórico e monográfico, visto que o tratamento do tema não se concretizou apenas sob a ótica dogmática, transpondo-se para o âmbito zetético e interdisciplinar, envolvendo o Direito das Relações de Consumo e o Direito Constitucional e, ainda, aspectos filosóficos e sociológicos relevantes, além das pesquisas exploratória, bibliográfica, documental e de campo, valendo-se das técnicas da documentação indireta e direta intensivas (entrevistas e formulários). Realizou-se, em quatro capítulos, a análise das origens históricas da relação jurídica de consumo, dos sujeitos participantes, dos produtos e serviços e dos vícios que podem afetá-los, da responsabilidade dos integrantes da cadeia de fornecimento, à luz das disposições legais e constitucionais. O direito à informação e à educação do consumidor foi examinado sob a ótica constitucional e legal no quinto capítulo, destinando-se o sétimo e o oitavo a tratar da necessária hermenêutica constitucional e da promoção da efetividade do direito do consumidor. Concluiu-se, através da pesquisa de campo realizada, que o problema existe no plano concreto e que a solução não se encontra atrelada à modificação das normas jurídicas existentes nem tampouco na utilização dos discursos exegético-positivista ou discursivo-procedimental, mas, sim, na adoção da “Hermenêutica Crítica Constitucional”, não com base na ponderação entre o direito fundamental do consumidor e a livre iniciativa, já que se encontram em planos constitucionais distintos, devendo o primeiro predominar equilibradamente em face da segunda. Assim, os entes que integram o Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor podem, através de medidas extrajudiciais e judiciais, convocar os fornecedores para agirem de modo lícito, bem como promoverem a educação da população.

PALAVRAS-CHAVE: GARANTIA LEGAL – BENS DE CONSUMO – INFORMAÇÃO – EDUCAÇÃO – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – EFETIVIDADE.

ABSTRACT

The current thesis examines the problem of lack of effectiveness of consumer rights to information and education regarding the legal guarantee for products and services against defects those may contain. The central question is whether it is necessary to alter Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – so that it expressly obligates suppliers to inform consumers about the existence of legal protection – which is frequently omitted – and determines how such information should be supplied or whether existing regulations suffice to solve the issue after a critical interpretation of constitutional provisions that regards consumer protection as a fundamental right. The main aim of this work is a critical examination of the deficient consumer rights to information and education as well as of concrete steps that could lead to their implementation. Several methods have been employed in order to accomplish that goal, so that the study goes beyond a merely dogmatic standpoint and encompasses areas such as Constitutional Law, philosophy and sociology in addition to an extensive bibliography and a field research. The first four chapters analyze in light of legal and constitutional provisions the historical origins of consumer protection, its subjects, products, services, defects and the liability of those along the supply chain. The right to information and consumer education has been examined from a constitutional standpoint in the fifth chapter. Chapter seven and eight are devoted to constitutional hermeneutics and the promotion of consumer protection's effectiveness. The field research points to the conclusion that the problem exists at a concrete level and that solution isn't associated with a legal reform, nor can it proceed from traditional discourses, but from the adoption of a critical constitutional hermeneutics based not on a process of weighing the fundamental right to consumer protection against free enterprise, given that both are given different kinds of constitutional protection, so that the former should prevail harmoniously over the latter. Thus the institutions composing the Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (national system for consumer protection) should take judicial and extrajudicial measures to compel suppliers to act within the law and promote consumer education, so that society can take an active role.

KEY WORDS: LEGAL GUARANTEE – CONSUMERS THINGS – INFORMATION – EDUCATION – CRITICAL CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS – EFFECTIVENESS.

KURZ GESAGT

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Problem der Unwirksamkeit des Verbraucherrechtes auf Information und Belehrung über die gesetzliche Garantie von Gütern und Dienstleistungen. Sie geht der Frage nach, ob es nötig wäre, das Gesetz n. 8.078/90 zu ändern, damit es die Anbieter ausdrücklich dazu verpflichtet, die Verbraucher über den gesetzlichen Schutz zu informieren, und zudem festlegt, wie die Informationsvermittlung und Belehrung erfolgen sollen; oder ob die existierenden Rechtsnormen ausreichen würden, die Angelegenheit zu lösen, solange die Normen nach der kritischen Verfassungslehre betrachtet werden, die den Verbraucherschutz zum Grundrecht erhoben hat. Anliegen ist eine kritische Untersuchung der besagten Verbraucherrechte sowie der konkreten Maßnahmen, die zu deren Geltendmachung beitragen können. Hierfür wurden verschiedene Methoden in Anspruch genommen, sodass die Analyse über lediglich dogmatische Aspekte hinausgeht und unterschiedliche Gebiete umfasst, wie z.B. das Verfassungsrecht, die Philosophie und die Soziologie. Umfangreiche Literaturangaben wurden in Betracht gezogen sowie Ergebnisse einer Feldforschung. Die vier ersten Kapitel widmen sich einem geschichtlichen Rückblick des Verbraucherschutzes und der Darlegung dessen Akteure, der Arten von Produkten, Dienstleistungen und Mängeln, mit denen sie behaftet sein können, sowie der Haftung von Herstellern und Vertreibern. Das fünfte Kapitel befasst sich mit dem Recht auf Information und Belehrung aus einer verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Perspektive. Das Siebte und Achte haben zum Thema die Verfassungshermeneutik und die Erzielung der Wirksamkeit des Verbraucherschutzes. Aus der Feldforschung lässt sich schließen, dass das Problem auf konkreter Ebene besteht und die Lösung weder Gesetzänderungen noch der Verwendung exegetisch-positivistischen und diskursiv-prozeduralen Diskurse bedarf, sondern der Anwendung einer kritischen Verfassungshermeneutik, die nicht auf einer Abwägung zwischen Verbraucherschutz und freier Marktwirtschaft beruht, da beide durch die Verfassung geschützt sind und in Einklang stehen sollen. Folglich sollen die Träger des Verbraucherschutzes durch gerichtliche und außergerichtliche Maßnahmen zu einem legitimen Vorgehen veranlassen und dafür sorgen, dass die Zivilgesellschaft aktiver wird.

SCHLÜSSELWÖRTER: GESETZLICHE GARANTIE - KONSUMGÜTER -
INFORMATION - RECHTSBELEHRUNG - VERFASSUNGHERMENEUTIK -
WIRKSAMKEIT

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	18
2	PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO CONSUMIDOR:	
	ESCORÇO HISTÓRICO E NATUREZA JURÍDICA	24
2.1	DA ANTIGUIDADE À IDADE MÉDIA	26
2.2	ABSOLUTISMO MONÁRQUICO E INÍCIO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL	31
2.3	CONSUMO DE BENS E ETAPAS DO CAPITALISMO	38
2.3.1	“Capitalismo Liberal” ou “Criativo”	39
2.3.2	“Capitalismo Organizado”, “de Grupo” ou “de Investimento”	45
2.3.3	“Capitalismo Monopolista” ou “Desorganizado”	51
2.3.4	Fase Pós-moderna do Capitalismo de Consumo	58
2.4	NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR	65
2.4.1	O Direito Fundamental do Consumidor	65
2.4.2	Normas programáticas em prol do consumidor	71
2.4.3	Competência legislativa dos entes federados	75
3	RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CONSUMERISTA:	
	SUJEITOS INTEGRANTES E OBJETO	79
3.1	CONSUMIDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS	80
3.1.1	Concepção Individual e Coletiva do Consumidor	85
3.1.2	Consumidor Equiparado, <i>by Standard</i> ou <i>in Abstracto</i>	88
3.1.3	Pessoa Jurídica Consumidora	93
3.1.4	<i>Kidults</i> e os Subconsumidores ou Consumidores Falhos	99
3.2	FORNECEDOR DE BENS DE CONSUMO	102
3.3	OBJETO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	110
3.3.1	Noção de Produto	113
3.3.2	Prestação de Serviço	115

3.3.2.1 Atividades de Natureza Bancária e Financeira	116
3.3.2.2 Atividades de Crédito	119
3.3.2.3 Atividades Securitárias	121
3.3.2.4 Serviços Públicos	124
3.3.2.5 Relações Trabalhistas	130
3.3.2.6 Prestação de Serviços por Advogados	142
4 GARANTIAS DOS BENS DE CONSUMO: ASPECTOS GERAIS	148
4.1 GARANTIA LEGAL OU IMPLIED WARRANTY.....	148
4.2 GARANTIA CONTRATUAL, CONVENCIONAL OU EXPRESS WARRANTY	153
4.3 GARANTIA ESTENDIDA	160
4.4. VÍCIOS DOS BENS DE CONSUMO: CONCEITOS BÁSICOS	165
4.5. CONTAGEM DOS PRAZOS DAS GARANTIAS	171
4.5.1 Posicionamentos divergentes sobre a contagem dos prazos das garantias	176
4.5.2. Análise dos dados da Pesquisa de Campo	181
4.6 RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR EM FACE DA GARANTIA DOS BENS DE CONSUMO:	182
4.6.1 Segurança dos Produtos e Serviços	183
4.6.2 Teoria da Qualidade dos Bens de Consumo	186
4.6.3 Responsabilidade do Fornecedor diante do descumprimento da garantia dos bens	194
5 GARANTIA DOS BENS DE CONSUMO DIANTE DOS VÍCIOS POR INSEGURANÇA E POR INADEQUAÇÃO INCIDENTES	210
5.1 VÍCIOS POR INSEGURANÇA E OS ACIDENTES DE CONSUMO	210
5.1.1 Produto e Serviço defeituoso	211
5.1.2 Responsáveis pelos Acidentes de Consumo	216
5.1.3. Participantes da Cadeia de Fornecimento	217
5.1.4. Profissionais Liberais	222
5.2 VÍCIOS POR INADEQUAÇÃO DOS BENS DE CONSUMO	227
5.2.1 Vícios de Qualidade dos Produtos	228
5.2.2 Alternativas perante os Vícios dos Produtos	230
5.2.3 Vícios de Quantidade do Produto	235

5.2.4 Vícios de Qualidade dos Serviços	239
5.2.4.1 Alternativas à disposição dos consumidores	239
5.2.4.2 Vícios nos Serviços Públicos	243
5.2.5. Responsáveis pelos Vícios por Inadequação	247
5.3 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR, MESMO COM A INCIDÊNCIA DA GARANTIA LEGAL	252
5.3.1 Situação do Bem de Consumo	253
5.3.2 Risco do Desenvolvimento	255
5.3.3 Conduta do Consumidor ou de Terceiros	258
5.3.4 Caso Fortuito e Força Maior	261
6 DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO SOBRE A GARANTIA LEGAL DOS BENS DE CONSUMO	265
6.1 CONCEITO, CONTEÚDO E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO	265
6.2 IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO: COROLÁRIO DA ETICIDADE	273
6.3 DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	278
6.3.1 Direito à Informação: desdobramento da Liberdade de Informação	278
6.3.2 Direito do Consumidor: matriz fundamental	282
6.3.3 Eficácia Horizontal do Direito do Consumidor e a Posição Dominante do Fornecedor	287
6.3.4 Efeitos do Direito do Consumidor nas Relações Privadas	293
6.3.5 A Proteção do Consumidor como Princípio da Ordem Econômica	295
6.3.6 Importância e Eficácia do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988	301
6.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO	305
6.4.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor	306
6.4.2 Princípio da Transparência	313
6.4.3 Princípios do Equilíbrio, da Solidariedade e a Cláusula Geral da Boa-Fé Objetiva	315
6.4.4 Princípio da Intervenção do Estado e a Importância da Educação do Consumidor	319

7 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO ESSENCIAL PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO	324
7.1 DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E O CONTEÚDO PÓS-MODERNO	324
7.2 CORRENTES EXEGÉTICA POSITIVISTA, DISCURSIVA PROCEDIMENTAL E A HERMENÊUTICA CRÍTICA	329
7.2.1 Discurso Exegético-Positivista	330
7.2.2 Concepção Discursiva Procedimental	333
7.2.3 Hermenêutica Crítica	338
7.3 HERMENÊUTICA SISTEMÁTICA E AXIOLÓGICA EM PROL DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO	346
7.3.1 Concepção Sistemática do Problema	347
7.3.2 Inegável Influência dos Valores	353
7.4 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM PROL DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO	361
7.4.1 Processos Clássicos de Interpretação das Normas Constitucionais	362
7.4.2 Princípios de Interpretação das Normas Constitucionais	366
7.4.3 Teorias sobre a Interpretação Constitucional	369
8 IMPRESCINDÍVEL EFETIVIDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	377
8.1 CONSTITUCIONALISMO “TARDIO” E A NECESSÁRIA EFETIVIDADE	378
8.2 EM BUSCA DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES E DA SOCIEDADE	383
8.2.1 Assistência Judiciária Gratuita e Defensoria Pública	388
8.2.2 Atuação do Ministério Público	393
8.2.3 Juizados e Varas Especializadas	401
8.2.4 Órgãos Públicos de Proteção ao Consumidor	404
8.2.5 Entidades Representativas dos Consumidores	407
8.3 GUINADA OPERACIONAL EM BENEFÍCIO DA EFETIVIDADE	412
8.3.1 Poder Judiciário: relevante papel	412
8.3.2 Desjudicialização: fortalecimento das esferas extrajudiciais	416

8.3.3 Sociedade Aberta dos Intérpretes	417
8.3.4 Conscientização e Educação do Consumidor: Tarefa de Todos	425
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	430
REFERÊNCIAS	439
APÊNDICES	479

Introdução

A maioria dos seres humanos não mais consegue sobreviver apenas com a extração e o uso direto dos recursos naturais e, para a satisfação das suas necessidades, anseios e desejos tem que adquirir produtos e contratar serviços de forma remunerada. Os indivíduos, independentemente da sua condição socioeconômica, política, cultural ou biopsíquica, em regra, são consumidores, não sendo possível que alguém possa subsistir sem fazer uso dos bens disponibilizados no mercado. A condição de consumidor é inerente aos homens, mulheres, crianças, jovens, adultos, abastados ou mais humildes, abarcando-se os sujeitos indistintamente, incluindo-se até mesmo muitos silvícolas.

Objetivam os consumidores a aquisição e o uso de produtos e serviços que sejam condizentes com os padrões de qualidade e de segurança, porém, frequentemente, vícios e defeitos exsurtem e causam irresignação naqueles. A Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC, estabelece proteção para aqueles que adquirem produtos ou contratam serviços e se deparam com inadequações. A garantia legal dos bens de consumo não decorre de qualquer ato do fornecedor, sendo, pois, imperativa, incondicional e irrestrita, não dependendo da vontade do empresariado, resultando, pois, das normas jurídicas vigentes.

Sucedem que os fornecedores podem conceder algumas benesses para os consumidores através da denominada garantia contratual e, com o fito de se esquivarem do dever de sanar os problemas que acometam produtos e serviços, ao elaborarem o respectivo instrumento, não mencionam a existência da proteção legal. Na realidade, através da garantia contratual, transmitem informações que conduzem os consumidores a confundirem-na com a garantia legal e a terem uma errônea concepção acerca da proteção legal. Aproveitam-se os fornecedores da inexistência de norma expressa naquele Código que determine o dever de informar ao consumidor sobre a garantia legal, quando disponibilizar a de natureza contratual.

Além de os fornecedores se utilizarem da garantia contratual para omitirem dos consumidores a existência da garantia legal, a própria população brasileira, embora totalmente integrada por consumidores, não se inteira do microssistema legal mencionado. Quanto aos produtos e serviços que não estejam acobertados pela garantia contratual, não tendo os fornecedores a oportunidade de repassar informações equivocadas, ainda assim, os consumidores não têm consciência de como resolver os problemas atinentes aos vícios identificados. Não obstante a Lei n. 12.291/11 tenha determinado que todos os

estabelecimentos comerciais disponham de um CDC para que possa ser consultado pela população, a falta de contato com as normas jurídicas em prol dos consumidores é patente. Muitos consumidores brasileiros não conhecem os seus direitos básicos através de instrumentos educacionais formais, visto que as instituições de ensino não ministram noções elementares sobre a matéria. Várias pessoas instruídas, inclusive, com formação jurídica, não detêm conhecimentos sobre a matéria, pois determinadas Faculdades de Direito, como a da Universidade Federal da Bahia, não inserem o Direito das Relações de Consumo como disciplina obrigatória em seus currículos.

A presente tese destinar-se-á a tratar do problema inerente à imprescindível efetividade do direito do consumidor brasileiro à informação sobre a garantia legal dos produtos e serviços, mesmo diante da ausência de norma expressa no aludido Código, conforme demonstram os seus arts. 24, 25 e 50, para que os vícios que os maculam sejam exterminados. É importante destacar que a proteção legal a ser examinada não se restringe apenas aos produtos duráveis, mas também aos não duráveis e aos serviços, incluindo-se os de natureza pública, desde que remunerados. A ineficácia do direito à informação do consumidor está atrelada a dois fatores fundantes: os imbróglis criados pelos fornecedores através da garantia contratual e a deficitária educação do povo para buscar o cumprimento dos seus direitos como consumidores.

A hipótese central desta investigação vincula-se à indagação se o problema em epígrafe suscita uma interpretação dos princípios vetores da Lei n. 8.078/90, posto que não contém normas que tratem, de forma expressa, sobre o dever de o fornecedor informar ao consumidor sobre a proteção legal existente, quando atribuir a garantia contratual para os produtos ou serviços, bem como da especificação do direito do consumidor à educação sobre o assunto; ou se a hermenêutica crítica e axiológica das normas consumeristas e constitucionais acerca do tema poderia configurar solução plausível. Duas hipóteses secundárias são, então, arregimentadas: a primeira, como visto de natureza mais restrita, voltada para a concepção de que a efetividade do direito do consumidor à informação deriva tão somente de uma análise dos próprios princípios consumeristas; a segunda, partindo de um viés crítico e hermenêutico, segundo o qual não somente os princípios e normas previstos no CDC devem ser considerados, pressupondo mecanismos interpretativos que cotejem a proteção constitucional do consumidor em busca da sua efetividade, exigindo-se, para tanto, o compromisso dos aplicadores neste sentido.

A *originalidade* desta tese é comprovada pelo fato de que, analisadas todas as obras brasileiras sobre o tema, vislumbra-se que nenhuma delas trata, de forma específica, do

problema e das hipóteses em tela. Os escritos nacionais, reunindo livros e artigos acerca do Direito das Relações de Consumo, bem os estrangeiros examinados, não tratam da falta de efetividade do direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos bens, razão pela qual se deliberou pela produção deste trabalho investigativo. A *relevância social e jurídica* se revela pelo simples fato de que este trabalho serve para todo e qualquer cidadão brasileiro ou estrangeiro que aqui se encontre e que venha a deparar-se com vícios nos produtos e serviços contratados. Não se restringe a tratar de assunto que seja do interesse de grupo, categoria ou classe diminuta, mas, sim, de todos, eis que ninguém pode renegar a condição de consumidor, pois, caso contrário, dificilmente, sobreviverá.

O objetivo geral desta tese é analisar a efetividade do direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos produtos e serviços com vistas à eliminação dos vícios que os afetam, apresentando-se soluções viáveis para a amenização do atual quadro marcado por constantes insatisfações dos indivíduos. Seis objetivos específicos foram delineados para que o trabalho fosse desenvolvido: em primeiro plano, realizar uma análise histórica acerca do direito do consumidor com base em uma visão crítica e multidisciplinar e não dicotomizada, considerando-se não somente as origens cíveis, mas, principalmente, o desenvolvimento do constitucionalismo, do sistema capitalista e da transformação dos sujeitos em instrumentos fundamentais da sociedade massificada lastreada no consumo constante de bens.

O segundo objetivo consiste em examinar, de forma crítica, a relação de consumo, os sujeitos que a integram e o seu objeto, a fim de possibilitar a compreensão do problema investigado, já que é preciso delimitar sobre quais bens jurídicos incidirá o direito à informação acerca da garantia legal e quem, de fato, o possui e pode exercê-lo. Diferenciar a garantia legal da contratual, apontando as principais características desses institutos e o desconhecimento da população sobre as distinções e as peculiaridades de cada um deles, com base em pesquisa de campo a ser executada, é o terceiro objetivo deste trabalho. Tendo o consumidor direito à informação sobre a garantia legal dos bens e à resolução dos vícios que emergem, torna-se imprescindível a análise dos pressupostos da responsabilidade civil dos fornecedores que justifiquem a aplicação das normas vigentes, assim como das causas excludentes, razão pela qual este é o quarto objetivo a ser cumprido. O quinto objetivo específico constitui-se em propor soluções para que o quadro atual, marcado pela falta de efetividade do direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos produtos e serviços, e, *ipso facto*, para conseguir resolver os problemas gerados pelos vícios que os atingem, possa ser amenizado. O derradeiro objetivo refere-se à importância de compreender o direito do consumidor à informação sobre garantia legal diante dos vícios dos bens como

um direito de matriz constitucional e fundamental que se localiza em patamar superior à livre iniciativa, uma vez que reconhecida pela Carta Maior de 1988, devendo ser promovido por todos, razão pela qual foi elaborada uma cartilha sobre o assunto.

Almejando-se organizar esta tese em conformidade com os objetivos propostos, dividiu-se a sua estrutura em sete capítulos, a fim de melhor expor os aspectos polêmicos que a compõem. No primeiro capítulo, realizar-se-á digressão histórica sobre a proteção constitucional e legal do consumidor, perpassando-se pela Antiguidade à Idade Média, pelas etapas do Capitalismo, abordando-se a sua natureza fundamental conforme previsto na Constituição Federal de 1988. O segundo capítulo tratará da relação de natureza consumerista, oportunidade em que se examinará o seu tradicional conceito, os sujeitos que a compõem (consumidor e fornecedor) e o objeto que poderá figurar (produtos e serviços). O quarto capítulo expõe as características gerais das garantias legal e contratual dos bens de consumo, a finalidade da sua previsão na Lei n. 8.078/90 para solucionar os vícios que podem emergir e os pressupostos gerais da responsabilidade civil dos fornecedores. No quinto capítulo, aprofunda-se a análise das garantias legal e contratual dos bens de consumo em face dos vícios por insegurança e por inadequação, delimitando como estes incidem e, por via de consequência, indicando a responsabilidade dos integrantes da cadeia de fornecimento e as causas que podem excluí-la.

No sexto capítulo, discorre-se sobre o conceito, o conteúdo, as características e a importância do direito à informação do consumidor sobre a garantia legal dos bens de consumo, partindo-se da Constituição Federal de 1988 para, *a posteriori*, expor os princípios presentes no microsistema instituído pelo CDC. O sétimo e o oitavo capítulos são utilizados para a proposição de soluções, com o fito de que o problema arregimentado nesta tese possa ser solucionado. No sétimo capítulo, a “Hermenêutica Crítica Constitucional”, assim como a Hermenêutica sistemática e axiológica, os processos clássicos e princípios de interpretação das normas constitucionais serão tratadas, destacando-se as teorias de Robert Alexy e de Martin Retortillo e Ignacio Otto y Pardo sobre o tema. O último capítulo, após a identificação da solução para o problema, trata da atuação dos instrumentos que integram a Política Nacional das Relações de Consumo através da solução proposta para que, realmente, o direito do consumidor à informação e à resolução dos vícios que são cobertos pela garantia legal seja efetivado.

Como é cediço, nas pesquisas realizadas no âmbito das Ciências Sociais, podem ser utilizados métodos científicos tradicionais, filosóficos, sociológicos e jurídicos, a depender do tipo de problema e da forma pela qual venha a ser

investigado. No caso em apreço, o problema e a hipótese levantados dizem respeito ao Direito, mas o seu exame não fica adstrito apenas a uma análise dogmática da questão, enveredando-se pelos meandros da zetética, motivo pelo qual, além de métodos científicos tradicionais e estritamente jurídicos, fez-se uso também de métodos filosóficos e sociológicos. Dentre os métodos científicos clássicos, optou-se pelo hipotético-dedutivo em razão da simples indução ou dedução não serem consideradas suficientes para o empreendimento. Sob o aspecto filosófico, a dialética e a hermenêutica foram instrumentos que permearam toda a investigação; quanto ao enfoque sociológico, fez-se uso dos métodos histórico e monográfico. No que concerne aos métodos jurídicos, os modelos teóricos selecionados foram o hermenêutico e o argumentativo; quanto às linhas metodológicas, seguiu-se a crítico-metodológica; dentre os tipos genéricos de investigação, seguiu-se a histórico-jurídica, a jurídico-exploratória, a jurídico-projetiva e prospectiva.

O tipo de pesquisa empreendida foi escolhido de acordo com os objetivos pretendidos, os procedimentos técnicos utilizados, a natureza e a forma da abordagem. Com relação aos objetivos projetados, utilizou-se a pesquisa exploratória; quanto aos procedimentos técnicos, realizou-se a pesquisa bibliográfica, documental e o levantamento. O primeiro tipo de pesquisa teve como enfoque obras, artigos e decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no campo do Direito das Relações de Consumo, Direito Civil e Constitucional, e também doutrina nos campos filosófico e sociológico. A pesquisa documental refere-se à análise de garantias contratuais concedidas por diversos fornecedores e o levantamento foi concretizado através de entrevistas com consumidores, funcionários de estabelecimentos comerciais e profissionais da seara jurídica. Do ponto de vista da natureza da abordagem, trata-se de pesquisa aplicada e no que pertine à forma desta mesma abordagem, tanto a pesquisa quantitativa quanto a qualitativa foram manejadas.

No campo das técnicas, a tese sedimenta-se na documentação indireta e direta, abrangendo a primeira, a pesquisa bibliográfica e documental; a segunda, a observação direta intensiva mediante aplicação de entrevistas, assim como a observação direta extensiva por meio de formulários. Realizou-se pesquisa de campo para se averiguar se as hipóteses levantadas procediam no plano fático, em conformidade com os objetivos propostos. Foram entrevistados 200 (duzentos) consumidores, sendo metade da área jurídica (acadêmicos e profissionais), a fim de

se verificar qual a compreensão destes diante das garantias legal e contratual. 50 (cinquenta) funcionários de estabelecimentos comerciais foram perquiridos sobre a prestação de informações acerca da primeira espécie de proteção. 50 (cinquenta) profissionais do setor jurídico, englobando Juízes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados que atuam na área consumerista, foram indagados sobre os instrumentos passíveis de utilização em prol da efetividade quanto à aplicação das normas previstas no CDC.

Aferiu-se, ainda, o conteúdo de 100 (cem) garantias contratuais concedidas por fornecedores de produtos e serviços dos diversos ramos comerciais, através do preenchimento de formulários respectivos, com o fito de verificar se as informações registradas conduzem os consumidores a uma visão devida do instituto. Os dados obtidos, por intermédio da pesquisa de campo, foram devidamente tabulados e interpretados, originando gráficos que serão expostos no decorrer deste trabalho.

É importante informar que a pesquisa de campo foi concretizada por 15 (quinze) alunos que foram previamente selecionados pela Doutoranda, com o auxílio do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas – CEPEJ dessa Faculdade e da Associação Baiana de Defesa do Consumidor – ABDECON, para que compusessem o Grupo de Pesquisa intitulado de “Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo”. As atividades desse Grupo foram iniciadas em 13 de setembro de 2011 e finalizadas em 10 de setembro de 2012, sendo elaborada e publicada coletânea de artigos. Realizou-se seminário sobre a temática, foram concretizadas miniexposições em instituições de ensino público, sobre a proteção legal dos consumidores em face dos vícios que atingem os produtos e os serviços ofertados no mercado, assim como publicada cartilha visando ao esclarecimento da população. Não se pode deixar de registrar o apoio dos discentes que integraram o referido Grupo e dos que compõem o aludido ente associativo – instituído como forma de organizar parte da sociedade civil para lutar pelos ideais consumeristas.

2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO CONSUMIDOR: ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e renegado ao lixo social como objeto descartável. O mesmo processo de reificação acabou transformando hodiernamente o consumidor e o eleitor, por força da técnica de propaganda de massa, em mero objeto de direito¹.

A busca das raízes históricas, que deram origem à criação de disposições legais específicas para a tutela dos interesses e dos direitos daqueles que utilizam produtos e serviços, na condição de consumidores, apresenta grande importância para que melhor sejam compreendidos os motivos pelos quais foi necessária a instituição de um diploma legal singular para a solução dos conflitos nascidos nesta seara.

Normas cíveis já existiam quando microssistemas específicos foram editados em vários países para tratar dos conflitos entre consumidores e fornecedores, mormente quanto aos vícios dos produtos e serviços e as garantias de qualidade e adequação desses. Diversos fatores contribuíram para que uma proteção legal especial fosse conferida aos consumidores, eis que a estrutura normativa cível necessitava ser revista. Antes de adentrar no conteúdo relativo às garantias dos bens de consumo, far-se-á uma análise histórica do movimento consumerista desde as eras mais longínquas até a pós-modernidade.

Os seres humanos, desde os primórdios da sua existência, tiveram que fazer uso dos recursos naturais para a sua sobrevivência, sendo essencialmente consumidores para se manterem vivos. A evolução e a continuidade da espécie humana sempre estiveram imbrincadas com o ato de usufruir tudo o que fosse possível do meio ambiente e a natureza teve que ser explorada para a extração do necessário à vida dos indivíduos.

Em todas as fases do desenvolvimento histórico da humanidade, caracterizadas, a depender do momento vivenciado, por matizes socioeconômicas, culturais e políticas diversificadas, o consumo pode ser observado. Seria, para George Pérec, uma *prática idealista total e sistemática*, que “ultrapassa de longe a relação com os objetos e a relação interindividual para se estender a todos os registros da história, da comunicação e da cultura”². Como os homens utilizaram-se, inicialmente, dos recursos

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

² PÉREC, Georges. *Les Choses*. Paris: Lettres Nouvelles, 1965, p. 209.

naturais, com as transformações destes, surgiram os produtos e os serviços que foram, paulatinamente, atingindo graus de variedade e complexidade, mormente após as revoluções nos setores científico, tecnológico e industrial.

A evolução histórica das relações jurídicas estabelecidas entre fornecedores e consumidores tem sido, em geral, analisada meramente sob o enfoque das transformações ocorridas nas disposições legais cíveis. Aspectos outros não são considerados, redundando no exame estritamente jurídico da questão e no desprezo de uma abordagem multifacetária que envolva uma digressão, ainda que breve, sob os ângulos filosófico e sociológico. Para a compreensão crítica dos enlaces jurídicos entre fornecedores e consumidores, apegar-se tão somente aos marcos históricos seria insuficiente, exigindo-se do operador jurídico o conhecimento do porquê surgiram as normas destinadas a equilibrá-los, se foram ou não satisfatórias, e qual foi o panorama sociológico no qual brotaram e foram se modificando.

Não é possível separar, em qualquer momento histórico que se procure enfocar, acentua Antônio Carlos Wolkmer, a modificação da sociedade e a evolução do direito, pois a simples análise descritiva de textos jurídicos “não é suficiente para que se possa aferir o real significado das manifestações do direito que surgem ao longo do tempo”³. Todo o sistematizar, afirma Nelson Saldanha, “como o pensar mesmo”, sendo obra humana, localiza-se “dentro de coordenadas histórico-culturais e de padrões historicamente variáveis”⁴. Assim, pretende-se discorrer sobre a evolução histórica das relações de consumo de modo diferenciado da prática doutrinária atual, fazendo-se constantes associações entre os momentos históricos e as imprescindíveis indagações filosóficas e sociológicas pertinentes.

É imperioso destacar que a proteção dos interesses e direitos dos consumidores é proveniente do reconhecimento dos direitos humanos no plano jurídico. Entretanto, geralmente, ao se discorrer sobre a evolução histórica das relações de consumo no campo jurídico, não se apresenta a indiscutível associação com a progressão das normas constitucionais que constituíram as bases para o nascimento dos direitos fundamentais. Objetiva-se apresentar um panorama histórico diferenciado dos que, em regra, encontram-se expostos em outros escritos sobre a temática, concretizando-se uma abordagem ampla sobre o Direito do Consumidor,

³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito* (org.). 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 32.

⁴ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2003, p. 15.

realizando-se as imprescindíveis conexões com o Direito Constitucional e com os aspectos sociológicos e filosóficos pertinentes.

Não obstante a proteção do consumidor ter-se desenvolvido a partir do meado do século XX, o ineludível liame com a progressão dos direitos humanos não pode ser negado, motivo pelo qual faz-se necessária uma rápida digressão no tempo e no espaço. O respeito ao consumidor como titular de direitos não surgiu de forma repentina, resultou de um longo e extenso percurso histórico que se iniciou com o reconhecimento do homem como um ser dotado de características e de peculiaridades que clamavam por proteção. Compreender o direito fundamental do consumidor é tarefa que impulsiona necessariamente um retorno às raízes históricas da concepção dos indivíduos como sujeitos que não poderiam ser tratados de forma desumana e irracional, mas, sim, como seres independentes e autônomos que mereciam tratamento digno.

O direito à informação do consumidor tornou-se um dos corolários da proteção dessa categoria e também nasceu jungido ao evolver dos direitos fundamentais dos cidadãos. Captar a essência do direito fundamental do consumidor à informação não pode ocorrer sem que se realize uma breve incursão no panorama histórico dos direitos humanos, principalmente, em sede de liberdade de expressão e de pensamento, posto que, se o sujeito, hoje, pode e deve investigar todos os dados e elementos relativos a certo produto ou serviço, muitos percalços tiveram que ser ultrapassados para se alcançar a etapa atual.

A proteção do consumidor será tratada considerando-se os períodos históricos mais relevantes, iniciando-se pela Antiguidade, transpondo-se, após, para a Idade Média. Em seguida, analisar-se-á a situação do consumidor no decorrer do Absolutismo Monárquico e diante da Revolução Industrial. As fases caracterizadoras do capitalismo apresentam enorme importância para o tema, assim como a fase pós-moderna do consumerismo, constitui-se objeto de exame desse capítulo.

2.1 DA ANTIGUIDADE À IDADE MÉDIA

Sendo o homem, por essência e natureza, um ser consumidor devido à impossibilidade de viver alheio ao mundo que o circunda a fim de extrair o imprescindível para o seu sustento, na etapa primitiva da história da humanidade, pode-se visualizar o uso da natureza para tal finalidade. Revisitando as fases que compuseram os tempos pré-históricos, observa-se que os nomes dados pelos historiadores encontram-se atrelados aos bens que, em cada época, tiveram uma repercussão para as atividades humanas. A matéria-prima,

predominante em certo período histórico, foi fundamental para a denominação das seguintes fases preliminares: Idade da Pedra, Idade do Bronze e Idade do Ferro⁵.

Desde os tempos imemoriais, os homens tiveram que retirar da natureza os bens para a garantia do seu estado vital⁶. No início, todos os esforços eram canalizados para a mera sobrevivência da espécie, protegendo-se contra os predadores ferozes e ambientes inóspitos, procurando uma quantidade maior de alimentos, melhores gêneros para acalantar a fome – tudo isso com vistas à amenização dos impactos da inanição e dos perigos gerados pelo reino animal e outros obstáculos naturais. Das origens do *Homo habilis*, alcançando-se o *Homo erectus*, e, em etapas posteriores, o Homem de *Neanderthal*, o *Homo sapiens*, e o Homem de *Cro-Magnon*, os seres humanos estiveram, ao longo dessa trajetória, próximos aos bens naturais ou àqueles produzidos para a sua manutenção⁷.

Na Antiguidade Clássica, como em outras épocas longínquas da história da humanidade, o consumo realizava-se como meio de obtenção de recursos para a satisfação das necessidades básicas da vida. Os indivíduos, no entanto, já apresentavam uma tendência de consumir mais do que realmente necessitavam, gerando uma demanda infundada e a escassez de bens para os demais. Aristóteles defendia que os seres humanos deveriam compreender que os recursos disponíveis na natureza eram finitos e o modo de vida mais saudável não estaria ligado ao uso desmedido e dependente de artefatos. Sob o aspecto filosófico⁸, houve também grande preocupação com o acúmulo irrestrito de riquezas e a usura sob os empréstimos de pecúnia, influenciando, bem mais tarde, a Reforma Protestante⁹.

O direito é um “produto cambiante” do processo histórico e a criação de normas jurídicas específicas para a tutela das relações de consumo não se deu ao

⁵ SCHWERINER, Mario Ernesto René. *Comportamento do Consumidor*. Identificando Necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

⁶ Ibidem, idem.

⁷ Afirma Schweriner que o homem moderno evoluiu de tal forma que, na pós-modernidade, passou a denominar-se *Homo marketiens* ou *consumens*, sendo reconhecido como um sujeito carecedor de proteção jurídica. Ibidem, p. 10.

⁸ Para Epicuro, “Habituar-se às coisas simples, a uma forma de vida nada luxuosa, não só é conveniente para a saúde, como ainda proporciona ao homem os meios essenciais para enfrentar corajosamente as adversidades da vida: nos períodos em que conseguimos levar uma existência rica, o nosso ânimo predispõe-se para melhor aproveitá-la, e preparar-nos também para enfrentar sem temor as vicissitudes da sorte”. EPICURO. *Carta sobre a felicidade; ou a conduta humana para saúde do espírito*. Lisboa: Padrões Culturais Editora, 2008, p. 35.

⁹ Aristipo, filósofo grego, no século IV a.C, afirmava que “Nada é bastante para quem considera pouco o que já é suficiente”. Ibidem, ídem.

acaso, resultando das transformações socioeconômicas, culturais e políticas¹⁰. No evoluir das etapas histórias vivenciadas pelos seres humanos, a preocupação com os vícios dos produtos e serviços esteve presente desde as épocas mais antigas. Exigir daquele que escambiava ou vendia um produto ou prestava um serviço foi tarefa que acompanhou todas as fases históricas da humanidade.

Nas fases mais remotas da história da humanidade, não foram criados conjuntos normativos específicos para a proteção dos consumidores, como, atualmente, se visualiza. Entretanto, de forma isolada e fragmentada, normas serviram para assegurar o direito dos sujeitos em face dos problemas com os bens de consumo – até mesmo nas Sagradas Escrituras, o consumo de fruto proibido gerou punição¹¹. De acordo com a Lei das Doze Tábuas, todo aquele que comprasse algo poderia solicitar de quem o vendeu a redação de uma declaração solene, contendo a especificação das suas características e principais qualidades essenciais, para fins de garantir a sua presteza e adequação¹². Tal declaração, considerada a semente da atual garantia legal dos produtos e serviços, servia como instrumento para responsabilizar o vendedor e coibi-lo de praticar publicidades em desconformidade com a real situação do bem vendido. No Antigo Testamento, em Deuteronômio, estão presentes conselhos e orientações para que não fossem utilizadas pedras com pesos diferentes para medição da quantidade de um mesmo bem¹³.

No direito sumério, podem ser observados os primeiros traços da questão inerente ao cumprimento imperfeito da obrigação, contemplando o Código de Hammurabi rigorosas sanções para aqueles que desatendiam ao quanto pactuado, estendendo-as, até mesmo, para punições físicas¹⁴. Nesse Código, aproximadamente 2.300 a.C., já existiam regras que combatiam o enriquecimento sem causa, ou seja, exigia-se que os contratantes agissem de modo lúdimo e que não obtivessem vantagem desmedida em face do

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 246.

¹¹ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 48.

¹² BIHL, Luc. *Le droit de la Vente*. Manuel Dalloz de Droit Usuel: Paris, 1986, p. 2.

¹³ Deut. 25, 13-16: “Não terás em tua bolsa duas espécies de pesos, uma pedra grande e uma pequena. Não terás duas espécies de efás, um grande e um pequeno. Tuas pedras terão um peso exato e justo, para que sejam prolongados os teus dias na terra que te dá o Senhor, teu Deus. Porque quem faz essas coisas, quem comete fraude, é abominável aos olhos do Senhor, teu Deus”. Bíblia Sagrada. Antigo Testamento. Tradução da CNBB. 10. ed. São Paulo: Canção Nova, 2010, p. 194.

¹⁴ GLISSEN, John. *Introdução Histórica do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 60-61.

¹⁵ Sobre as penas corporais impostas aos vendedores, consultar: MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. tomo I, volume I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 39 a 40.

outro. Na Grécia, o comércio agrícola também era caracterizado pela punição severa e rigorosa da fraude, realizando-se diariamente pelos fixados que não podiam ser alterados pelos mercadores¹⁶.

Em Roma, os editos pretorianos, presentes durante todo o segundo século, determinavam que os vendedores respondessem pelos vícios ocultos detectados, *a posteriori*, nos escravos vendidos, estabelecendo uma garantia de qualidade. Em etapas seguintes, estendeu-se a proteção contra vícios a todos os demais bens e serviços colocados no mercado romano¹⁷. Com o desenvolvimento do Direito romano, a garantia dos produtos e serviços colocados no mercado ganha maior proteção e impulso, como pode ser visto nos três períodos que o integram.

No período antigo ou pré-clássico, quando se deu o surgimento de Roma em 754 a.C e prolongou-se até a Lei *Aebutia* – aproximadamente entre 149 a 126 a C-, aqueles que vendiam algo tinham a obrigação de assegurar a sua qualidade. Na fase clássica, que se iniciou a partir daquela Lei e perdurou até o término do reinado de Dioclesiano, em 305 d. C, a mesma determinação foi mantida. No período pós-clássico ou helênico-romano, de 305 d. C até a morte de Justiniano, em 565 d.C., a despeito da não sistematização dos textos da época e da inexistência de uma teoria geral dos contratos, diante do interesse público, existiam previsões sobre o cumprimento imperfeito da obrigação. Contudo, de acordo com o *Ius civile*, imperava a irresponsabilidade do vendedor por vícios de qualidade da coisa, exceto quando houvesse comprovada conduta dolosa verificada por meio da *dicta in mancipio*¹⁸.

Nas últimas décadas do direito romano, a responsabilidade do vendedor ampliou-se, mas não restou aceita quando o vício era conhecido previamente pelo comprador ou quando, por ser aparente, deveria ter sido notado pelo adquirente¹⁹. O cumprimento imperfeito tinha ainda como fonte a *mancipatio*, mas não era garantia, pois se tratava de delito²⁰. Por intermédio da *actio auctoritatis*, o adquirente teria o direito de receber em dobro o preço pago se o vendedor tivesse agido com dolo. *A posteriori*, surgiu a *stipulatio habere licere* com o fito de proteger os demais ocupantes de Roma e, ao lado da garantia limitada do *ius civile*, os *aediles curules* – policiais municipais com algumas funções de magistrados – realizavam o policiamento da cidade e dos mercados com vistas à identificação de produtos e serviços viciados.

¹⁶ LIMA, Otto de Souza. *Teoria dos vícios redibitórios*. São Paulo: RT, 1965, p. 57.

¹⁷ *Ibidem*, ídem.

¹⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. II, p. 2.

¹⁹ SCHULZ, Fritz. *Classical roman law*. Oxford: Clarendon Press, 1951, p. 445.

²⁰ ZULUETA, F. *The roman law of sale*. Oxford: Clarendon Press, Great Britain, 1945, p. 46.

A partir da fragmentação política e cultural do Império Romano até a queda de Constantinopla em 1453 d.C., instalou-se a Idade Média, que se estendeu da segunda metade do século V até a primeira metade do século XV, e caracterizou-se pela estruturação da economia em torno dos feudos que produziam o necessário para a sobrevivência dos que neles viviam. Disseminou-se a concepção de que Deus tinha distribuído tarefas específicas a cada homem e “uns deviam orar pela salvação de todos, outros deviam lutar para proteger o povo; cabia aos membros do terceiro estado, de longe o mais numeroso, alimentar, com seu trabalho, os homens de religião e da guerra”²¹. Assim, toda a produção do feudo ficava a cargo dos vassallos e destinava-se ao consumo interno, sem objetivar originar excedentes para venda externa. Nesse período histórico, também conhecido como “idade das trevas”, a desigualdade social e a exploração econômica sufocaram o comércio de bens e, *ipso facto*, a figura do consumidor restringiu-se aos nobres e aos clérigos.²²

A necessidade de organização básica dos feudos, no decorrer do período medieval, fez surgir um conjunto sistemático de normas voltadas para essa finalidade, sendo considerado, segundo Dalmo de Abreu Dallari, como a primeira ideia de Constituição²³. Havia uma preocupação com a organização e a convivência entre os indivíduos, instituindo-se um governo com poderes limitados que corroborasse com a manutenção de privilégios e dos abusos cometidos. Nessa fase, o instituto do vício redibitório terminou sendo mal disciplinado, sofrendo um retrocesso. Os ordenamentos jurídicos escritos foram estruturados com base em resíduos do direito romano imperial, nas leis romanas dos povos bárbaros, nas compilações escritas dos direitos tribais levadas a cabo pelo domínio franco, nos pareceres e no direito canônico. Era o início da moderna dogmática do direito privado – acentua Franz Wieacker²⁴.

Com a crise que assolou o final da Idade Média e o início do Renascimento-movimento que ocorreu entre os séculos XII e XVI - constataram-se transformações no campo das artes, da política, das técnicas, dos estudos científicos, e, por via de

²¹ DUBY, Georges. *As três ordens ou o imaginários do feudalismo*. Lisboa: Estampa, 1982.

²² Para Le Goff, era “Um sistema de organização econômica, social e política baseado nos vínculos de homem a homem, no qual uma classe de guerreiros especializados – os senhores -, subordinados uns aos outros por uma hierarquia de vínculos de dependência, domina uma massa campesina que explora a terra e lhes fornece com que viver” LE GOFF, Jacques. *Para um novo conceito de Idade Média*. Lisboa: Estampa, 1980, p. 34.

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63.

²⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 20.

consequência, modificou-se a feição socioeconômica dos países europeus. Com o mercantilismo, a produção, antes retida no domínio dos feudos, retomou o escoamento para diversas localidades e a figura do consumidor voltou à tona²⁵. É lógico que, mesmo no período feudal, os indivíduos continuaram utilizando diversos produtos e serviços, porém estes eram, respectivamente, elaborados e prestados, em geral, no âmbito do próprio *dominus* da terra e os vícios apresentados geravam a punição dos vassalos, na condição de verdadeiros servos, e não como fornecedores. No entanto, o Absolutismo Monárquico, a despeito de não ter eliminado o constitucionalismo, obstaculizou a sua evolução com autenticidade, perdurando do século XIII até o XVIII, como será visto no próximo tópico, fomentando a eclosão de movimentos sociais em prol dos direitos do Homem e que, posteriormente, fundamentariam a proteção do consumidor.

2.2 ABSOLUTISMO MONÁRQUICO E INÍCIO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

O Absolutismo, tanto na versão inglesa quanto na francesa, consistindo em um modelo estruturado no poder político fundado na força e exercido sem regras e limitações, gerou insatisfações e revoltas, culminando com a edição de documentos de fundamental importância para o reconhecimento dos direitos humanos, que são o germe dos direitos fundamentais. A história do constitucionalismo, lecionam Thomas Marks Jr e John F. Cooper, “is nothing but the quest of political man for the limitation of the absolute power exercised by the power holders and the effort to substitute for the blind acceptance of factual social control the moral or ethical legitimation of authority”²⁶.

Não obstante o significado histórico da Magna Carta (1215), ela não pode ser considerada documento de natureza constitucional, pois se restringiu aos ingleses e se voltou para a concessão de privilégios feudais, mantendo-se o contexto da desigualdade social. Entretanto, normas embrionárias da proteção consumerista podem ser encontradas no período das monarquias absolutas que dominaram a Europa, principalmente, na Magna Carta. O item 35 do seu texto estabelecia o obrigatório uso de medidas padronizadas para a venda de vinho, cerveja e milho, adotando-se o quatrilho

²⁵ Para Slater “O Iluminismo fez do indivíduo o centro filosófico do mundo; o liberalismo fez do indivíduo seu centro moral e político: as instituições sociais devem subordinar-se ao indivíduo livre e autodeterminado”. SLATER, Don. *Cultura do Consumo e Modernidade*. São Paulo: Nobel, 2002, p. 72.

²⁶ “não é nada mais que a questão de política dos homens para a limitação do poder absoluto exercido pelos detentores do poder absoluto e o esforço para substituir a aceitação acrítica do controle social concreto da moral ou legitimação ética da autoridade”. MARKS Jr., Thomas C; COOPER, John F. *State Constitutional Law*, St. Paul, West Publishing Co., 1988, p. 8.

britânico para todo o reino, restando previsto o uso de largura padrão para a venda de tecidos²⁷. Na França, em 1481, Luis XI, dentre diversas outras medidas, previu uma punição para aqueles que fraudavam leite e manteiga e os vendiam para o público²⁸.

No decorrer do século XVI, predominou a regra do *caveat emptor*, segundo a qual o comprador assumia a total responsabilidade pela aquisição do bem e deveria analisá-lo com cuidado e zelo, para evitar que o adquirisse contendo vícios. Durante a vigência dessa regra, os vendedores não tinham obrigação de dar informação para o comprador que, caso tivesse alguma dúvida, deveria solicitar-lhe uma garantia²⁹. Essa regra foi largamente utilizada até meados do século XIX, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, sendo aplicada para todos os contratos e não somente para compra e venda³⁰. Resultante das premissas geradas em fases históricas anteriores, a multicitada regra não protegia o comprador dos vícios que poderiam acometer os bens, transferindo-lhe toda a responsabilidade pela investigação da sua real situação. Nessa senda, nos primórdios da *common law*, competia ao adquirente de bens de consumo a obrigação de bem examiná-los no momento do seu recebimento, já que vigorava a máxima *caveat emptor*, traduzida na cautela necessária que o comprador deveria tomar para a proteção dos seus próprios interesses. No primeiro contato com o bem, o consumidor teria que verificar as suas características e qualidades, assumindo o risco quanto aos equívocos que poderiam ocorrer nessa análise.

No século XVII, a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) e o *Settlement Act* (1689), editados na Inglaterra, são reminiscências históricas que apresentam importância para o desenvolvimento dos direitos humanos, visto que, mesmo que de forma limitada, versaram sobre direitos e liberdades dos indivíduos. As ideias filosóficas e políticas desenvolvidas por John Locke exerceram forte influência na elaboração desses documentos³¹. Ainda que não tratassem, de forma direta, dos direitos dos consumidores, podem ser considerados como instrumentos que precederam as futuras normas

²⁷ Dispunha o item 35 que deveria haver medida padrão para o vinho, alho e milho (*the London quarter*) para ser utilizada por todo o reino, bem como para os tecidos (traduziu-se).

²⁸ “Todos aqueles que tenham vendido leite deteriorado serão obrigados a ingerir o produto até a quantidade em que um médico ou outro profissional de saúde afirmar que pode, sem perigo, digerir o produto”. “Todo homem que tenha vendido manteiga contendo ingredientes indevidos, será atado ao pelourinho, em seguida, a manteiga será rudemente colocada sobre sua testa e deixada até o momento em que o sol se ponha” (traduziu-se). BIHL, Luc. *Le droit de la Vente*. Paris: Manuel Dalloz de Droit Usuel, 1986, p. 2 e 3.

²⁹ ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 479.

³⁰ *Ibidem*, p. 463.

³¹ LOWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Phoenix Books. 2.ed. The University of Chicago Press, 1965, p. 124.

que seriam editadas com o objetivo expresso de proteção daqueles que adquirem produtos ou os utilizam como destinatários finais.

Acontecimentos históricos, durante o século XVIII, impulsionaram a instituição de normas protetivas para os indivíduos, vistos, primeiramente, como cidadãos e, após, como consumidores. A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra, segundo Hobsbaw em 1780, e difundida pela Europa, promoveu a substituição da produção manual e artesanal pela mecânica, dando margem à criação de variados bens de consumo em quantidades muito mais elevadas que outrora³². O desenvolvimento científico e tecnológico incrementou a produção, tornando necessária a presença de mais mão de obra nas zonas urbanas, ensejando o êxodo rural. A chegada do homem às cidades conduziu-o à procura de produtos e serviços para a satisfação das suas necessidades e a produção em massa era o sistema que solucionaria a demanda. Pela primeira vez na história, afirma Robert E. Lucas Jr., “os padrões de vida das massas de pessoas comuns começaram a se submeter a um crescimento sustentado. Nada remotamente parecido com esse comportamento econômico é mencionado por economistas clássicos, até mesmo como uma possibilidade teórica”³³.

Nessa etapa histórica, os indivíduos adquirem o *tonus* do consumidor translumbrado com o novo panorama tecnológico que se instalava. O nascimento da sociedade de consumo, porém, é visto sob duas vertentes, quais sejam: a “tendência produtivista” e a “demanda latente feudal”, pois, de acordo com Livia Barbosa, para a primeira, “a revolução de consumo se deu concomitantemente à Revolução Industrial no século XVIII” e a segunda, defende que “havia uma demanda latente de consumo que precedeu a revolução industrial, advinda da nobreza e de uma sociedade burguesa que crescia em importância econômica”³⁴. Para Campbell³⁵ e MacKendrick³⁶, o surgimento do consumidor precedeu a Revolução Industrial, pois o aumento da quantidade e da variedade de produtos ofertados no mercado, principalmente aqueles considerados de “segunda necessidade”, como, v.g. temperos, perfumes, artigos de decoração, etc, despertaram a vontade dos indivíduos de ficar

³² HOBBSAWM, Eric J.. *Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. O início e a duração da Revolução Industrial variam de acordo com diferentes historiadores. Eric Hobsbawm considera que a revolução “estourou” na Grã-Bretanha na década de 1780 e não foi totalmente sentida até a década de 1830 ou de 1840, enquanto T. S. Ashton considera que ela ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1830. ASHTON, T. S. *A Revolução Industrial*. Lisboa: Europa-América, 1995.

³³ LUCAS, Robert E., Jr.. *Lectures on Economic Growth*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 109.

³⁴ BARBOSA, Livia. *Sociedade de Consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 23.

³⁵ CAMPBELL, Colin. *A ética romântica e o espírito do consumismo moderno*. Rio de Janeiro: Rocco, 2001, p. 131.

³⁶ MCKENDRICK, N. et al. *The birth of a consumer society: The commercialization of eighteenth-century England*. Londres: Hutchinson, 1983, p. 56.

mais próximos do setor comercial³⁷. No século XVIII, o denominado movimento romântico fomentou o hedonismo e a ânsia dos consumidores por mais bens novos³⁸.

As transformações resultantes do acelerado processo de industrialização acarretou uma grande difusão de bens e, por via de consequência, um alargamento do público adquirente, principalmente pelo fato de que os grupos menos abastados também passaram a ter acesso a certos produtos e serviços. A melhoria das condições salariais dos trabalhadores contribuiu para que o consumo fosse incentivado e se consolidasse, estabelecendo-se a sociedade massificada. A História da humanidade tem, como referência indiscutível, as invenções e o aprimoramento dos bens, destacando Schweriner que os indivíduos sempre procuraram resolver suas carências e potencializar suas aspirações por meio de produtos³⁹. Somente se tornou possível assegurar aos consumidores direitos básicos, em decorrência do movimento constitucionalista ter-se estruturado, reconhecendo os direitos fundamentais dos cidadãos.

A Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776, ou seja, quatro anos antes do marco inicial da Revolução Industrial, já trazia importantes avanços para a proteção dos indivíduos. Na França, o racionalismo e o liberalismo, propugnados por Rousseau e Montesquieu, foram estandartes em prol da busca pelo respeito aos valores fundamentais da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reflete tais ideais apenas no plano abstrato, assim como o fez a Constituição francesa de 1791. No sistema norte-americano, a Constituição de 1787 exerceu um significado político e importância extraordinários, garantindo-se a liberdade, restringindo-se, contudo, a impedir interferências do Poder Público na esfera privada, mantendo-se a escravidão negra com apoio legal até 1865⁴⁰. Tanto a Declaração do Bom Povo da Virgínia, quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão distinguem-se dos demais documentos históricos mencionados pelo cunho universal e abstrato, apresentando três caracteres fundantes: o intelectualismo, o universalismo ou mundialismo e o individualismo. Esta última apresenta objetivo de natureza

³⁷ SLATER, Don. *Cultura do Consumo e Modernidade*. São Paulo: Nobel, 2002, p. 24.

³⁸ *Ibidem*, *idem*.

³⁹ Afirma o Autor que cada relevante etapa histórica está associada a um invento marcante, iniciando-se com a roda, evoluindo-se para o vidro, o motor a combustão, a pólvora, a locomotiva, a lâmpada elétrica, a prensa de Gutemberg, a penicilina, a vacina contra raiva, o papel, o avião, a bússula, o telescópio, o telégrafo, o rádio, etc. Atingiu-se, nos últimos tempos, o computador e a clonagem - ora, em todos estes momentos, o homem consumidor estava lá presente para saciar as suas necessidades e objetivos. SCHWERINER, Mario Ernesto René. *Comportamento do Consumidor*. Identificando Necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

⁴⁰ DAHL, Robert A. *How democratic is the American Constitution?* 2. ed. Yale: Yale University Press, 2003, p. 67.

pedagógica e baseia-se na concepção de que o Estado é o instrumento através do qual o homem – seu verdadeiro fim – satisfaz seus direitos e atinge a felicidade⁴¹.

Os direitos fundamentais, atualmente reconhecidos em sede constitucional, são fruto de ideais que foram se desenvolvendo nos planos histórico, filosófico, socioeconômico e político acerca do que seria pertinente e inato ao próprio ser humano. No final do século XVIII, com a criação do Estado Constitucional, surgiram como princípios jurídico-constitucionais especiais⁴². Não se pode apontar um momento específico nem um único fator propulsor para o surgimento dos direitos fundamentais, pois são consequências da evolução da humanidade e da concepção dos direitos inatos do homem⁴³.

A afirmação de tais direitos deu-se de modo progressivo e gradual, podendo-se identificar três etapas históricas: na primeira, aparecem como teorias filosóficas ligadas ao pensamento individual; na segunda, passa-se da teoria à prática, sendo reconhecidos como direitos positivos; na terceira, a afirmação passa a ser universal e positiva⁴⁴. Nas próximas linhas, far-se-á uma breve análise da evolução histórica que, como é cediço, é do conhecimento geral dos profissionais do campo jurídico, constando em todas as análises referentes aos direitos fundamentais.

Ao tratarem dos direitos humanos, Jean Rivero e Hugues Moutouh, discorrem sobre as suas principais características: a) por serem 'naturais', são necessariamente *inalienáveis*; b) a *natureza é idêntica em todos os homens*; c) o que engendra a sua *universalidade*. Consequências sobre o *conteúdo* dos direitos também são identificadas: a) *preexistem à sociedade*: “não poderia haver crédito quando não existisse credor, logo, não é de espantar não se verificar prestações positivas, traçando limites para a ação do poder”⁴⁵; b) são *absolutos*: os únicos limites que a sociedade pode impor-lhes são os exigidos por seu exercício simultâneo. A partir de tais consequências, afirmam aqueles Autores que os *direitos do homem* e os *direitos do cidadão* são diferenciados: os primeiros são anteriores à sociedade e os segundos são concebidos, uma vez fundada a Cidade. Como ideias diretrizes, os direitos

⁴¹ CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 603.

⁴² *Ibidem*, p. 586.

⁴³ *Ibidem*, *idem*,

⁴⁴ Sobre o tema, consultar: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; GOZZO, Daniela (Coord.). *Informação e Direitos Fundamentais. A Eficácia Horizontal das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁵ “São poderes de fazer, de exigir, liberdades, porém, não ignoraram totalmente a obrigação da sociedade de prover às necessidades fundamentais da instrução pública”. RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 204.

do homem são consideradas liberdades e permitem a cada qual “conduzir sua vida pessoal como bem entender; os direitos do cidadão são poderes que asseguram a participação de todos na condução da Cidade”⁴⁶.

Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, afirma Para Pérez Luño, “concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional”⁴⁷. A partir do processo de positivação daqueles ideais protetivos dos seres humanos, cunharam-se os direitos fundamentais e, *pari passu*, variadas vertentes jusfilosóficas abordam o tema, destacando-se: a) o jusnaturalismo; b) o positivismo; c) o idealismo; d) o realismo; e) o objetivismo; f) o subjetivismo; g) o contratualismo; e h) o institucionalismo⁴⁸.

Não cabe, no entanto, nesta tese, discorrer sobre todos os conflitantes fundamentos emergidos no campo da Filosofia do Direito, seguindo-se o pensamento de Norberto Bobbio quando afirma que o problema dos direitos do Homem não é a fundamentação, mas, sim, “realizá-los e protegê-los”⁴⁹, expondo quatro dificuldades na busca de um fundamento absoluto: a) a expressão “direitos do Homem” é vaga e imprecisa; b) há uma mutação no tempo; c) pode congrega pretensões distintas e incompatíveis, por isso, deve-se referir a fundamentos e não a um apenas; e d) a busca de um fundamento absoluto foi um obstáculo histórico para a introdução de novos direitos.

A clássica rivalidade entre os defensores de um direito natural estático e imutável e aqueles que propugnam pela concepção de que “fora do Estado não há direito”⁵⁰ restou superada – enuncia Fábio Konder Comparato, havendo o reconhecimento da historicidade dos direitos humanos⁵¹. O fundamento dos direitos humanos encontra-se na “consciência ética coletiva”, aduz o Autor, eis que “a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento

⁴⁶ Os autores tratam da liberdade dos Antigos e liberdade dos Modernos, tendo Benjamin Constant sistematizado a liberdade política (Antigos) e a liberdade civil (dos Modernos). A Liberdade-autonomia envolve os direitos civis e a liberdade-participação, os direitos políticos. São indissociáveis o vínculo entre certa forma de organização do poder – a democracia – e o respeito à liberdade dos indivíduos. RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 205.

⁴⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 48.

⁴⁸ CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 605.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 24.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 629.

⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. re. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31.

estatal”⁵². Elimina-se, dessa forma, uma das mais frequentes objeções teóricas que “os positivistas fazem ao reconhecimento de direitos humanos não declarados no ordenamento estatal: o fato de não se poder exigir a sua observância em juízo”⁵³.

A preocupação atual, de fato, é com a busca de efetivação dos direitos fundamentais e não com a sua justificação ou fundamentação, já que a sua existência e o necessário respeito aos direitos fundamentais são aspectos reconhecidos por qualquer corrente jusfilosófica. A *juridicidade*, a *constitucionalidade* e os *direitos fundamentais*, segundo Canotilho, são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito⁵⁴. Afirma Dirley da Cunha Júnior que o grau de democracia de um país deve ser medido em conformidade com a expansão dos direitos fundamentais e “por sua afirmação em juízo”⁵⁵. Por meio de tais importantíssimos direitos, averigua-se a “legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais” - onde padecem de lesão - a “Sociedade se acha enferma”⁵⁶.

Os direitos fundamentais e, por via de consequência, o direito do consumidor, são “aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”⁵⁷, ressaltando que o critério basilar, embora não exclusivo, desse conceito material é o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Jorge Miranda os analisa em sentido formal e material, referindo-se o primeiro aspecto à sua previsão formal na Constituição e, através do segundo, defende que, mesmo quando não presentes no seu texto, são os seus postulados admitidos por seu conteúdo e importância. Ambos os aspectos devem ser considerados em conjunto, defendendo Cunha Jr. que o “direito fundamental à efetivação da constituição, com emanção de atos legislativos, administrativos e judiciais de concretização constitucional”⁵⁸.

A proteção constitucional aos direitos do consumidor decorre, de forma direta e inquestionável, do longo trajeto do constitucionalismo, garantindo-se, inicialmente, a

⁵² Reconhece o Prof. Dirley Cunha Jr., contudo, a importância da fundamentação dos direitos fundamentais, afirmando que o seu fundamento filosófico é o de natureza moral: a consciência ética coletiva. CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 606.

⁵³ Há uma confusão, complementa Fábio Konder Comparato, , entre o direito subjetivo propriamente dito - que é a pertinência de um bem da vida a alguém- e a chamada pretensão (*Anspruch*) – modo judicial ou extrajudicial, reconhecido no ordenamento jurídico, para garantir o respeito ao direito subjetivo. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. re. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 60.

⁵⁴ CUNHA Jr., Dirley da., op. cit., p. 565.

⁵⁵ *Ibidem*, *idem*.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 528.

⁵⁷ *Ibidem*, *idem*.

⁵⁸ Op. cit., p. 576.

liberdade abstrata e formal para serem galgados, mais tarde, os direitos civis e políticos, assegurando-se, depois, os direitos sociais e atingindo-se, enfim, outros bens do interesse da coletividade. Em lugar do individualismo, o constitucionalismo pós-moderno propugna o humanismo; substituta do patrimonialismo, floresce a dignidade da pessoa humana, e o Texto Maior advém como “norma jurídica superior, igual para todos e instrumento de afirmação e garantia dos direitos fundamentais”⁵⁹. Contudo, mesmo tendo guarida constitucional, no Brasil, o direito do consumidor tem sido objeto de constantes violações – situação que concita o operador do direito a maximizar a interpretação e a aplicação da Carta Magna local.

A produção e a distribuição de bens passaram a ser dominadas pela burguesia e o sistema capitalista, desde os momentos iniciais, teve em foco a busca de lucros através da disseminação de produtos e serviços. Produzir mais e mais - esse era o lema do capitalismo e todas as vezes que se confrontava com as suas endêmicas crises de acumulação, salienta Boaventura de Sousa Santos, “fê-lo ampliando a mercadorização da vida, estendendo-a a novos bens e serviços e a novas relações sociais e fazendo-a chegar a pontos do globo até então não integrados na economia mundial”⁶⁰. A análise do desenvolvimento da sociedade de consumo exige um estudo comparativo com as fases vivenciadas pelo capitalismo, visto que estiveram jungidas aos períodos verificados.

2.3 CONSUMO DE BENS E ETAPAS DO CAPITALISMO

Ao examinar as transformações causadas pelo progresso industrial, Carl Schmitt aduz que o desenvolvimento da técnica acentua-se, de tal maneira, no evolver do século XIX, sendo “tan rápida es la evolución de las relaciones sociales y económicas, que todas las cuestiones morales, sociales y económicas se resienten de ello”, surgindo uma verdadeira “religión del progreso técnico”⁶¹. Dessa forma, “Todo se resuelve en última instancia por el progreso. Ningún dogma es evidente ni más elemental que éste para las grandes aglomeraciones industriales”⁶². Nesse mesmo sentido, Ernst Benda assevera que “La imagen de la Sociedad está cada vez más troquelada por el cambio social”, tendo a “La

⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice*. 10. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 34.

⁶¹ “tão rápida é a evolução das relações sociais e econômicas, que todas as questões morais, sociais e econômicas se ressentem de um elo”, surgindo uma verdadeira “religião do progresso técnico” (traduziu-se). SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad*. Trad. Cristina Monereo Atienza. Granada: Editorial Comares, 2006, p. 101.

⁶² “Tudo se resolve em última instância pelo progresso. Nenhum dogma é evidente nem mais elementar que este para as grandes aglomerações industriais” (traduziu-se). SCHMITT, Carl., op. cit., p. 101.

expansión industrial ha provocado el desmantelamiento de las barreras de clase”⁶³. As profundas e intensas modificações decorrentes do segundo Pós-guerra afetaram velhos privilégios e a atual sociedade de consumo reflete a crise econômica e estrutural e as consideráveis diferenças⁶⁴.

Três fases do capitalismo são identificadas e servem como orientações essenciais para o entendimento dos meandros pelos quais passou a sociedade de consumo: o “capitalismo liberal”; “o capitalismo organizado ou de grupos” e o “capitalismo monopolista ou desorganizado”⁶⁵. Em cada um desses momentos, a forma de produção e de distribuição dos bens apresentou uma nota singular e, do mesmo modo, a figura do consumidor respondia aos estímulos difundidos. A primeira, também denominada por Weber de “capitalismo criativo”, perdurou por quase todo o século XIX; a segunda, intitulada pelo citado sociólogo de “capitalismo de investimento”, inaugurou-se no final desse século e estendeu-se após o primeiro grande conflito mundial e o *New Deal*; e a derradeira, vista como “capitalismo administrativo”, iniciou-se no final da década de 60. Com a globalização e os grandes investimentos na distribuição de bens consumo, através de redes internacionais, consolidou-se o “capitalismo de consumo”⁶⁶.

2.3.1 “Capitalismo Liberal” ou “Capitalismo Criativo”

No decorrer do capitalismo liberal, o Estado abriu total espaço para a iniciativa privada, que passou a produzir e a distribuir produtos e serviços com grande voracidade em busca de públicos cada vez maiores. Por outro lado, o Código de Napoleão, de 1804, preocupa-se com a garantia absoluta do direito de propriedade e o princípio da não intervenção estatal, levando Dallari a asseverar que o constitucionalismo francês nada mais arregimentou do que um “código de ordem pública”, estigmatizado por uma “eficácia jurídica extremamente precária”, constituindo apenas uma “teoria civilista”⁶⁷,

⁶³ “A imagem da sociedade está cada vez mais afetada pela transformação social”, tendo a “expansão industrial provocado o desmantelamento das barreiras de classe” (traduziu-se). BENDA, Ernesto. *El Estado Social de Derecho*. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Drecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001, p. 537.

⁶⁴ *Ibidem*, *idem*.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 79 e seguintes.

⁶⁶ WEBER, Max. *Die Protesyantische Ethik un der Geist des Kapitalismus*. Berlim: Archiv für und Sozialwissenschaft Sozialpolitik, 1904.

⁶⁷ “É curioso e surpreendente verificar que ainda hoje muitos juristas franceses, inclusive professores de Direito Constitucional, mas sobretudo civilistas, continuam mantendo essa posição, insistindo no caráter predominante político das normas constitucionais e só reconhecendo como verdadeira teoria jurídica a teoria civilista”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109.

embasada na “idolatria à lei”, na condição de diretriz recomendável, sem caráter geral e obrigatório⁶⁸.

No início do século XIX, do mesmo modo que nos séculos XVII e XVIII, todas as contendas entre os comerciantes e os contratantes ainda eram solucionadas à luz das normas jurídicas privadas, baseadas na igualdade das partes e no jusracionalismo, que pregava uma interpretação literal do conteúdo daquelas. Como, nessa época, a sociedade de consumo ainda não havia emergido de modo marcante, aplicavam-se as normas do Direito Privado clássico previstas nas Codificações que foram estruturadas no século XIX⁶⁹. O Código Civil Francês, de 1804, que serviu de modelo para a criação de outros, era visto como um corpo abrangente e hermético, que dispensava consulta a normas esparsas. Os conflitos entre contratantes eram pacificados com base na autonomia privada, na vinculação ao pacto entre as partes (*pacta sunt servanda*), na responsabilidade subjetiva e na igualdade formal⁷⁰. Observe-se que, no Brasil, a Constituição Imperial de 1824, no art. 178, fez menção aos direitos políticos e individuais dos cidadãos, mas não avançou na proteção dos interesses econômicos da coletividade.

É importante ressaltar que, em 1842, a Corte Inglesa examinou o Caso *Winterbottom v. Wright*, referente ao acidente ocorrido com um carteiro que transportava pessoas e correspondências numa carruagem, vindo uma das rodas a desvencilhar-se, o que causou danos aos presentes. Reconheceu-se que houve uma falha por parte do responsável pela carruagem, visto que lhe competia zelar preventivamente pelo meio de transporte, independentemente da verificação da culpa ou não⁷¹. Era o início da aplicação da garantia legal e implícita atribuída aos produtos e serviços.

Na segunda metade do século XIX, aproximadamente em 1880, iniciou-se “a idade de ouro do anúncio comercial” para distribuir e escoar a enorme quantidade de mercadorias produzidas, explorando-se diversos temas⁷². Todos os meios disponíveis teriam que ser manejados para que o consumidor fosse cativado, conduzindo Henry Ford a externalizar que “O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma

⁶⁸ THIREAU, Jean-Louis. *Introduction historique au droit*. 2. ed. Paris: Flammarion, 2003, p. 322-323.

⁶⁹ Philippe Malinvaud destaca o papel da jurisprudência francesa na construção das regras regulamentadoras da responsabilidade civil do fabricante por danos causados por produtos defeituosos. MALINVAUD, Philippe. La responsabilité du fabricant. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 55, 1979, p. 27.

⁷⁰ No que concerne à tentativa de o fornecedor eximir-se da sua responsabilidade, examinar: MALINVAUD, Philippe. et al. De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité. *L'avenir du droit. Mélanges en hommage a François Terré*. Paris: Dalloz/Presses Universitaires de France/Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 689 a 700.

⁷¹ PHILLIPS, Jerry. *Products Liability*. Minnesota: West Group, 1998, p. 43.

⁷² LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, 173.

corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco”⁷³. Em contrapartida, o sistema taylorista-fordista impulsionou a produção em larga escala e crescente velocidade, ocasionando um grande número de bens de consumo.

Em 1883, Sauzet desenvolve a tese da *responsabilité des patrons* e, em 1884, Sainctelette aborda o tema *De la responsabilité et de la garantie*. De acordo com a teoria da obrigação da garantia, o responsável pelo dano se submeteria a uma obrigação de reparação do prejuízo causado. Por outro lado, o garantidor da obrigação, destarte, assumiria um risco, que seria o de reparar o prejuízo causado⁷⁴. Durante os anos de 1889 e 1900, em Paris, foram realizados eventos direcionados para a venda em massa de produtos, inaugurando-se grandes estabelecimentos comerciais montados em vários departamentos e feiras de negócios⁷⁵. Nas grandes cidades do mundo ocidental, um diferente panorama era visualizado através de grandes lojas de departamentos, como a *Harrods*, na Inglaterra, *Printemps*, na França, e a *Macy's*, nos Estados Unidos⁷⁶. No entanto, no Brasil, a Constituição de 1891, mesmo sendo o corolário do regime republicano, não alberga inovações no sentido de proteger o consumidor.

Na fase primitiva da acumulação capitalista, a classe economicamente mais favorecida era a que realmente tinha condições de adquirir e utilizar a variedade de mercadorias e de serviços que iam surgindo. Nessa época, o operariado somente recebia o necessário para o sustento próprio e a conservação da sua força de trabalho, não tendo condições de acesso ao lazer nem a bens supérfluos. Quando a produção atingiu alto grau de abundância, o operário, antes tido por “absoluto desprezo”, continuou a existir fora dessa produção, porém, “aparentemente tratado como adulto, com uma amabilidade forçada, sob o disfarce de consumidor”⁷⁷. Para Adorno e Horkheimer “consumo e produção se articulam em um novo todo, quando a oposição entre trabalho e capital dá origem à sociedade de consumo de massa (na) integração deliberada dos

⁷³ WHALEY, Douglas. *Problems and Materials on Consumer Law*. New York: Aspen Law&Business, 2002, p. 45.

⁷⁴ CHARMONT, Joseph. *Les transformations du droit civil*. Paris: Armand Colin, 1912, p. 243-247.

⁷⁵ No romance “Au bonheur des dames”, de 1883, Émile Zola retratou a vida de uma personagem feminina, que trabalhava em uma grande loja de departamentos, situada em Paris, e é possível perceber os instrumentos e as técnicas utilizadas para captar clientes e incrementar a saída de produtos e serviços. ZOLA, Émile. *Au bonheur des dames*. Les Rougon-Macquart. Paris: G. Charpentier Éditeur, 1883.

⁷⁶ SCHWERINER, Mario Ernesto René. *Comportamento do Consumidor*. Identificando Necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 72.

⁷⁷ DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 31.

consumidores pelo alto”⁷⁸. Os trabalhadores foram integrados na sociedade de consumo, através da indexação dos salários, com o fim preconcebido de receberem o excesso da produção e manterem vivo o capitalismo em vigor⁷⁹.

Com o surgimento da sociedade de consumo, as pessoas deixaram de ser vistas pelo simples “desempenho social puro” e a “verdade pessoal e autenticidade” dos indivíduos eram uma consequência das suas aparições na vida pública. Já no século XIX, assinala Débord, a ideia de que “as mercadorias teriam dimensões psicológicas fica óbvia em termos de secularidade baseada no princípio da imanência”⁸⁰. Dessa forma, o autor conclui que toda “a vida das sociedades nas quais reinam as modernas condições de produção se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos”, bem como de representação⁸¹.

Na sociedade de consumidores, denuncia Bauman, ninguém poderia “se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável”⁸². A característica mais proeminente da sociedade de consumidores, complementa o autor, mesmo que “cuidadosamente disfarçada e encoberta – é a *transformação dos consumidores em mercadorias*; ou, antes, sua dissolução no mar de mercadorias”.

A mutação do operário em consumidor para drenar o excesso de produção e a busca incessante de mais clientela levou muitos fornecedores a ultrapassar os limites da ética e da lisura. Por tal razão, ainda no final do século XIX e no alvorecer do seguinte, nos países cujo setor industrial era mais desenvolvido, surgem os primeiros movimentos a favor da proteção dos consumidores. Em Nova York, Josephine Lowell instituiu a *New York Consumers League* e Florence Kelley, em 1899, criou a *National Consumers League* através da reunião das entidades associativas de Boston, Chicago, Filadélfia e da mencionada cidade⁸³.

⁷⁸ ADORNO, T. W; HORKHEIMER, M. *La dialectique de la raison. Fragments philosophiques*. Paris: Gallimard, 1977, p. 125.

⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice*. 10. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 248.

⁸⁰ SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 43.

⁸¹ DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 13.

⁸² BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20.

⁸³ WHALEY, Douglas. *Problems and Materials on Consumer Law*. New York: Aspen Law&Business, 2002, p. 45.

No final do século XIX e no decorrer do século XX, quando a sociedade massificada começou a formar-se, a obtenção de soluções justas baseadas naqueles princípios tornou-se patente. A liberdade do fornecedor para criar contratos padronizados teve que sofrer freios, sendo a autonomia privada absoluta substituída pela exigência de uma vontade racional e equilibrada⁸⁴. Contratos arbitrários, que antes tinham que ser cumpridos, dada à obrigatoriedade do teor do que fora pactuado entre as partes, passaram a ser questionados com esteio na Teoria da Imprevisão. A igualdade, antes perseguida apenas no plano formal, exigiu uma conformidade com o plano material, em que consumidores e fornecedores se encontram em patamares distintos⁸⁵. O poder do fornecedor de elaborar unilateralmente os contratos de adesão e de impingir-lhes cláusulas abusivas, “despersonalizando-se” mediante a transferência para seus funcionários da atribuição de contato com os consumidores foram fatores que contribuíram para que normas específicas fossem mescladas com as existentes visando à proteção da parte mais fraca⁸⁶.

No modelo clássico do contrato, fincado no princípio da autonomia da vontade, o fornecedor somente era obrigado a responder pela fraude ou pela culpa observada no caso concreto⁸⁷. No decorrer do século XIX, tal princípio vigorou de modo incisivo, como se pode constatar pela análise do caso *Smith v. Hughes* em que se deliberou que “não há obrigação legal para o vendedor em informar ao comprador que ele está em erro, desde que não induzido por ato do primeiro”. Desta forma, seria possível que o vendedor se mantivesse inerte quanto ao ledô engano *ad libitum* do comprador, sendo-lhe vedado apenas que o auxiliasse de modo ativo⁸⁸.

Denominada, *a priori*, de *warranty*, a garantia apresentava-se vinculada à concepção de delito, ou seja, do *tort character*, já que a declaração do fornecedor, em desconformidade com a verdade, consistia no ilícito civil intitulado de *misrepresentation*⁸⁹, ensejando a *action of deceit* para puni-lo⁹⁰. Com o evoluir dos tempos, diante da grande quantidade de reclamações contra os fornecedores, em decorrência dos vícios detectados nos produtos e

⁸⁴ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 2002, p. 174.

⁸⁵ RENNERT, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. Trad. Agnes Schwarzschild. London: Routledge & Kegan Paul, 1976, p. 86.

⁸⁶ GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado*. Trad. José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Española, 1904.

⁸⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato. Separata ao vol. XXXV do Suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1990, p. 35.

⁸⁸ BECKER, Anelise. As Garantias Implícitas no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, jan./mar., 1994, p. 71.

⁸⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 52.

⁹⁰ Sobre o tema, consultar: FLEMING, John G. *The Law of Torts*. 9. ed. Sydney: LBC Informations Services, 1998.

serviços, a responsabilidade destes passou a ser regida em sede contratual através da *action for a breach of warranty*. A garantia, antes imbrincada com a noção de *tort*, transmudou-se para o *term of the contract of sale como obligatio ex lege*⁹¹.

Com a desvinculação da garantia do campo delitual, surgiu a *express warranty* - decorrendo do pacto dos interessados que firmam certo contrato - e a *implied warranty* - oriunda da própria lei e presença do Estado no mercado. Na Inglaterra, o *Uniform Commercial Code* estabelece, na Section 2-316, que “a garantia legal das coisas comerciáveis é implícita ao contrato”⁹². Na *common law*, nos contratos de compra e venda, a coisa alienada tem que apresentar as qualidades e as características fundamentais que comprovem a prestabilidade previamente informada, consistindo na “condição” essencial do contrato (*condition*)⁹³. Verificando-se a tradição do bem, o vendedor tem o dever legal de garantir a sua qualidade, e, em caso de vícios ou defeitos ocultos, será o responsável⁹⁴.

A *implied warranty*, resultado da sociedade massificada e das relações negociais padronizadas, transmudou a regra para o *caveat venditor*, ou seja, aquele que vende algo, deverá garantir a sua qualidade, não como resultado da determinação volitiva dos contratantes, mas, sim, da nova praxe. Novos paradigmas emergiram com as transformações socioeconômicas que marcaram os últimos séculos e a faceta plúrima das operações econômicas, caracterizada por uma multiplicidade de contratantes e pela ausência de um consenso sobre o conteúdo contratual, fez com que a garantia implícita fizesse parte dessa realidade. Estabilizou-se, dessa forma, a regra “a sound price warrants a sound commodity”, ou seja, se o adquirente paga por algo, em contraprestação, deve ter a garantia de qualidade e de conformidade com suas expectativas⁹⁵.

⁹¹ Corpus Juris secundum, The American Law Book Co., New York, 1963, vol. 77, p. 1.115.

⁹² *Uniform Commercial Code*, p. 2-314. Observa-se que a origem da responsabilidade por produtos é o Uniform Sales Act, atualmente, o Uniform Commercial Code, afirmando Jerry Phillips que “Products liability has extended beyond tangible goods, however, to include intangibles such as electricity after it has been delivered to the consumer”. PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998, p. 45.

⁹³ De acordo com o art. 2-315 do Uniform Commercial Code, “sempre que o vendedor, ao tempo da contratação, tiver razão pura para conhecer qualquer razão particular pela qual os bens são desejados e o comprador confia na aptidão ou julgamento do vendedor para selecionar ou fornecer bens adequados, há uma garantia implícita de que os bens são adequados para tal fim”.

⁹⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 46-47.

⁹⁵ Corpus Juris Secundum, vol. 77, p. 1.159.

2.3.2 “Capitalismo Organizado”, “Capitalismo de Grupo” ou “de Investimento”

Na segunda fase do capitalismo, a produção de bens de consumo continuou a se intensificar e as irregularidades no setor foram sendo identificadas com maior clareza. No final do século IX e início do XX, o governo dos Estados Unidos teve que enfrentar as práticas desleais realizadas pelos carteis, monopólios e trustes – como da Standard Oil, que, em 1880, controlava o refinamento de petróleo, e os da indústria do açúcar e do whisky, formados em 1887⁹⁶. Intensifica-se, assim, o denominado “Capitalismo de grupo”, conduzindo o Congresso norte-americano a adotar medidas legais para amenizar as relações entre os comerciantes e os consumidores. A Lei Sherman Antitruste, idealizada pelo Senador John Sherman, foi assinada, em 2 de julho de 1890, por Benjamin Harrison, então, presente dos Estados Unidos, vindo a proibir a concorrência desleal entre empresas, tanto na esfera nacional quanto na internacional, visando punir e evitar a formação artificial de trustes e monopólios⁹⁷.

No início do século XX, mais precisamente em 1906, foi publicada a obra *The Jungle*, do escritor socialista Upton Sinclair, que descreveu as insatisfatórias instalações em que os produtos derivados de carne animal eram confeccionados, bem como as péssimas condições para que os trabalhadores desenvolvessem as suas atividades. O impacto gerado pelo citado romance foi tão grande que Theodor Roosevelt, à época Presidente dos Estados Unidos, editou, naquele mesmo ano, o *Pure Food and Drug Act* – PFDA – primeira lei destinada a reger a produção de gêneros alimentícios e de medicamentos. No ano seguinte, visando a uma melhoria da qualidade das condições do abate e do tratamento da carne, foi sancionando o *Meat Inspection Act*⁹⁸. Em 1914, a Lei Clayton veio a complementar a Lei Sherman com vistas ao combate do capitalismo de grupos⁹⁹.

O caso *Timrod v. Schoolbrod*, ocorrido na Carolina do Sul, foi um dos primeiros a ser solucionado através da aplicação de uma concepção mais objetiva da responsabilidade civil. Certo escravo, a despeito de portador da doença denominada varíola, foi vendido pela média de mercado aplicada para os indivíduos sadios e, logo depois do negócio, veio a óbito - ao

⁹⁶ GROSSBERG, Michel; TOMLINS, Christopher. *The Cambridge History Law in America*. New York: Cambridge University Press, 2008, v. 2, p. 466-467.

⁹⁷ FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. 3. ed. New York: Touch Stone, 2005, p. 194.

⁹⁸ Corpus Juris Secundum, vol. 77, p. 1.159.

⁹⁹ VULKOWICH, William T. *Consumer Protection in the 21st Century: A Global Perspective*. New York: Transnational Publishers, 2002, p. 150.

comprador foi assegurado judicialmente o direito de receber o valor pago¹⁰⁰. Em 1913, a Corte de Washington, ao julgar o caso *Mazzeti v. Armour Products*, reconheceu que o consumo de qualquer gênero alimentício deteriorado geraria a responsabilização dos fabricantes, embaladores ou atacadistas¹⁰¹.

Em 1915, a Alemanha examinou o caso *Brunnensalz (RGZ 87, I ss)*, referente ao fato de uma pessoa ter comprado embalagem de sais minerais em farmácia, contendo pedaços de vidro que, após ingeridos, prejudicaram a sua saúde. Decidiu o *Reichsgericht* a ação interposta pela vítima e condenou o fabricante, que era também o embalador original, ao pagamento de indenização com base no BGB & 831, I, não sendo aceita a alegação de exclusão de responsabilidade. Negou-se a existência de relação direta entre produtor e consumidor, mas se admitiu que, através da embalagem original, o fabricante garantiu ao consumidor a genuidade e preparação cuidada do seu conteúdo¹⁰².

Conforme aduz Gaetano Mosca, a teoria constitucional somente veio a estruturar-se no início da terceira década do século XX após o primeiro conflito mundial, quando foram deflagradas revoluções dada as arbitrariedades detectadas¹⁰³. No campo da positivação dos direitos humanos, a Constituição do México de 1917, fruto dos atos revolucionários, é considerada a “primeira constituição político-social do mundo”, fixando um programa social a ser cumprido pelo Poder Público, dando-se os primeiros impulsos para o constitucionalismo social¹⁰⁴. Ora, dúvidas não vicejam de que tal proteção ressoaria na seara consumerista e na proteção dos cidadãos diante dos vícios que maculariam os produtos e serviços. Em 1917, a Revolução Russa preconizou a igualdade como direito fundamental e existência de direitos específicos dos trabalhadores e, em seguida, a Constituição de Weimar, de 1919, ao primar pelo princípio da autonomia privada negocial coletiva, denotou uma tendência fortemente socializante¹⁰⁵.

Na década de 20, a expressão “sociedade de consumo” ou *mass consumption society* vem, pela primeira vez, à tona, tornando-se mais conhecida da população nos

¹⁰⁰ Ruling Case Law. The Lawyers Cooperative Publishing Co., New York, 1.915, vol. 24, p. 181.

¹⁰¹ Corpus Juris Secundum, vol. 77, p. 1.128.

¹⁰² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 959-960.

¹⁰³ MOSCA, Gaetano. *Derecho Constitucional*. Trad. Almudena Bergareche Gros. Madri: Marcial Pons, 2006, p. 47.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 60.

¹⁰⁵ As Constituições Liberais dos Séculos XVIII e XIX, como enuncia Manoel Jorge e Silva Neto, foram “respostas dada pelos mantenedores da estrutura e da filosofia liberais à vista da possibilidade de modificação abrupta do sistema vigente e de ruptura institucional”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58.

anos 1950-60 e seu êxito permanece absoluto nos nossos dias¹⁰⁶. Em 1921, a questão foi revivida no *caso Saatgut* (RGZ 103, 77 ss), que versou sobre o fornecimento de trigo puro ensacado com informação de que continha 'semente de verão', mas, na realidade, eram sementes de inverno. Embora o vendedor não fosse o responsável pela embalagem do produto, o tribunal posicionou-se no sentido da “existência de uma garantia tácita do produtor que, segundo a 'natureza das coisas' e para 'segurança do tráfico', fora reassumida pelo comerciante intermediário”¹⁰⁷.

O caso *Coca-Cola Bottling Works v. Lyons*, examinado em 1927, no Mississippi, ampliou a regra sobre a garantia implícita, considerando-a não limitada apenas entre o vendedor originário e o revendedor, acompanhando a mercadoria, desde a sua saída do círculo de atuação do fabricante até o consumidor destinatário final (*a warranty running from manufacturer to the consumer*)¹⁰⁸. Em 1932, um caso emblemático foi julgado na Inglaterra pela *House of Lords* com a superação da *torts of negligence*. Uma senhora, após consumir uma bebida com restos de lesma, sofreu forte abalo psicológico, levando aquele órgão a reconhecer a responsabilidade direta do fabricante do produto, mediante decisão por maioria de três votos a dois¹⁰⁹. Houve, na fase inicial da implantação da garantia implícita, uma tendência de associá-la aos produtos alimentícios, principalmente, pela importância para a saúde e a sobrevivência dos indivíduos¹¹⁰.

No Brasil, a Constituição de 1934, pela primeira vez, inseriu os direitos sociais em seu texto e estabeleceu a intervenção do Estado no domínio econômico, traçando diretrizes sobre a economia popular, o crédito, a nacionalização das instituições financeiras e das empresas de seguros¹¹¹. Em 1935, foi publicado o primeiro projeto de lei uniforme sobre compra e venda pelo Instituto Internacional Para a Unificação do Direito Privado (*Unidroit*), mas não logrou

¹⁰⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 20.

¹⁰⁷ Ibidem, idem.

¹⁰⁸ Afirma Phillips Jerry que “Strict liability in tort had its modern origins in warranty, and in the tort doctrine of res ipsa loquitur. See *School v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (Call. 1944). Also, the tort doctrine of strict liability for abnormally dangerous activities may significantly account for the development of strict tort liability for defective products See *Chapman Chem. Co. v. Taylor* (Ark. 1949)” (A estrita responsabilidade em delito teve suas origens modernas na garantia e na doutrina da res ipsa loquitur. Veja *Escola versus Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (Chamada 1944). Além disso, a doutrina penal da responsabilidade objetiva para atividades anormalmente perigosas pode explicar de forma significativa o desenvolvimento da responsabilidade extracontratual rigorosa para produtos – traduziu-se). PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998, p. 47.

¹⁰⁹ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La Responsabilità del produttore*. 4. ed a cura di Fabio Toriello. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 294.

¹¹⁰ PONZANELLI, Giulio. *La Responsabilidad Civil*: Profili di Diritto Comparato. Bologna: Il Mulino, 1992.

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 83.

êxito. A centralização do poder político, ocorrida na década de 30 no Brasil, ensejou a outorga da Constituição de 1937, marcada por regras antidemocráticas, desprezando-se a preocupação com os direitos do povo. Em 1938, com a obra *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen inicia o processo de sedimentação da teoria constitucional, defendendo a unidade e a hierarquia do sistema jurídico, tendo a Constituição no topo, como norma fundamental hipotética¹¹². Após a segunda Guerra Mundial, seguiu-se a fase intitulada de os “Trinta Gloriosos”, vista como um período produtivo, principalmente na Europa Ocidental, havendo um satisfatório crescimento econômico, avanços tecnológicos no setor militar, baixo nível de desemprego, possibilitando um aumento do consumo de mercadorias e serviços. Nessa fase, a crescente indústria dos bens de consumo tomou corpo mais vultoso, acompanhada da massificação do crédito e da atividade publicitária¹¹³.

Vislumbra-se que foi a Carta Constitucional Brasileira de 1946 que, buscando a “legitimação do poder político no segmento popular”, traçou diretrizes sociais e econômicas, reconhecendo a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano, bem como a intervenção no domínio econômico¹¹⁴. A Carta de 1946, atendendo ao período pós-guerra caracterizado pelo restabelecimento dos anseios da paz e da democracia, tratou da repressão ao abuso do poder econômico – o que denota uma valorização dos interesses dos consumidores. A Constituição da Itália, de 1947, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, consolidam um constitucionalismo de inspiração humanista, assentado na liberdade e igualdade para todos os seres humanos¹¹⁵. Essa Declaração congrega um conjunto interligado de direitos individuais e coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, voltados para o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana¹¹⁶.

Dez anos após, em 1958, no Estado de Michigan, o caso *Spence v. Theree Rivers Builders & Masonry Supply, Inc.*, marcado pelo desabamento de uma edificação por causa da venda de blocos especiais defeituosos, trouxe à tona a imprescindível aplicação da regra para produtos diversos. No caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, datado de 1960, a regra

¹¹² KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 2009.

¹¹³ CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a Hipermodernidade ou o Hipermoderno explicado às crianças*. Trad. Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009, p. 45.

¹¹⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67.

¹¹⁵ As Declarações de Direitos contemporâneas caracterizam-se, segundo Martín-Retortillo, pela longitude (densidade do sistema); latitude (maior número de matérias díspares); universalização; e profundidade da persecução incessante do sistema de garantias. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992, p. 19.

¹¹⁶ Não objetiva o presente trabalho tecer profundas considerações sobre a evolução histórica dos direitos humanos e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais. Pode o leitor consultar a seguinte obra: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y., op. cit.

terminou sendo expandida para que todos os produtos fossem albergados pela garantia implícita. A Chrysler Corporation fabricou e vendeu um veículo para a *Bloomfield*, que o revendeu para Claus H. Henningsen e este o presenteou à esposa. Apresentando um defeito na direção, o automóvel terminou desgovernando-se e chocando-se com um obstáculo – o que ocasionou ferimentos na condutora. Indagou-se a inexistência de vínculo contratual entre a motorista e as empresas, porém, o princípio da relatividade, que reinava no campo contratual, cedeu espaço para a solidariedade, sendo os fornecedores condenados.

Ainda na década de 60, na Europa, diversos casos ocorreram envolvendo produtos alimentícios em condições impróprias para o consumo. Na França, em 1960, uma família inteira veio a morrer após consumir pão com farinha contaminada, conduzindo a Corte de Apelação de Nimes (25-4-1960) a decidir o caso, conferindo nova interpretação às normas do sistema tradicional¹¹⁷. O *Caso Saiwa*, ocorrido na Itália, caracterizou-se pela severa intoxicação de um grupo de pessoas, provocada por biscoitos estragados, sendo a ação indenizatória julgada improcedente por falta de provas de culpa do fabricante. Contudo, a Corte de Cassação não só admitiu a ação direta contra o produtor, bem como a responsabilização do fabricante, presumindo a sua culpa¹¹⁸.

O desenvolvimento tecnológico e científico foi sendo acompanhado de vários problemas na seara consumerista, gerando sérios danos para os usuários de certos produtos e serviços. Entre os anos 1958 e 1962, o uso do sedativo Talidomida Contergam em gestantes, principalmente na Alemanha e na Inglaterra, acarretou defomidade em muitos nascituros. Nos Estados Unidos, no período entre 1960 e 1962, o medicamento anticolesterol – MER-29 causou lesões na visão de mais de cinco mil usuários, tendo alguns, inclusive, ficado cegos.

Com o caso *Greenman v. Yuba Power Products Co.*, de 1962, consagrou-se a tese da responsabilidade do fabricante, não por negligência ou por provável garantia expressa ou implícita, mas pelo mero fato de haver lançado, no mercado, produto defeituoso¹¹⁹. Em 15 de março de 1962, o Presidente Kennedy encaminhou a *Special Message to the Congress on Protecting Consumer Interest* (Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre Proteção dos Interesses dos Consumidores), reconhecendo que “Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia,

¹¹⁷ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La Responsabilità del produttore*. 4. ed a cura di Fabio Toriello. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 181.

¹¹⁸ Ibidem, idem.

¹¹⁹ O caso versa sobre a aquisição de uma máquina destinada ao corte de gramas e plantas que causou sérios danos para o utente. WHALEY, Douglas. *Problems and Materials on Consumer Law*. New York: Aspen Law&Business, 2002, p. 46.

afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas (...). No entanto, alertou que constituem “o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos”¹²⁰.

Naquela mensagem direcionada ao Congresso, Kennedy alertou sobre a precária qualidade dos produtos e serviços e a não prestação de adequadas informações para os adquirentes. O consumidor somente veio a ser concebido como sujeito de direitos a partir da década de 60, quando, nos Estados Unidos, o processo de industrialização e a evolução da tecnologia atingiram um elevado nível e incrementaram o desenvolvimento de um intenso mercado. A partir das discussões travadas nos setores econômico e mercadológico norte-americanos, litígios levados ao aparelho judiciário conduziram os tribunais a construírem uma jurisprudência específica para a solução de problemas que não mais se enquadravam especificamente nas regras aplicáveis aos casos de natureza cível¹²¹.

O *Restatement of Torts*, em 1965, sedimentou a responsabilidade sem culpa (*strict liability*) do fabricante, não mais exigindo que o contrato contemplasse a garantia. A progressão do regime anterior para o atual mostra que o fornecedor de produtos e serviços, antes obrigado apenas a cumprir o teor da garantia que optava por oferecer de forma expressa, hodiernamente, possui o dever de informar sobre o bem de consumo. O fornecedor, antes estava circunscrito apenas, sob a ótica negativa, a uma “faculdade de abstenção” e, com as modificações, tem que cumprir um dever ativo- a cooperação¹²².

O direito, contudo, não pode resistir à realidade e aos fatos e, desde a década de 60, a sociedade massificada vinha mostrando os seus traços positivos e as mazelas do sistema de contratação padronizada, não tendo o Brasil como ficar na contramão do progresso jurídico. Competindo ao jurista encarar os problemas existentes na aplicação do direito, não os ignorando, jamais poderia dormir na reformulação legislativa, adequando-a às mutáveis situações da vida”¹²³. Assim, o modelo jurídico de outrora teve que ceder espaço para o microssistema consumerista. Com a Lei n. 4.137/62, o Brasil procurou coibir o abuso de poder econômico no mercado de consumo, bem como criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), subordinado à Secretaria Nacional de Direitos Econômicos (SNDE), órgão integrante do Ministério da Justiça. Todavia, o Golpe

¹²⁰ WHALEY, Douglas. *Problems and Materials on Consumer Law*. New York: Aspen Law&Business, 2002, p. 46.

¹²¹ Sobre o tema, ser consultada, por todos, a seguinte obra: CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*, 3. ed. Paris: Dalloz, 1986.

¹²² BECKER, Anelise. As Garantias Implícitas no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, jan./mar., 1994, p. 72.

¹²³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 14.

Militar de 1964, consolidado com os Atos Institucionais n^{os} I e II, eliminou todas as anteriores conquistas em termos de proteção aos direitos dos cidadãos.

2.3.3 “Capitalismo Monopolista”, “Desorganizado” ou de “Investimento”

Aproximadamente, no final da década de 60, com o “capitalismo monopolista”, o Estado retomou o acompanhamento das atividades negociais e econômicas e os consumidores, tratados pelo sistema, em várias e seguidas oportunidades, de forma abusiva, precisavam de maior atenção. Em 1964, dois anexos foram apresentados em face da Lei Uniforme Sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias e a Lei Uniforme Sobre a Formação dos Contratos dessa natureza com vistas à maior proteção dos cidadãos¹²⁴. No final da década de 60, no Brasil, observou-se um caso de grande importância acerca da garantia dos produtos e serviços vinculada à concepção de responsabilidade civil. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a procedência de ação de indenização proposta por usuário de botijão de gás que explode em decorrência de vazamento causado por vício¹²⁵.

Na Alemanha, em 1968, morreram quatro mil frangos em uma granja em função da deficiência de informações sobre o modo como deveria ser ministrada uma vacina contra peste. O *Bundesgerichtof* reconheceu a responsabilidade civil do fabricante por defeito na prestação de informações, inclusive, invertendo o ônus da prova e reconhecendo uma presunção *juris tantum* de culpa¹²⁶. Na década de 70, a Vacina *Salk*, utilizada contra poliomielite, ocasionou moléstias em várias crianças na Califórnia. Na França, o talco *Morhange* intoxicou inúmeros consumidores infantis; na Itália, vinhos com quantidade excessiva de metanol, e, na Espanha, azeite irregular, causaram sérios danos para a saúde da população¹²⁷.

Com base nos diversos acidentes de consumo acima descritos, inúmeros debates foram desencadeando-se, culminando, em 17 de maio de 1973, com a edição da Resolução n. 543 pela Assembléia Consultiva do Conselho da Europa, instituindo a Carta de Proteção do Consumidor que traçou diretrizes básicas sobre a prevenção e a reparação dos danos

¹²⁴ A Comissão das Nações Unidas Para o Direito do Comércio Internacional (CNUDCI), criada em 1966 por resolução da Assembléia Geral, deu prioridade à revisão das normas sobre o tema.

¹²⁵ Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, 3^a Cam. Cív. AC 9.283, Rel. Des. Paulo Boeckel Velloso, Acórdão de 18-9-1969, v. u., RT, São Paulo, v. 59, n. 420, p. 336, out. 1970.

¹²⁶ BECKER, Anelise. As Garantias Implícitas no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, jan./mar., 1994, p. 72.

¹²⁷ PHILLIPS, Jerry. *Products Liability*. 5. ed. Saint Paul, MN: West Publishing Co, 1998, p. 34 e segs.

causados à categoria¹²⁸. Na 29ª sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada em 1973, em Genebra, foram discutidos temas referentes aos direitos básicos dos consumidores, destacando-se a proteção à saúde e segurança, integridade física e moral, dignidade humana, privacidade e informação. Seguindo a trilha traçada pelo Conselho, a França adotou a *Loi Royer*, de 27/12/1973 que, no art. 44, dispôs sobre a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa¹²⁹. Em 14 de abril de 1975, a Resolução do Conselho da Comunidade Européia reconheceu os citados direitos¹³⁰.

Em 1975, o governo federal norte americano adotou o *Magnuson-Moss Warranty – Federal Trade Commission Act*, 15 U.S.C., estabelecendo, nos parágrafos 2301 e seguintes, maior proteção para o consumidor contratante de serviços¹³¹. A *Loi Scrivener* de 10/01/1978 instituiu, na França, regras para a proteção dos consumidores contra as abusividades na concessão de crédito e as rotineiras cláusulas arbitrárias em outros contratos¹³². No Brasil, nos idos da década de 70, o movimento pró-consumidor foi fortalecido com o surgimento das primeiras entidades associativas, estruturando-se, em 1974, no Rio de Janeiro, o Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON). Em 1976, em Curitiba e Porto Alegre, foram, respectivamente, instituídas a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC) e a Associação de Proteção ao Consumidor (APC). Naquele mesmo ano, em São Paulo, criou-se, por meio do Decreto n. 7.890/76, o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, constituído pelo Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e pelo Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, que atualmente se denomina Fundação PROCON.

A Convenção das Nações Unidas Sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, aprovada em 1980, em Viena, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988¹³³. No Brasil, na década de 80, lides judiciais foram julgadas através de uma visão mais avançada sobre a responsabilidade do fornecedor. Em 1981, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que tanto o comerciante quanto o criador de reses que morreram em razão de febre aftosa seriam responsáveis pelo evento negativo com base no nexos causal¹³⁴.

¹²⁸ Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CartaProtecConsumidor.htm>>. Acesso em 11 jul. 2013.

¹²⁹ A França, através da Lei de 22/12/1972, garantiu aos consumidores um período de sete dias para refletir sobre a compra.

¹³⁰ Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CartaProtecConsumidor.htm>>. Acesso em 9 fev. 2013.

¹³¹ WHALEY, Douglas J. *Problems and Materials on Consumer Law*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 2002, p. 195.

¹³² O *Code de la Consommation* da França foi regularizado em 1995 por meio de decreto.

¹³³ Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, 1986, p. 446 e seq.

¹³⁴ São Paulo, Tribunal de Justiça, 2ª Cam. Cív., AC 12.801-1, Rel. Des. Toledo Piza, Acórdão de 2-6-1981, v.u., RT, São Paulo, v. 70, n.552, p. 80, out. 1981.

Nesse período, foram também instituídos os Juizados de Pequenas Causas através da Lei n. 7.244/84, posteriormente revogada pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

A partir da década de 80, com o fim da guerra fria e o desenvolvimento das novas tecnologias da informação, que fomentaram a globalização e o “mundo multipolar”, o hipermoderno modificou radicalmente os hábitos e o comportamento do consumidor¹³⁵. A quantidade de seres humanos, tornada excessiva pelo triunfo do capitalismo global, enuncia Bauman, aumentou inexoravelmente e houve uma perspectiva de que a modernidade capitalista irá “*se afogar em seu próprio lixo* que não consegue reassimilar ou eliminar e do qual é incapaz de se desintoxicar”¹³⁶. Havendo um consumo crescente e desenfreado de mercadorias, a invasão de capitais estrangeiros em vários países, mormente naqueles em via de desenvolvimento, fez com que desequilíbrios econômico-financeiros aumentassem no setor público e, no campo privado, o superendividamento tornou-se visivelmente preocupante.

A globalização atizou a desconcentração, a descentralização e a fragmentação do poder, interligando mercados mediante uma inacreditável velocidade e incentivando a circulação de bens e informações em nível mundial – o que “Tornou crescentemente ineficazes as normas e os mecanismos processuais tradicionalmente utilizados pelo direito positivo para dirimi-los”¹³⁷. Em abril de 1985, diante dessa nova realidade, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, depois de um período de discussões com o Conselho Social e Econômico, adotou a Resolução 39/24, prevendo uma política internacional de proteção ao consumidor¹³⁸.

A Diretiva 85/374, baixada pela Comunidade Econômica Europeia em 2 de julho de 1985, estruturou um regime especial e uniforme, baseando-se na experiência norte-americana, mas coibindo determinados aspectos considerados excessivos, mormente quanto às altas indenizações¹³⁹. As principais regras previstas foram: (a) responsabilidade objetiva do produtor por danos causados por produtos defeituosos; (b) a possibilidade de o prejudicado demandar diretamente contra o fabricante, inclusive de parte componente de um produto; (c) a

¹³⁵ CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a Hipermodernidade ou o Hipermoderno explicado às crianças*. Trad. Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009, p. 28.

¹³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 35.

¹³⁷ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 7.

¹³⁸ DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 11.

¹³⁹ Alistar Clark aborda os impactos massivos dos produtos defeituosos e a responsabilidade dos fornecedores. CLARK, Alistar. *The Consumer Protection Act 1987*. In: COSSU, Cipriano (a cura di). *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore*. Milano: Edizioni Cedam – Padova, 1990, p. 203.

fixação de um conceito de produto defeituoso; (d) a fixação de causas de exclusão da responsabilidade do produtor; (e) a limitação dos valores das indenizações por danos pessoais e materiais, sem previsão expressa dos danos morais; e (f) a fixação de prazos de prescrição e de caducidade¹⁴⁰.

No Brasil, a Lei n. 7.347/85 disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, além de outros bens tutelados. Os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, os chamados “crimes do colarinho branco”, foram tipificados por meio da Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. No ano seguinte, o Decreto n. 94.508, de 23 de junho de 1987, criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, posteriormente extinto no Governo Collor de Mello, sendo substituído pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC)¹⁴¹. Durante o inverno de 1987, um jovem vendedor do Rio de Janeiro deslocou-se para Porto Alegre com o objetivo de participar de treinamento, vindo a hospedar-se em um hotel residencial no centro da cidade. Ao fazer uso de uma banheira aquecida por aparelho a gás instalado no próprio local, ocorreu a queima de todo o oxigênio local, e o vendedor veio a falecer por causa de intoxicação gerada pela inalação do monóxido de carbono. A genitora da vítima ingressou com demanda indenizatória por danos materiais e morais contra o hotel e a ação julgada foi procedente com base no art. 159 do CC 1916 (CC/2002, art. 182), constatando-se a culpa na instalação do aquecedor¹⁴². Embora o elemento subjetivo tenha sido levado em consideração, o proprietário do estabelecimento também foi condenado, juntamente com o instalador, havendo o início de uma inclinação pela responsabilização objetiva.

No Brasil, o reconhecimento do direito do consumidor em sede constitucional somente veio a ocorrer com o Texto Maior de 1988, em que lhe é atribuído o status de fundamental. Investigando as etapas históricas do constitucionalismo brasileiro, ao Estado foi atribuída a incumbência de promover a defesa do consumidor na forma da lei, de acordo com o multicitado dispositivo constitucional, sendo-lhe concedido o prazo de 120 (cento e vinte)

¹⁴⁰ ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonia: Real Colegio de España, 1974, p. 98.

¹⁴¹ Afirma Paulo de Tarso Sanseverino que “Embora prejuízos causados por produtos ou serviços defeituosos sempre tenham ocorrido, foi no início do século XX, quando aumentou substancialmente o volume de danos ocasionados por defeitos de produtos e serviços, que a jurisprudência passou a desenvolver novas normas para a responsabilidade civil por acidentes de consumo”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

¹⁴² Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, 3ª Vara da Fazenda Pública, Processo n. 01188024697, sentença de 31-10-1991. AC 592030266, Rel. Des. Sérgio Müller, Acórdão de 12-8-1992. EI 593037633, Rel. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, Acórdão de 6-8-1993. Extraídos da obra: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2 e 3.

dias, contados da promulgação da Constituição Federal, para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, conforme disposto pelo art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Cumprindo a missão constitucional conferida, em 11 de setembro de 1990, portanto, muito além do quanto determinado, o Poder Público trouxe, à baila, a Lei n. 8.078/90, dispondo sobre a proteção do consumidor. Cento e oitenta dias após a publicação desse *Codex*, iniciou-se a sua vigência, nos termos do seu art. 118¹⁴³.

No começo de 1990, a revolução das tecnologias da informação e da comunicação deu origem à “sociedade das redes” que se assentou no “capitalismo informacional”, substituindo o “capitalismo de consumo”. Acompanhando tais transformações, os indivíduos modificaram atitudes e valores, dando prioridade “à qualidade de vida, à expressão de si, à espiritualidade”, ou seja, de um sistema essencialmente materialista passou-se para uma *Weltanschauung* (visão de mundo) pós-materialista - nasceu o chamado “consumidor de 'terceiro grau’”¹⁴⁴.

No Brasil, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, criado pela Lei n. 8.078/90, foi a expressão ou a reunião de atos e circunstâncias que as gerações foram vivenciando, guiadas pelo ideal chamado de justo¹⁴⁵. O Direito é uma *experiência vital*, lecionava Miguel Reale, fruto da história e dos fatos sociais, que se concretizam no tempo, “variando de lugar para lugar, de tempo para tempo e exprimindo-se em sistemas de normas positivas”¹⁴⁶. Na tramitação do projeto de lei que foi convertido no CDC, inúmeras pressões foram exercidas pelos empresários, destacando-se os fornecedores do setor da construção civil e dos grandes estabelecimentos comerciais, sob a alegação de que a criação de um microsistema protetivo teria que obedecer a uma série de formalidades¹⁴⁷.

Em 1991, o Superior Tribunal de Justiça, no bojo da ação de reparação de danos proposta por familiares de vítima falecida após a aplicação endovenosa de medicamento, optou por um regime mais amplo da responsabilidade civil do que o europeu, sem limitações

¹⁴³ Ver o artigo “O Direito Fundamental de Proteção ao Consumidor e os 20 anos da Constituição: Fundamentos e Desafios do Direito do Consumidor Brasileiro Contemporâneo”, de autoria de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008.

¹⁴⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 24.

¹⁴⁵ REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 285.

¹⁴⁶ *Ibidem*, *idem*.

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 11. ed. rev. atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, volume I, p. 9.

de indenização e mediante a restrição das causas de exclusão da responsabilidade¹⁴⁸. O Supremo Tribunal Federal, em 1996, quando do exame do Recurso Extraordinário n. 172.720/RJ, ao julgar caso envolvendo extravio de mala de passageiro, considerou que a garantia quanto à qualidade do serviço prestado não poderia ser amenizada pela Convenção de Varsóvia, diante da responsabilidade civil contemplada pelo CDC¹⁴⁹.

No domingo de carnaval de 1998, no Rio de Janeiro, parte do Edifício Palace II, composto por vinte e dois andares, desabou, ceifou a vida de pessoas e feriu diversas outras em virtude de prováveis defeitos no projeto de construção e deficiências materiais¹⁵⁰, sendo a empresa construtora condenada juntamente com outros envolvidos de acordo com a responsabilidade objetiva e solidária prevista no CDC. Em 1999, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao examinar o caso de o Laboratório Schering do Brasil ter produzido o anticoncepcional Microvlar contendo apenas farinha, mesmo tendo alegado que seria para teste de maquinário, reconheceu o defeito do produto¹⁵¹.

O sistema brasileiro, embora inspirado no direito comunitário europeu, aproxima-se mais, em muitos pontos, do sistema americano, que, curiosamente, serviu de ponto de partida para os juristas europeus. No início, ocorreu uma tendência de enquadramento do novo regime de responsabilidade civil ao sistema tradicional do Código Civil, porém, com a intensificação dos problemas entre consumidores e fornecedores, viu-se a impossibilidade de continuar sendo aplicado o conjunto normativo cível em vigor, desde 1916. O Novo Código Civil, cuja vigência iniciou-se em 2002, não mitigou e nem afastou a incidência das normas constantes no CDC, estabelecendo-se um diálogo constante entre tais fontes normativas¹⁵².

Desenvolvendo-se em período posterior aos sistemas romano-germânico e à *common law*, o núcleo normativo brasileiro de proteção ao consumidor, consubstanciado na Lei n.

¹⁴⁸ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp 6.422-PR, Rel. Min. Barros Monteiro, Acórdão de 6-6—1991, v. u., Lex, n. 31, p. 150.

¹⁴⁹ Observe-se o teor da seguinte ementa: “INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. OBSERVAÇÃO MITIGADA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais, não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil”. Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., RE 172.720/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Acórdão de 6-2-1996, v. u., Diário da Justiça, Brasília, 21-2-1997, p. 2831.

¹⁵⁰ Examinar a petição do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro publicada na Revista de Direito do Consumidor n. 25, p. 187-99.

¹⁵¹ Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, 9ª Câm. Cív., AI 599374303, Rel. Des. Mara Larsen Chechi, Acórdão de 25-8-1999, v.u.

¹⁵² A teoria do diálogo das fontes foi desenvolvida por Erik Jaime, Professor da Faculdade de Heidelberg, tendo Cláudia Lima Marques a introduzido no Brasil. A autora coordena obra sobre o tema: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Diálogo das Fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

8.078/90, sofreu influência das estruturas consolidadas. Ao fornecedor de produtos e serviços no mercado de consumo, foi atribuído o dever de zelar pela qualidade destes, independentemente, de qualquer cláusula contratual expressa neste sentido. Não lhe foi, porém, retirada a faculdade de conceder facilidades complementares ao consumidor para a solução de problemas vinculados aos vícios que os bens porventura venham a apresentar.

A denominada *implied warranty* do *common law*, ou garantia de conformidade no sistema romano-germânico está presente, no Brasil, através da nomenclatura “garantia legal” dos produtos e serviços. A *express warranty* ou garantia explícita, também existente em tais sistemas, é concebida como garantia contratual no arcabouço normativo local. Há ainda a garantia estendida, prática comercial que vem sendo, de forma crescente, utilizada no Brasil, e que nada mais é do que uma faceta da garantia contratual. Para a compreensão destes institutos e a conseqüente análise crítica das lacunas que os acompanham, far-se-á, nos próximos tópicos, uma descrição das suas principais características, sem adentrar no exame dos vícios que afetam os bens de consumo e na conseqüente responsabilidade dos fornecedores, uma vez que são aspectos que exigem depuração em capítulo apartado.

No âmbito da Comunidade Econômica Europeia, em 15.11.1993, atendendo ao quanto previsto pelo art. 35 da Convenção de Viena, foi editado o livro verde sobre as garantias dos bens de consumo (Doc. COM (1993), 509 final), estabelecendo, no art. L. 211-5, que devem corresponder à descrição dada pelo vendedor e possuir as qualidades que foram apresentadas ao comprador, sob a forma de amostra ou de modelo. A Directiva 1999/44/CE, de 25 de maio de 1999, no art. 2º, n. 2, alínea “b”, passou a exigir a conformidade dos bens de consumo com o contrato firmado entre as partes, pressupondo-se que sejam adequados ao uso específico para o qual o consumidor o adquira e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato¹⁵³. Na alínea “d” daquele mesmo dispositivo, exige-se que as qualidades e o desempenho habituais dos bens coincidam com o que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à sua natureza e, “eventualmente às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem”.

Em conformidade com o item 2 da Directiva 1999/44/CE, o fornecedor deverá declarar que “o consumidor goza dos direitos previstos na legislação nacional aplicável em matéria de compra e venda de bens de consumo e especificar que esses direitos não são afectados pela

¹⁵³ VICENTE, Dário Moura. Desconformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 48, out./dez., 2003, p. 22.

garantia” (grifos nossos). Ademais, terá que estabelecer, em linguagem clara e concisa, o conteúdo da garantia e os elementos necessários à sua aplicação, nomeadamente a duração e a extensão territorial dela, bem como o nome e o endereço da pessoa que a oferece¹⁵⁴. A pedido do consumidor, a garantia deverá ser-lhe facultada numa versão escrita, ou sob qualquer outra forma duradoura disponível e à qual tenha acesso”¹⁵⁵.

Os países integrantes daquela Comunidade tiveram que adaptar as suas estruturas normativas às previsões constantes na Diretiva em análise¹⁵⁶, respeitando o princípio da transparência, tratado pela Diretiva 2001/95/CEE¹⁵⁷. Na França, o Regulamento 2005-136, de 17.02.2005, atendendo aos ditames da Diretiva 1999/44/CE, inseriu, no Código de Consumo, uma nova feição para a garantia de conformidade, de acordo com o art. L. 211-1 e ss¹⁵⁸. As normas, contidas nesta Diretiva, serviram para a uniformização das regras sobre as garantias dos produtos e serviços, criando-se uma atmosfera mais benéfica para o consumidor¹⁵⁹. No sistema europeu, as legítimas expectativas do adquirente também devem ser respeitadas, ainda que não contemplada a garantia no corpo do contrato¹⁶⁰.

2.3.4 Fase Pós-Moderna do “Capitalismo de Consumo”

Nos dias atuais, o capitalismo vive a sua fase pós-moderna e, parafraseando Bauman, centenas de anos depois de suas sementes iniciais serem lançadas na terra mercantilista, o resultado mais grave do triunfo global da modernidade é “a crise aguda da indústria de remoção do 'lixo humano', pois cada novo posto avançado conquistado pelos mercados capitalistas acrescenta outros milhares ou milhões à massa de homens e mulheres já privados de suas terras, locais de trabalho e redes comunais de proteção”¹⁶¹. Não se pode deixar de salientar que, se muitos indivíduos conseguem ter acesso ao mercado de consumo, para a

¹⁵⁴ Sobre o tema, consultar: FELLMANN, Walter. *Kommentar zum Produktheftpflichtgesetz*. In: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Obligationenrecht I, 3ème éd. Bâle/Francfort, 2002.

¹⁵⁵ FROTA, Mário. *Política de Consumidores na União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.

¹⁵⁶ Consultar: TOURNEAU, P. *Le contrat de vente*. Paris: Dalloz, 2005, principalmente p. 128-134.

¹⁵⁷ WEATHERILL, Stephen. *EU Consumer Law and Policy*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 230.

¹⁵⁸ PIMONT, Sébastien. A garantia de conformidade: variações francesas quanto à preservação das particularidades nacionais e à integração comunitária. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 70, 2009, p. 302.

¹⁵⁹ PAISANT, Giles. A transposição da Diretiva de 25.05.1999 sobre as garantias na venda de bens de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 65, 2008, p. 297-318.

¹⁶⁰ CARBONNIER, J. Introduction. In: *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée René Savatier, Poitiers, 24 e 25.10.1985, PUF; publicação da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Poitiers, 1986, t. XV, p. 29 e ss., sobretudo p. 34 e 35.

¹⁶¹ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007, p. 34,

satisfação das suas necessidades ou para aquisição de itens supérfluos, milhares outros são excluídos dessa realidade e estão à margem da real possibilidade de ter o mínimo para a sua sobrevivência. Nessa complexa conjuntura, é que se pode notar a existência de consumidores voltados para a aquisição e o uso excessivo de produtos e serviços e muitos outros, sobretudo nos países subdesenvolvidos e em vias de crescimento econômico, que não possuem as mínimas condições de uma sobrevivência digna. Assim, a fase pós-moderna do consumerismo surge com traços peculiares e marcantes.

Com as transformações no campo contratual, culminando com o uso, em larga escala, de instrumentos standardizados, o Estado teve que intervir, para que a autonomia privada, que reinava sem maiores freios, não se tornasse absoluta. A garantia implícita ou de conformidade dos produtos e serviços com os padrões razoáveis de qualidade é um dos instrumentos utilizados para que o equilíbrio de interesses fosse resgatado no setor em campo. O Direito Privado, antes visto como reservado para os negócios jurídicos *inter alius acta*, foi, como enuncia Raiser, publicizando-se e relativizando a autonomia privada,¹⁶². Reflexo da necessária ingerência do Estado no campo das relações de consumo, a garantia legal mostra o intercâmbio entre as normas privadas e aquelas que norteiam os interesses públicos e a ordem social.

Na sociedade de consumo contemporânea, os consumidores substituíram o personagem dos operários no século XIX, continuando com sérias dificuldades de “intervenção no meio social, com vistas à realização de suas necessidades, ou de um tratamento adequado por parte dos demais agentes econômicos”¹⁶³. O *powerfull consumer*, ou seja, o poder ou a soberania do consumidor, segundo Braudillard, existiria apenas “em condições nas quais este se contentasse apenas em consumir, e não se insurgir contra a estrutura da sociedade de consumo”¹⁶⁴. A realidade histórica demonstrou que os consumidores eram merecedores de direitos, como seres humanos dignos, no plano internacional e no arcabouço jurídico interno de cada país, seguindo-se a tendência à especificação¹⁶⁵.

A pós-modernidade manteve-se alicerçada no individualismo, na tecnologia, no mercado e no consumo em massa, princípios estruturantes do período que a antecedeu, porém, sem as amarras de outrora, possibilitando que se manifestassem de modo pleno¹⁶⁶.

¹⁶² RAISER, Ludwig. O Futuro do Direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado-RS*, Porto Alegre, Porto Alegre Gráfica, n. 25, 1979.

¹⁶³ BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 86-87.

¹⁶⁴ *Ibidem*, *idem*.

¹⁶⁵ BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 23.

¹⁶⁶ CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a Hipermodernidade ou o Hipermoderno explicado às crianças*. Trad. Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009, p. 26.

Nos tempos hodiernos, a economia caracteriza-se pela dominação totalitária, ubiquidade, onipresença, autoreprodução e onilegitimação¹⁶⁷. O fornecedor procura estar presente em toda parte e o mercado espalha-se de modo “viral”, aspirando a preencher todo o tempo dos indivíduos, viciando-os através do emprego da autorracionalização e autojustificação, para legitimar suas propostas e destruir as bases morais que possam levá-los a desistir¹⁶⁸. A *affluent society* ganhou contornos delineados pela procura incessante do melhoramento contínuo das condições de vida, traduzido pelo maior bem estar¹⁶⁹.

Nesta nova era do capitalismo, figuram dois atores preponderantes: o acionista, ou o “rei bolsista”, de um lado, o consumidor, ou o iludido “cliente rei”, do outro¹⁷⁰. O *Homo consumericus* é envolvido por uma onda incessante de individualismo, hiperconsumismo e homogeneização, arraigados ao fetiche da mercadoria e ao prazer material. A ideologia consumista, enuncia Paulo Bezerra, “impõe a cada um a obrigação de adquirir e consumir muito além de qualquer designação possível do nível de necessidade”, funcionando o sistema capitalista para “criar novas necessidades e persuadir os consumidores da urgência de satisfazê-los”.¹⁷¹ O poder do “cliente rei” reduz-se a seguir a tônica de um “cosmo consumista contínuo, dessincronizado e hiperindividualista”¹⁷².

O individualismo exacerbado, marca peculiar do pós-modernismo, fragilizou os laços solidários entre os sujeitos e a concepção de espaço e de bem públicos, coadunando-se, perfeitamente, com o *ethos* consumista que floresceu e implantou-se. Não é o individualismo, visto sob os enfoques metodológico, ontológico ou ético, que impera e exige acurada análise, uma vez que foi substituído por um hiperindividualismo que oblitera qualquer tentativa de associativismo profícuo entre os seres humanos¹⁷³. A satisfação das necessidades e dos desejos materiais vem, cada

¹⁶⁷ BARBER, Benjamin R. *Consumido*. Como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2009, p. 250.

¹⁶⁸ Para Debord, o capitalismo pretende unificar a Terra como mercado mundial. DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 29.

¹⁶⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 11.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹⁷¹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça*. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2008, p. 29.

¹⁷² LIPOVETSKY, Gilles, op. cit., p. 14.

¹⁷³ Segundo Bobbio, o “individualismo metodológico” pressupõe que o estudo da sociedade deve partir das ações do indivíduo; o “individualismo ontológico” tem como pressuposto “a autonomia de cada indivíduo com relação a todos os outros e da igual dignidade de cada um deles”; e no “individualismo ético”, todo indivíduo é visto como uma pessoa moral. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77.

vez mais, substituindo os momentos sadios da convivência humana e os indivíduos estão perseguindo uma felicidade jungida aos bens de consumo.

Impregnados por um individualismo excessivo, os sujeitos foram sendo absorvidos pela ideologia repressiva da produção pela produção, nascendo o consumismo desenfreado¹⁷⁴. O fenômeno tornou-se tão preocupante que Arnould e Thompson desenvolveram a “Teoria da Cultura do Consumo” ou “CCT- Consumer Culture Theory” estruturada em quatro pilares: a) padrões sócio-histórico de consumo; b) aspectos culturais; c) formação dos mercados; e d) mercado midiático de massas¹⁷⁵. Com relação ao primeiro aspecto, observou-se que a classe, o gênero e a etnia, em que estejam os indivíduos inseridos, influenciam o seu modo de consumo. A segunda estrutura relaciona-se aos estudos sobre a identidade do consumidor e a homogeneização dos rituais culturais e das emoções. As terceira e quarta estruturas compõem-se de estudos sobre as culturas de mercado e as formas de atração do público pelos meios publicitários.

Por intermédio da aquisição de produtos e da prestação de serviços, pode-se subentender que os indivíduos pertencem a certa classe social, por tal razão, há uma tentativa incessante da imitação de padrões, gerando uma homogeneização dos grupos. A impressão, a imagem, a identidade ou o estilo de vida são baseados nessa uniformização e os indivíduos desdobram-se para a manutenção de padrões inerentes à classe que integram, ou que pretendem fazer com que os outros acreditem que integram.¹⁷⁶ Há uma tendência, no meio social, de eliminação de tudo o que é estranho e a sua “existência é opaca, não transparente”, assinala Bauman, sendo a sua identidade e o seu poder de determinação deslegitimados¹⁷⁷. Integrando a massa amorfa de consumidores, que segue os ditames da moda e o estilo em voga, “*os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade*”. Para Bauman, os mal-estares da modernidade provinham da busca da felicidade individual, enquanto na pós-modernidade, advém de “uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais”¹⁷⁸.

¹⁷⁴ ANSART, Pierre. *Ideologias, conflito e poder*. Trad. Aurea Weissenberg. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 247.

¹⁷⁵ ARNOULD, E. J.; THOMPSON, C. J. Consumer Culture Theory (CCT): Twenty Years of Research. *Journal of Marketing*, v. 31, p. 868-882, march, 2005.

¹⁷⁶ FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

¹⁷⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 87.

¹⁷⁸ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 10.

A homogeneição dos indivíduos, objetivada pelo sistema capitalista, faz com que todos tentem seguir o mesmo padrão de conduta, adquirindo mercadorias similares para fazer parte dessa massa “invisível e imaterial cinza e monótona”¹⁷⁹. Para entrar na sociedade de consumidores e “receber um visto de residência permanente, homens e mulheres devem atender às condições de elegibilidade definidas pelos padrões do mercado”¹⁸⁰. Verifica-se uma verdadeira “anexação e colonização” da vida dos indivíduos pelo mercado de consumo, pois a sociedade massificada “promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista e rejeita todas as opções culturais alternativas”¹⁸¹.

Consumir, portanto, salienta Bauman, significa “investir na afiliação social de si próprio”, traduzindo-se na “vendabilidade” do indivíduo para “obter qualidades para as quais já existe uma demanda de mercado, ou reciclar as que já se possui, transformando-as em mercadorias para as quais a demanda pode continuar sendo criada”¹⁸². A preocupação de “estar e permanecer à frente” com base no estilo do “grupo de referência” faz com os sujeitos fiquem constantemente em busca de mais e mais consumo¹⁸³. Pensa o consumidor, aduz Maffesoli: “sou o que sou porque outros me reconhecem como tal, enquanto a 'vida social empírica não é senão uma expressão de sentimentos de pertencas sucessivas”¹⁸⁴.

Hodiernamente, a sociedade de consumo constitui-se, em grande parte, de 'seres humanos sincronizados', ligados por laços efêmeros que se voltam para a manutenção de padrões similares de conduta¹⁸⁵. Nessas comunidades, denominadas, por Bauman, de “guarda-casaco”, os indivíduos juntam-se não por laços de solidariedade, mas “simplesmente por se encontrarem onde outros se encontram, ou por portar distintivos ou símbolos com prazos fixos¹⁸⁶, (...)”. Da atividade de consumo não emergem vínculos duradouros, mantendo os indivíduos laços frágeis e leves, imperando o individualismo resultante deste cenário¹⁸⁷. O sistema econômico pós-moderno é uma *produção circular do isolamento*, pois, segundo Debord, “O isolamento fundamenta a técnica: reciprocamente, o processo técnico isola”. Do automóvel à televisão, complementa “todos os *bens selecionados* pelo sistema espetacular são

¹⁷⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 81 e 82.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 71.

¹⁸² *Ibidem*, p. 75.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 107.

¹⁸⁴ MAFFESOLI, Michel. *O Conhecimento Comum*. Introdução à Sociologia Compreensiva. Trad. Aluizio R. Trinta. Porto Alegre: Sulina, 2010, p. 40.

¹⁸⁵ BAUMAN, Zygmunt., op. cit., p. 135.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 143.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 101.

também suas armas para o reforço constante das condições de isolamento das 'multidões solitárias'¹⁸⁸.

A tentativa de acompanhar os padrões de certo grupo, incentivada pela massificação dos estilos e da moda, faz com que os indivíduos fiquem presos às regras ditadas pela mídia capitalista. Não se trata, necessariamente, de “vestir uniformes ou andar em passos sincronizados, mas, sim, de estar 'ligado'”, atendendo aos padrões ditados pelo sistema¹⁸⁹. O termo alemão *Gleichschaltung*, que significa “pôr na linha”, aplica-se perfeitamente a tal situação, trazendo, como consequência, a padronização do comportamento de certa classe¹⁹⁰. Aquele que não consegue seguir as regras do consumismo, salienta Bauman, é excluído e declarado “inimigo da proteção moral” concedida pelo sistema, através da classificação de grupos seletos entre os recursos de ação¹⁹¹.

A maneira de consumir e o que se consome são manifestações simbólicas e atributos que funcionam como marcadores privilegiados da “classe”, servindo, ao mesmo tempo, como instrumentos, por excelência, das estratégias de distinção. É, para Bourdieu, a “arte infinitamente variada de marcar as distâncias”¹⁹². Os interesses dos indivíduos atrelam-se aos significados e às imagens atribuíveis a um produto, exigindo a presença da constante novidade. O hedonismo explica como a alegria e o anseio de ter “rivalizam com a verdadeira satisfação, e a desilusão é necessariamente concomitante à compra e ao uso dos bens”. Tal modelo possibilita a compreensão de como, precisamente, “um consumidor cria e abandona as necessidades”¹⁹³.

Considerando o *modelo* atual da vida dominante na sociedade como um verdadeiro espetáculo, Debord denuncia que a sua forma e o seu conteúdo são, de modo idêntico, “a justificativa total das condições e dos fins do sistema existente”, ou seja, é “a afirmação onipresente da escolha *já feita* na produção, e o consumo que

¹⁸⁸ DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 23.

¹⁸⁹ TÜRCKE, Christoph. *Sociedade Excitada*. Filosofia da sensação. Trad. Antonio A. S. Zuin et alli. São Paulo: Unicamp, 2010. p. 65.

¹⁹⁰ CAMPBELL, Colin. *A ética romântica e o espírito do consumismo moderno*. Rio de Janeiro: Rocco, 2001, p. 131.

¹⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Ética Pós-Moderna*. Trad. João Rezende Costa. 3. ed. São Paulo: Paulus, 1997, p. 147.

¹⁹² BOURDIEU, Pierre. *A Distinção. Crítica social do julgamento*. Trad. Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 65.

¹⁹³ TÜRCKE, Christoph., op. cit., p. 65.

decorre dessa escolha”¹⁹⁴. A entrega dos indivíduos à sociedade de consumo é tão perceptível que a felicidade, o equilíbrio da auto-estima de muitos são buscados no “mercado da alma”¹⁹⁵. Para estar e ficar bem, os seres humanos precisam consumir mais e mais, ficando os valores reificados nas mercadorias e serviços materiais – o que caracteriza a “privatização dos cidadãos” e a produção da inaceitável “esquizofrenia cívica”¹⁹⁶.

Desde a primeira década do novo milênio, assinala Benjamin Barber, observa-se o fenômeno de aprisionamento dos indivíduos pelos ditames da sociedade massificada, estando “presos numa gaiola de infantilização, reforçada pela privatização e por uma política de identidade – chama-se de antipolítica de identidade – de construção de marcas”¹⁹⁷. A 'infantilização' dos adultos tem sido acompanhada de uma falsa consciência de que, nos “tempos miseráveis de triunfo do capitalismo”, se resvala para um “narcisismo do consumo”. Desejam os “avatars do capitalismo de consumo” a regressão definitiva dos adultos, pois, enquanto “o capitalismo produtivista prosperava atendendo às necessidades de pessoas reais”, nos dias atuais, “o capitalismo consumista lucra apenas quando consegue atender às demandas cujas necessidades essenciais já foram satisfeitas”¹⁹⁸.

A dominação da economia sobre a vida social é visível e um dos grandes efeitos maléficos foi, e ainda continua sendo, a evidente degradação do *ser* para o *ter*. Nesta fase atual, marcada pelos resultados acumulados da economia, há “um deslizamento generalizado do *ter* para o *parecer*”. A realidade de cada indivíduo foi moldada e absorvida pela força do capitalismo triunfante, conduzindo Eric Fromm, em face desse panorama, a idealizar um modelo de consumo em que os indivíduos deixem de ser “alienados e focados no modo de *ter*”, e passem “a nortear suas existências pelas experiências do *ser*”¹⁹⁹. Os seres humanos não podem se transformar no *Homo consumens* alienado pelas leis capitalistas e devem saber separar o que realmente precisam adquirir daquilo que lhe é sutilmente imposto como necessidade. Além de estarem sendo os sujeitos constantemente impulsionados para as compras, os produtos e serviços nem sempre

¹⁹⁴ DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 56.

¹⁹⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 15.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 71.

¹⁹⁷ BARBER, Benjamin R. *Consumido*. Como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2009, p. 13.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 13.

¹⁹⁹ FROMM, Erich. *Ter ou ser*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, p. 172.

atendem às expectativas legítimas e os consumidores brasileiros desconhecem os seus direitos quanto à proteção legal diante dos vícios que podem apresentar.

2.4 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR

Discorrer sobre o direito do consumidor à obtenção de informações qualificadas acerca das garantias dos produtos e serviços, por intermédio do manejo das normas constitucionais disciplinadoras, implica em que essas sejam submetidas a uma preliminar análise. Identificando-se os dispositivos constitucionais que regem a proteção dos consumidores, torna-se mais profícua a tarefa de embasar o dever de o fornecedor esclarecê-los sobre os bens ofertados no mercado.

2.4.1 O direito fundamental do consumidor

A proteção do consumidor restou prevista para todos, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, sem discriminação de qualquer espécie, abarcando-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, consoante dispõe o *caput* do art. 5º e seu inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, inserido no título denominado dos “Direitos e Garantias Fundamentais”. Assegura-se o direito não somente ao sujeito em caráter isolado, mas também à coletividade que, de forma padronizada, adquire produtos e/ou serviços, estando o citado dispositivo inserido no Capítulo I, que dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, e faz parte do Título II.

Sendo um direito fundamental, a proteção conferida ao consumidor também denota-se como um direito humano. As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas, elucida Canotilho, devendo, porém, ser objeto de diferenciação²⁰⁰. A validade, sob os aspectos espacial e temporal, entre tais direitos é o critério assaz utilizado pela doutrina, considerando aquele constitucionalista duas dimensões essenciais, quais sejam: jusnaturalista-universalista; e jurídico-institucional. Os direitos humanos, por serem válidos para todos os povos em todos os tempos, estariam enquadrados na primeira dimensão. Já os direitos fundamentais, dada a sua garantia e limitação espaço-

²⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 529-530.

temporal, fariam parte da segunda dimensão. Assim sendo, os direitos do homem seriam “arrancados” da própria natureza humana, originando o seu “caráter inviolável, intemporal e universal”, ao passo que os direitos fundamentais seriam os “direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”²⁰¹.

Os direitos do homem são, evidentemente, aqueles que lhe pertencem antes mesmo que faça parte de uma sociedade política, verberando Duguit que “continueraient de lui appartenir s'il cessait de faire partie de cette société politique”²⁰². Os direitos do cidadão, ao contrário, são aqueles que pertencem ao indivíduo “en tant qu'il fait partie d'une société politique, qui cesseraient de lui appartenir s'il cessait de faire partie de cette société politique”²⁰³. Nessa senda, caracterizam-se os direitos humanos como universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos²⁰⁴, somente podendo desenvolver seu pleno vigor quando garantidos por normas de direito positivo” - destaca Robert Alexy²⁰⁵.

A sociedade pós-moderna tem-se caracterizado pelo reconhecimento dos direitos humanos no plano internacional e no direito interno, verificando-se, como destaca Norberto Bobbio, uma tendência à especificação²⁰⁶. O rol de direitos humanos não se restringiu apenas aos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, havendo o posterior reconhecimento de ulteriores direitos e de mecanismos de efetividade. Foi o que ocorreu com a proteção do consumidor, que, a partir da década de 60, após diversos embates, foi objeto de positivação em vários ordenamentos jurídicos e, no Brasil, foi consagrada em nível constitucional.

Não são todos os países que estatuíram a defesa do consumidor no âmbito material das suas respectivas Cartas Constitucionais e o Brasil tê-lo feito demonstra o alto grau de preocupação do poder constituinte originário brasileiro com as múltiplas e constantes transgressões impostas pelo mercado de fornecimento. Dentre os modelos constitucionais que contêm normas expressas sobre a proteção do consumidor, destacam-se o espanhol²⁰⁷ e o

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 529-530

²⁰² “continuarão lhe pertencendo se ele deixar de fazer parte de certa sociedade política” (traduziu-se). DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Editions Panthéon-Assas, 2007, p. 216.

²⁰³ “contanto que ele faça parte de uma sociedade política, que cessará de lhe pertencer se ele deixar de fazer parte dessa sociedade política” (traduziu-se). *Ibidem*, *idem*.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. Trad. Luís Afonso Heck. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRG, vol. 16, 1999, p. 206 e ss.

²⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externadode Colombia, 1995, p. 93.

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

²⁰⁷ O art. 51 da Constituição espanhola de 1978 declara que: "1. Los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos". (Os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e

português²⁰⁸, alertando Newton De Lucca que “a consagração constitucional dos direitos dos consumidores não constitui a regra em termos de direito comparado” e “pelo que sei, apenas Portugal e Espanha possuem em suas Constituições dispositivos em favor da proteção aos consumidores”²⁰⁹.

A importância dos direitos fundamentais, dentre os quais, a proteção do consumidor, alcançou patamar de tão grande monta, que, no Brasil, o constituinte, ao invés de delimitar, prioritariamente, a organização do Estado, como outrora, tratou logo de enunciá-los, seguindo a tendência mundial. Atualmente, os poderes do Estado foram estruturados “em função dos imperativos da sociedade civil, isto é, em razão dos indivíduos e dos grupos naturais que compõem a comunidade”, prevalecendo “o social sobre o estatal”²¹⁰.

O direito do consumidor, dentro da sistemática da divisão dos direitos fundamentais em gerações estabelecida pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak, em 1979, enquadra-se na terceira graduação. Não se confunde com os direitos da primeira geração, que reúnem os civis e políticos nem com os de segunda dimensão, que se referem aos direitos sociais, econômicos e culturais²¹¹, caracterizados pelo aspecto positivo, configurando pretensões do indivíduo ou do grupo *ante o Estado* e não frente e muito menos contra esse, porém não se confundem com os direitos difusos e coletivos²¹². Os direitos fundamentais de terceira dimensão²¹³ são aqueles inerentes à solidariedade ou fraternidade resultante do impacto tecnológico, sendo de titularidade coletiva ou difusa dado o interesse comum que une as pessoas e a sua implicação universal²¹⁴ - o direito do consumidor e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são vertentes dessa geração²¹⁵. Relevante registrar que a categorização dos direitos fundamentais

usuários protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos destes).

²⁰⁸ A Constituição Portuguesa, de 2 de abril de 1976, estabeleceu, no art. 81, caber prioritariamente ao Estado “proteger o consumidor especialmente mediante o apoio e a criação de cooperativas e associações de consumidores”.

²⁰⁹ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. Edipro, 2000, p. 20.

²¹⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 339.

²¹¹ Afirma o Professor Dirley da Cunha Júnior que os desequilíbrios contínuos gerados pela livre concorrência e a inexistência de garantia da justa renda, do justo preço, do justo lucro e do justo salário em face da concentração de capitais ensejaram tais direitos. CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 621.

²¹² Sobre o tema, consultar a obra: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

²¹³ O termo “dimensões”, segundo Willis Santiago Guerra Filho, seria mais apropriado, visto que os direitos não estão dicotomizados em grupos apartados nem se excluem. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 39.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 627.

²¹⁵ Os direitos fundamentais de quarta dimensão: resultam da globalização dos direitos fundamentais e englobam o direito à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia. Os direitos fundamentais de quinta dimensão: o direito à paz mundial, segundo Karel Vasak, seria da terceira geração; já Paulo Bonavides o

em gerações ou dimensões não minimiza a irreversibilidade ou irrevogabilidade dos reconhecidos, revelando a sua constante complementariedade – ou seja, trata-se de um processo cumulativo, caracterizado pela não alternância, substituição ou supressão²¹⁶.

Ao ser assegurado o direito fundamental do consumidor, constata-se um verdadeiro fenômeno de aproximação entre as esferas pública e privada, verberado por Konrad Hesse ao discorrer sobre a influência do Texto Constitucional nos demais ramos jurídicos que disciplinam as relações entre os particulares²¹⁷. A relevância dos direitos fundamentais, incluindo-se a proteção ao consumidor, pode ser aquilatada mediante a assertiva de Carl Schmitt, ao definir que a verdadeira Constituição, em sentido material, é aquela que dispõe sobre a organização dos poderes, das funções estatais e dos direitos e das garantias fundamentais, constituindo todo o restante, sob o aspecto formal, Lei Constitucional. Devido ao grau de imponência, a garantia de todo direito fundamental autêntico dirige-se: “1. aos órgãos competentes para revisar a Constituição”; “2. aos órgãos competentes para ditar leis ordinárias”; e “3. às restantes autoridades do Estado, sobre todo o chamado Executivo”²¹⁸. Todos os poderes públicos estão atrelados ao respeito em face dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, além de integrarem a parte material da Constituição, devem ser objeto de real concretização, para que não se cultive uma separação com os fatores reais de poder. Entre a realidade e as normas constitucionais, defende Ferdinand Lassale, é preciso que haja uma confluência, para que a Carta Maior não fique totalmente alheia ou em desconformidade com fatores metajurídicos²¹⁹. O direito do consumidor, da forma como vem sendo materializado, deixando o fornecedor de cumprir o seu dever de informá-lo sobre a garantia legal dos produtos e serviços, afasta-se do eixo abissal que deve congregar as normas constitucionais e a realidade.

No sistema jurídico, o significado das normas de direitos fundamentais deve ser aquilatado mediante a soma da fundamentalidade de natureza “formal” e a de “substancial”, dois fatores que, segundo Alexy, darão tom ao tema²²⁰. Situados no ápice da estrutura jurídica, direitos fundamentais obtêm a sua pressuposição formal, vinculando, em caráter direto, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Contendo um núcleo básico, presente

qualifica como de quinta geração, concordando o Autor com esse entendimento. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 528.

²¹⁶ CUNHA Jr., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 614.

²¹⁷ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 71/72.

²¹⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. México: Ed. Nacional, 1927, p. 207.

²¹⁹ LASSALE, Ferdinand. *Que és una Constitución?* Santa Fé de Bogotá: Ed. Temis, 1992.

²²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520.

no *caput* do art. 5º, os direitos fundamentais revelam também um paradigma material. O direito do consumidor, formalmente aclamado no âmbito constitucional, vincula-se ao dever do Estado de promovê-lo, deixando de assumir a clássica posição de adversário para garantidor.

As normas, contidas no Código de Defesa do Consumidor, são de ordem pública e interesse social, conforme dispõe o seu art. 1º, visto que tratam de aspectos que não se subsumem apenas a um único indivíduo, espargindo-se para todos aqueles expostos às práticas mercadológicas. A sociedade contemporânea, comenta Manoel Jorge e Silva Neto, passou a conviver com problemas que se circunscreveram à órbita de interesse do indivíduo visto isoladamente - a “explosão do consumo atizada a partir do incremento da produção industrial trouxe reflexos que, se, de um lado, proporcionaram um pouco mais de conforto ao homem”, por outro, complementa o autor, “infelizmente, ocasionaram insidioso recrudescimento na quantidade e variedade de formas de agressão ao meio ambiente, aos consumidores, aos trabalhadores”²²¹.

A ideologia do consumo, contemporizada nas regras “acumulai, acumulai” e “consumi, consumi”, exigiu a criação de normas em consonância com os ditames constitucionais²²² - o CDC corresponde à implementação de um conjunto normativo específico, baseado no caráter interventivo do Poder Público. O microsistema consumerista nasceu das normas constitucionais, servindo o seu conteúdo como parâmetro originário, visto que a Constituição Federal, nas palavras de Forsthoff, é um verdadeiro “genoma jurídico”, do qual “tudo deriva”²²³. Há uma vinculação e um intercâmbio entre o aparato normativo consumerista e o Texto Maior, cujo conteúdo influencia sobremaneira as relações travadas no seio social, tendo como fim, “a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder”²²⁴.

Por mais que, no Brasil, a proteção do consumidor tenha adquirido status constitucional e seja disciplinada mediante legislação específica, muito ainda há que ser perseguido e logrado em termos de justiça social. Exercendo força e pressão, o individualismo e o patrimonialismo ainda estão muito presentes, conforme alerta Dalmo de Abreu Dallari, “valendo-se muitas vezes de ambiguidades, como a afirmação de que qualquer interferência

²²¹ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas*. São Paulo: Ltr, 2001, p. 29.

²²² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 278.

²²³ FORSTHOFF, Ernst. Problemas Constitucionales del Estado Social. In: ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.

²²⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 36.

dos poderes públicos na convivência entre os indivíduos, ainda que seja para garantir a efetiva igualdade de direitos fundamentais, é uma afronta à liberdade”²²⁵.

O direito do consumidor, portando o caráter constitucional e fundamental, não poderá ser objeto de deliberação referente a qualquer proposta de emenda tendente à sua abolição – é o que preconiza o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da CF/88, que versa sobre as denominadas cláusulas pétreas. A função de proteção dos direitos fundamentais é, evidentemente, prioritária, inadmitindo-se que o seu teor seja afetado por emendas, acentuando Díez-Picazo que “La función de legitimación, por su parte, consiste en que los derechos fundamentales operan como criterios para distinguir lo justo de lo injusto; y ello tanto respecto de actuaciones políticas concretas, como de cada Estado [...]”²²⁶.

Ainda que qualificada como direito fundamental, a proteção ao consumidor tem sido alvo de uma série de investidas por parte dos agentes econômicos que dominam o mercado brasileiro. O poder exercido pelas Instituições Financeiras, nos setores econômico e político, pode ser citado como um dos mais marcantes e absurdos exemplos. Conseguiram expurgar *in totum* o parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal de 1988, que limitava a incidência dos juros reais nas transações comerciais, atingindo sobremaneira o consumidor, máxime pelo fato de ser submetido a uma contratação massificada. Ora, não podendo existir nenhuma liberdade ilimitada, para evitar os abusos, “é preciso determinar limites” - preceito que, no Brasil, não parece ser muito seguido pelo Poder Legislativo²²⁷.

Por mais que a ingerência dos poderes do Estado sobre os indivíduos deva ser limitada, não se pode negar que urge fazer-se presente todas as vezes que necessária²²⁸ e, se hoje, o Brasil discute o relevante tema do superendividamento da população, é porque o Poder Público descuidou-se daquela tarefa primordial. A supremacia da Constituição, composta por regras capitais, constitui o fundamento de todas as normas e, dessa forma, devido à importância, enaltecem Joseph Barthelemy e Paul Duez, que o legislador deve hesitar em modificá-las sob pena de viva reação social²²⁹. No Brasil, no entanto, a força econômica tem

²²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145.

²²⁶ “A função de legitimação, por sua parte, consiste em que os direitos fundamentais operam como critérios para distinguir o justo do injusto; e diz respeito às atuações políticas concretas, como de cada Estado [...]” (traduziu-se). DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3. ed. Madri: Thomson Civitas, 2008, p. 45.

²²⁷ MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Trad. Eveline Boutellier. 5 ed. Barueri: Manole, 2004, p. 10.

²²⁸ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 156.

²²⁹ “[...] A raison de l'importance même de ces règles constitutionnelles, le législateur hésitera à les modifier, sachant que toute atteinte à leur intégrité est susceptible d'une vive réaction sociale [...]” (A razão mesma da importância dessas regras constitucionais, o legislador evitará em as modificar, levando-se em consideração a sua integridade e a possibilidade de uma

alcançado foro cada vez mais propulsor, levando o legislador a manipular normas que atingem a coletividade consumerista, mesmo que concebidas como cláusulas intocáveis. A população assiste tal estado de coisas atônita e inerte e, em geral, não se manifesta contra tais abusos – situação que revela que o povo deve lutar para que as normas constitucionais sejam respeitadas.

Encontrando-se no grau mais alto de juridicidade, o direito do consumidor, de essência fundamental, clama por concretude e eficácia, dada à relevância da sua maximização e efetividade²³⁰. Na medida em que o Poder Público empreende todas as providências cabíveis para que as normas consumeristas atinjam aos fins constitucionalmente colimados, há a inevitável imbricação entre o público e o privado, posto que as relações entre particulares, que tenham por objeto bens de consumo, atingem a coletividade e devem estar pautadas na lisura e na intervenção estatal²³¹.

Na sociedade pós-moderna, assinala Carl Schmitt, “la relación entre Estado y Economía constituye la materia genuina de las cuestiones inmediatamente actuales de la política interior”. Não podem ser contestadas e solucionadas com base no “antigo principio liberal que propugnaba incondicionalmente, absolutamente, el principio de la no intervención”²³². Ao Poder Público, pertence a missão de contrabalançar as forças entre os fornecedores e os consumidores.

2.4.2 Normas programáticas em prol do consumidor

Interpretar e aplicar as normas constitucionais em defesa dos consumidores, para a solução de questões diversas, dentre as quais o direito dessa categoria à informação qualificada, requer a precisa compreensão do que consistem tais espécies. Por essa razão, identificar as normas protetivas da coletividade consumerista, dentro das classificações propostas pela doutrina, colaborará para o mister proposto neste trabalho monográfico.

Tendo a Constituição Federal Brasileira atribuído ao legislador infraconstitucional a missão de disciplinar o direito fundamental do consumidor, condicionou a sua delimitação a

viva reação social – tradução livre). BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1933, p. 183.

²³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 573.

²³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 239.

²³² “a relação entre Estado e Economía constituye a matéria genuína das questões imediatamente atuais da política interior”; “com base no antigo principio liberal que propugnava incondicionalmente, absolutamente, o principio da não intervenção” (traduziu-se). SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 139.

um conjunto normativo próprio. Como dito alhures, a Lei n. 8.078/90 foi a resposta do aparato público às determinações emanadas da esfera constitucional, caracterizando a proteção do consumidor como norma que, para incidir sobre as relações jurídicas tuteladas, necessitava de um plus, conduzindo-as a integrar categoria cuja nomenclatura variará de acordo com o posicionamento doutrinário adotado.

A eficácia das normas constitucionais foi tratada, de modo originário, por Thomas Cooley, subdividindo-as em *self-executing provisions* e *not-self-executing provisions*. As primeiras seriam regras suficientes por si mesmas, assegurando e protegendo o direito a ser exercido. As segundas, por apenas enumerarem princípios, dependeriam de ulteriores normas que lhes conferissem força de lei²³³. Dentro dessa clássica e célebre classificação, o direito do consumidor estaria inserido no segundo conjunto normativo.

Com esteio na mencionada classificação, Rui Barbosa concebeu as normas constitucionais como “autoexecutáveis” ou “não autoexecutáveis”, sendo as definições semelhantes às apresentadas por Cooley²³⁴. Pontes de Miranda as dividiu em regras “bastantes em si”, “não bastantes em si” e “programáticas”, tendo as primeiras a qualidade de *self-executing*, *self-acting*, *self-enforcing*, nada exigindo para que a força normativa de imediato aflorasse; as segundas precisariam de complementação ou suplementação; e as últimas destinar-se-iam a traçar diretrizes que guiarão os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. De acordo com as referidas classificações, as normas de proteção ao consumidor seriam não autoexecutáveis e programáticas.

Após uma série de discussões no campo doutrinário, no início da década de 50, exsurgiu a classificação inovadora de Vezio Crisafulli, concebendo as normas constitucionais em três espécies: “de eficácia plena”, de “eficácia limitada de legislação” e de “eficácia limitada programática”. Prescindindo da atuação do legislador infraconstitucional, as normas de eficácia plena possuiriam integral operatividade; já as segundas dependeriam da edição de norma futura. As normas protetivas ao consumidor encaixam-se na derradeira categoria, visto que, como argumenta Crisafulli, “Em vez de regularem, desde o primeiro momento, de modo direto e imediato, determinadas ordens de situações e relações, regulam comportamentos públicos”, ou seja, estabelecem o que “os órgãos governamentais deverão ou poderão fazer, relativamente a determinados assuntos”²³⁵.

²³³ COOLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of American Union*. 8. Ed. Boston: Little, Brown and Company, 1927.

²³⁴ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, t. 2, 1933, p. 448-449.

²³⁵ CRISAFULLI, Vezio. Efficacia delle norme costituzionali programatiche. In: *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 145.

Na doutrina brasileira, José Horácio Meirelles Teixeira, com base nos ensinamentos de Crisafulli, dividiu os dispositivos constitucionais em “normas de eficácia plena” e “normas de eficácia limitada, ou reduzida”²³⁶. Na concepção de José Afonso da Silva, os ditames constitucionais podem ser “normas de eficácia plena”, de “eficácia contida” e de “eficácia limitada”, que se subdividem em de “princípio institutivo” e de “princípio programático”²³⁷. Maria Helena Diniz, por seu turno, elaborou classificação quadripartite, seguida por Manoel Jorge e Silva Neto²³⁸, considerando-as normas “com eficácia absoluta ou supereficazes”, com “eficácia plena”, com “eficácia restringível”, e com “eficácia relativa complementável” ou “dependentes de complementação”, que podem ser de princípio institutivo e normas programáticas²³⁹.

É importante registrar que, para Virgílio Afonso da Silva, “todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis”, sendo, em geral, aduz que “é até mesmo difícil - às vezes impossível - distinguir o que é restringir e o que é regulamentar direitos”²⁴⁰. Dessa forma, argumenta que “*se tudo é restringível*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos”; logo, “não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível”²⁴¹. Em um primeiro momento, complementa Virgílio Afonso da Silva, “poder-se-ia imaginar que uma ampla abertura para restrições e regulamentações a direitos fundamentais, defendida como consequência natural dos pressupostos deste trabalho, poderia significar um risco à sua proteção. No entanto, o que se verifica “é justamente o contrário”, visto que todas as normas de direito fundamental estão submetidas a restrição.

Não cabe, na presente exposição, estender comentários sobre todas as categorias de normas previstas pela doutrina nacional, tornando-se salutar a identificação das normas protetivas dos consumidores como ditames programáticos, de eficácia relativa complementável, na visão de Maria Helena Diniz, ou de princípio programático, na concepção de José Afonso da Silva, ou ainda normas de eficácia limitada, conforme aduzido por José Horácio Meirelles Teixeira. A imposição constitucional ou legal de políticas é feita,

²³⁶ MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Forense Universitária, 1991, p. 316.

²³⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1988, p. 86.

²³⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

²³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 98.

²⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 123; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

²⁴¹ *Ibidem*, *idem*.

portanto, por meio das chamadas "normas-objetivo" – adverte Fábio Konder Comparato, cujo conteúdo, como já se disse, é um "Zweckprogramm" ou "Finalprogramm"²⁴²

O que importa enaltecer, com fundamento nas elucubrações de Vezio Crisafulli, é que a eficácia das normas programáticas é a mesma de “qualquer norma jurídica”, consistindo, como sua marca indelével, o fato de serem direcionadas, de modo mais marcante, para o Poder Público. Ademais, são normas que devem ser necessariamente cumpridas pelo legislador, dado o seu caráter obrigatório e por terem o poder de invalidar as leis que sejam colidentes com o seu espectro material²⁴³. As disposições constitucionais relativas à Justiça Social, destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, são “comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer”²⁴⁴.

A proteção do consumidor, mesmo sendo de natureza programática, estrutura-se através de normas constitucionais que não são meras exortações ou conselhos, impondo ao legislador ordinário um dever. As normas que compõem o conjunto infraconstitucional jamais podem ser editadas em descompasso com os comandos do Texto Maior, sob pena de ser declarada a sua inconstitucionalidade. O conteúdo das normas programáticas enuncia a concepção do Estado, “vinculando a emissão de normatividade aos fins colimados”, bem como estabelecendo um “telos para a interpretação, integração e aplicação das leis”. As atividades, de natureza discricionária, a serem desenvolvidas pela Administração e pelo Poder Judiciário condicionam-se ao teor das normas programáticas, além de que criam também situações jurídicas subjetivas²⁴⁵.

Tratar das normas protetivas dos consumidores em conformidade com classificações advindas da doutrina alienígena e dos pensadores nacionais abaliza uma noção da sua essência e desmistifica a equivocada concepção de que os vetores programáticos são simples orientações, sem força normativa. Ao legislador infraconstitucional foi atribuída a função de estruturar um verdadeiro microsistema de defesa do consumidor, tanto que foram traçadas normas sobre a competência dos entes federativos nesse jaez. Os princípios e objetivos, insculpidos na parte introdutória da Carta Magna Brasileira, e as determinações contidas no seu Preâmbulo servirão como bússola para o caminho a ser trilhado na instituição das normas infralegais. A solução do problema atinente ao direito do consumidor, o de ser informado

²⁴² COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista DM* nº 80, pp. 66 a 75.

²⁴³ CRISAFULLI, Vezio. Efficacia delle norme costituzionali programatiche. In: *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 358.

²⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 54.

²⁴⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 173.

sobre a garantia legal prevista no CDC diante de vícios que podem acometer os produtos e serviços, decorre diretamente das normas constitucionais examinadas.

2.4.3 Competência legislativa dos entes federados

Fenômeno que se prolifera cada vez mais na sociedade pós-moderna, o consumo de produtos e serviços expande-se de modo desmedido, atingindo todas as classes sociais. Não se restringindo a um grupo específico de sujeitos, a aquisição e/ou o uso de bens tornou-se algo insito ao ser humano, não podendo nenhum indivíduo deixar de consumi-los, sob pena de ser o seu estado vital minimizado, ou mesmo, eliminado. Nos tempos atuais, ninguém, nem mesmo o mais tenro ser humano, escapa à condição de consumidor, dado que não se torna mais possível a total, única e exclusiva retirada de bens tão-somente da natureza para a sobrevivência.

A amplitude e a complexidade do consumo de bens foram fatores levados em consideração pelo constituinte no momento de estabelecer as regras sobre a competência dos entes federativos para disciplinarem a matéria. Ao invés de atribuir competência privativa à União para legislar sobre o direito do consumidor – como ocorreu com o direito civil - a Constituição Federal, no art. 24, incisos V e VIII, conferiu competência concorrente para todos os entes federativos, exceto os Municípios. A União, os Estados e o Distrito Federal legislarão, de modo concorrente, sobre produção e consumo, bem como acerca da responsabilidade por dano ao consumidor, conforme, respectivamente, estabelecem os citados incisos daquele dispositivo constitucional.

As dificuldades, que seriam originadas para a União antever e disciplinar eventos jurídicos múltiplos e variados - que se expandem e se ramificam por todo o País - são o fundamento dessa divisão concorrente e a não concentração de poderes legislativos privativos em sede federal. Impende notar que o parágrafo 1º do mencionado art. 24 reza que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados, de acordo com o parágrafo 2º. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades, em conformidade com o parágrafo 3º. A

superveniência de lei federal sobre normas gerais, entretanto, suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário, nos termos do parágrafo 4º do multicitado artigo²⁴⁶.

A imperiosidade de que as situações peculiares de cada Município, que integra a República Federativa do Brasil, não deixem de ser normatizadas, conduziu o constituinte a, no art. 30, inciso I, prever que a competência desses restringe-se aos assuntos de interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, aduz Celso Ribeiro Bastos, visto que “qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional”²⁴⁷. Os interesses locais dos Municípios, salienta o autor, são os que incidem imediatamente com as suas “necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais”. Complementa a abordagem ressaltando que “Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo”²⁴⁸. Dissertando sobre o assunto, Luís Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior aduzem que “A doutrina tem entendido que 'interesse local' é sinônimo da expressão utilizada na Constituição anterior”, isto é, “peculiar interesse”²⁴⁹.

O Supremo Tribunal Federal considerou que os municípios têm competência para legislar sobre horários de funcionamento de estabelecimentos comerciais²⁵⁰, período de espera em locais que prestam serviços, meia passagem e instalação de equipamentos de segurança em agências bancárias, dentre outras questões²⁵¹. Tais aspectos correlacionam-se com assuntos considerados de interesse local – situação também verificada com relação à exigência de empacotadores nos estabelecimentos comerciais. São questões que estão vinculados ao funcionamento de empresas ou de pessoas jurídicas que prestam serviços ou ofertam produtos no mercado de consumo. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça,

²⁴⁶ Sobre o tema, consultar: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 311

²⁴⁸ *Ibidem*, idem.

²⁴⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

²⁵⁰ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NORMAS ADMINISTRATIVAS MUNICIPAIS QUE DISCIPLINAM O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DO COMÉRCIO LOCAL. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA OS ASSUNTOS DE SEU INTERESSE: ART. 30, I, DA CONSTITUIÇÃO. Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local. Agravo Regimental a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça, AI 622405 AgR, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-037, divulgado em 14-06-2007, publicado em 15-06-2007, DJ 15-06-2007, PP-00037, Ementário vol. 02280-06, pp-01150).

²⁵¹ Quanto a tais questões, verificar, respectivamente, os seguintes julgados: ADI 845, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2007, DJe-041 divulg. 06-03-2008, publ. 07-03-2008; e AI 574296 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 16-06-2006, PP-00023.

inúmeras decisões também são identificadas sobre a competência legislativa dos municípios no campo local, dispondo sobre tempo máximo de espera em estabelecimentos bancários²⁵², o modo de prestar atendimento seguro por tais fornecedores²⁵³, fixação dos horários de funcionamento de farmácias²⁵⁴, etc.

A estruturação das normas protetivas ao consumidor deverá atender à divisão de competências estabelecida pelos citados dispositivos, já que, *a contrario sensu*, ter-se-ia a invasão das atribuições normativas de um ente em prejuízo de outro. Ao ser analisada a repartição de competências entre os entes federativos para que normatizem a defesa do consumidor, três paradigmas levantados por Canotilho são lembrados. As normas constitucionais compõem uma *lex superior*, que “recolhe o fundamento de validade em si própria”, possuindo “autoprímazia normativa”. Em segundo plano, elas devem ser vistas como “normas de normas”, ou seja, “norma *normarum*”, correspondendo a “fonte de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias)”. No posterior plano, a superioridade normativa dos dispositivos constitucionais “implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição”²⁵⁵.

Configurando-se a defesa do consumidor, indubitavelmente, um tipo de princípio-programa, argumenta Comparato, que “tem por objeto uma ampla política pública (public policy)”, deve haver uma “série organizada de ações, para a consecução de uma finalidade”²⁵⁶. Os entes políticos, como agentes normativos e reguladores, exercerão, com esteio na Constituição Federal, os papéis que lhes foram atribuídos em face dos setores público e privado, com vistas a assegurar os direitos dos consumidores²⁵⁷. A autoridade política, por meio de uma ação sistemática sobre a economia, em busca de uma “otimização de resultados” e da “realização da ordem jurídica como ordem do bem-estar social”²⁵⁸.

Por mais que as unidades federativas detenham liberdade para a criação das normas em prol dos consumidores, deverão obedecer aos parâmetros delineados pela Constituição

²⁵² Ver RMS 25.988/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/04/2009, DJe 11/05/2009.

²⁵³ Superior Tribunal de Justiça, RMS 20.681/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 01/06/2006, DJ 12/06/2006 p. 438.

²⁵⁴ STJ, REsp 254.543/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/06/2000, DJ 01/08/2000 p. 211; e REsp 167.299/SP, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 08/06/1998, DJ 21/09/1998 p. 66.

²⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 137.

²⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista DM*, nº 80, pp. 66 a 75.

²⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Casos de direito constitucional*. São Paulo: RT, 1992, p. 8.

²⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 21.

Federal, não sendo cabível ultrapassar os limites das linhas delimitadoras das competências. A União, na qualidade de titular do poder de elaborar normas gerais, traçará amplas linhas sobre as relações jurídicas de cunho consumerista, competindo aos Estados, de acordo com as suas necessidades, realizar o processo de complementação ou suplementação, e aos Municípios, tratar dos assuntos locais.

3 RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CONSUMERISTA: SUJEITOS INTEGRANTES E OBJETO

À nossa volta, existe hoje uma espécie de evidência fantástica do consumo e da abundância, criada pela multiplicação dos objectos, dos serviços, dos bens materiais, originando como que uma categoria de mutação fundamental na ecologia da espécie humana. Para falar com propriedade, os homens da opulência não se encontram rodeados, como sempre acontecerá, por outros homens, mas mais por objectos²⁵⁹.

Identificar e conhecer os participantes e o objeto de certo *vinculum juris* é tarefa que implica uma postura investigativa do intérprete jurídico que não se contenta com a singela leitura das normas jurídicas vigentes. A partir da contratação de bens, ofertados no mercado pelos fornecedores, nasce a relação jurídica entre aqueles e os adquirentes e/ou usuários, mas tal liame jamais pode ser compreendido por uma visão estritamente arraigada no universo do direito, posto que envolve uma série de aspectos socioeconômicos, culturais e políticos. Os juristas e outros teóricos do

²⁵⁹ BRAUDILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2011, p. 13.

setor, enuncia Bourdieu, “tendem a puxar o direito no sentido da teoria pura, quer dizer, ordenada em sistema autônomo e auto-suficiente”, afastando o estudo das normas dos fatores que contribuíram para o seu surgimento²⁶⁰.

Ora, conceituar relação de consumo e entender quem são os seus participantes são ilações que não podem ser alcançadas pela exegese literal da Lei n. 8.078/90, concitando os operadores a uma visão muito mais ampla e crítica. O consumo é definido por Canclini como o “conjunto de processos socioculturais em que se realizam a apropriação e os usos dos produtos”, viabilizando tal concepção uma análise mais completa dos atos de consumo²⁶¹. A relação de consumo não é apenas um *vinculum juris* advindo do plano abstrato, encontrando-se aliçada em intercâmbios socioculturais. Entender a relação de consumo como “simples posse material de objetos”, regida pelas normas jurídicas, ignorando-a como “forma de pertencimento e apropriação coletiva, em relações de solidariedade e distinção com os indivíduos”- seria uma postura meramente positivista e irrefletida.

3.1 CONSUMIDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS

A Lei n. 8.078/90 não apresenta um conceito, previamente construído, do que seja a relação de consumo, trazendo a definição de consumidor e de fornecedor, bem como de produto e de serviço, que “nem podem ser tomados isoladamente” nem se “sustentam por si somente”²⁶². Assim, a relação de consumo seria o liame jurídico oneroso, estabelecido entre um consumidor e um fornecedor, no qual aquele adquire ou utiliza um bem para “satisfação biológica e simbólica”, constituindo-se também uma “forma de receber e enviar mensagens socialmente construídas”²⁶³. Originar-se-ia tal vínculo não apenas das necessidades reais dos consumidores, envolvendo também o simples gosto, a escolha ou as compras irrefletidas por parte destes²⁶⁴.

O mercado não é apenas um espaço não institucionalizado de trocas de mercadorias e serviços, mediante remuneração, entre os interessados. Iludir-se com a

²⁶⁰ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 11. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil Ltda, 2007, p. 220.

²⁶¹ CANCLINI, N. G. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 60.

²⁶² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 80.

²⁶³ CANCLINI, N. G. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 60.

²⁶⁴ *Ibidem*, idem.

singela visão do mercado de consumo através do *estruturalismo*, que acaba “esvaziando o real de seu conteúdo vital para poder reduzi-lo a esquemas de puro intelectualismo abstrato”, seria fechar os olhos para as “objetivações histórico-rationais das intencionalidades fundantes”²⁶⁵. Assim, por trás das conexões jurídicas entre fornecedores e consumidores, existem muito mais fatores lançados como justificativas legitimadoras, exigindo do jurista, sempre, uma postura investigativa que vá além da reduzida tarefa de repetir e seguir cegamente o que a lei diz. É preciso estar sempre atento para os “valores macroscópicos” ou, ao contrário, “minúsculos”, que constituem a trama mercadológica, enxergando a multiplicidade dos jogos (econômicos, políticos, culturais, administrativos, cotidianos)²⁶⁶.

Tendo o CDC definido quem poderá ser fornecedor e consumidor de produtos e serviços, tem-se entendido que o seu âmbito de aplicação seria de ordem subjetiva ou *rationae personae*, baseando-se em prévia análise daqueles que podem figurar em um liame dessa natureza²⁶⁷. No entanto, como será visto a seguir, a Lei n. 8.078/90 inclui também, de forma direta, determinadas relações jurídicas, excluindo as de natureza trabalhista, apresentando um campo de aplicação *objetivo* ou *ratione materiae*.²⁶⁸ Torna-se fundamental o exame das figuras do consumidor e do fornecedor e o entendimento das razões pelas quais afastou-se a incidência daquele *Codex* quando presentes certas espécies de contratos.

O CDC disciplinou as relações de consumo sob uma dúplici ótica, qual seja *subjetiva* e *objetiva*, sendo que o primeiro aspecto sempre predominará, fazendo-se imprescindível uma análise cuidadosa daqueles que compõem a relação jurídica estabelecida. Mesmo nos contratos abrangidos pela Lei n. 8.078/90, tem-se que verificar a situação dos seus participantes e a forma de apreensão e utilização dos bens disponibilizados, ou seja, se são realmente destinatários finais.

Trata-se, nesta tese, da garantia legal dos produtos e serviços colocados no mercado e, desta forma, é crucial o conhecimento dos sujeitos que participam da relação jurídica estabelecida entre fornecedores e consumidores. Ademais, o exame do objeto do negócio jurídico de consumo é de fundamental relevância, uma vez que a garantia legal

²⁶⁵ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva., 2010, p. 24.

²⁶⁶ MAFFESOLI, Michel. *O Conhecimento Comum*. Introdução à Sociologia Compreensiva. Trad. Aluizio R. Trinta. Porto Alegre: Sulina, 2010, p. 77.

²⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 80.

²⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

diz respeito à sua essência e, conseqüentemente, tem-se que discorrer sobre quais bens incidirá.

Toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final, conforme dispõe o art. 2º da Lei n. 8.078/90, é considerada consumidor. Dessa regra, três aspectos essenciais devem ser extraídos e examinados com extremo cuidado, quais sejam: a) a forma de aquisição do bem de consumo; b) o simples uso do bem adquirido por outrem; e c) o modo da sua utilização²⁶⁹. A exegese literal do citado dispositivo normativo poderia, *a priori*, induzir o operador jurídico a pensar que qualquer aquisição, mesmo que a título gratuito, de certo bem, geraria uma relação de consumo. Do mesmo modo, qualquer pessoa jurídica, desde que usuária final do produto ou serviço, seria concebida como consumidora.

Com relação ao primeiro aspecto, deve-se, logo, compreender que consumidor não pode ser aquele que se utiliza de um bem sem remuneração, pressupondo um prévio negócio jurídico oneroso com o fornecedor. Existem diversas situações em que a remuneração se apresenta disfarçada através das técnicas mercadológicas, não sendo a contraprestação pecuniária pronta e facilmente visualizada por parte do consumidor. É o que ocorre, por exemplo, com as milhas que são previstas por diversas operadoras de cartões de crédito e que podem ser utilizadas pelos consumidores para a aquisição de passagens aéreas, mercadorias etc. Nessas circunstâncias, parece que o consumidor nada está pagando, mas, na verdade, nos valores presentes nas faturas dos cartões de crédito, juros, taxas embutidas e outros encargos constituem o pagamento antecipado pelos posteriores serviços ou bens que podem ser adquiridos pelo consumidor.

Outro exemplo é a caderneta de poupança, alegando os fornecedores que em virtude do fato de o correntista não pagar valor algum para mantê-la, inexistiria relação de consumo. O simples fato, porém, de o montante encontrar-se no espectro do domínio da instituição financeira, podendo esta utilizá-lo para fins diversos, desde que, no momento em que o consumidor quiser retirá-lo ou utilizá-lo do modo que melhor lhe aprouver, este já esteja disponível, caracteriza o benefício indireto em prol do fornecedor. A

²⁶⁹ Segundo Nelson Nery Júnior, o conceito de consumidor deverá ser examinado com base em três elementos: subjetivo, objetivo e teleológico. O primeiro pressupõe que o consumidor seja uma pessoa física ou jurídica; o segundo requer que haja aquisição ou utilização de produtos ou serviços e o terceiro refere-se à finalidade pretendida com a aquisição do bem, devendo o consumidor ser destinatário final. NERY JÚNIOR, Nelson. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, v. 1, p. 369.

possibilidade de manipular o dinheiro do poupador é a remuneração indireta obtida pelo fornecedor, ensejando o reconhecimento da relação jurídica consumerista²⁷⁰²⁷¹.

Situação interessante é aquela em que o indivíduo recebe uma amostra gratuita de certo produto ou serviço e vem a deparar-se com certo problema que lhe causa prejuízos materiais e/ou morais. Seria ele consumidor? De que forma estaria presente a remuneração nessa hipótese? Entende-se que, nesse caso, da mesma forma como ocorre com as cadernetas de poupanças, aquele que experimenta o produto ou que se utiliza do serviço, estaria, mediante a disponibilização do seu tempo e da sua boa vontade em concordar com a experiência, colaborando com o fornecedor e remunerando-o de forma indireta.

Os serviços públicos não remunerados não podem ser conceituados como relação de consumo, como ocorre, *v.g.*, com o ensino público, o Sistema Único de Saúde e outros. Não havendo contrapartida pecuniária por parte do beneficiário, não há que se cogitar da aplicação do CDC. Existem, contudo, serviços públicos, ou de relevância pública, cuja prestação somente se verifica com o pagamento pelo interessado e, em tópico específico, far-se-á comentário sobre tal problemática.

Quanto ao segundo aspecto, acima ventilado, deve-se alertar que consumidor não será apenas aquele que efetivamente comprou um produto ou contratou um serviço, abarcando-se todos aqueles que estejam no círculo de proximidade deste. Se alguém adquire, por exemplo, um determinado gênero alimentício e o leva para a sua residência, vindo os familiares a consumi-lo e a sofrerem problemas gastrointestinais, todos serão enquadrados como consumidores, mesmo que nada tenham pago. A mesma conclusão seria adotada se determinado sujeito tivesse contratado um *buffet* para uma festa e todos os seus convidados tivessem tido problemas com os alimentos e bebidas servidos. Observe-se que, nessas circunstâncias, existe alguém que, efetivamente, comprou um produto ou contratou um serviço e outras pessoas, da sua família ou não, mas que mantêm laços de amizade ou de mero conhecimento com o anfitrião. Quando certo produto ou serviço causa danos a pessoas que não possuem qualquer vínculo jurídico com o fornecedor e muito menos com o consumidor, outras normas protetivas são aplicadas, mas que não se confundem com o art. 2º, *caput*, do CDC.

²⁷⁰ Observe-se o teor da seguinte decisão: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e seus clientes” (STJ, REsp. 141678/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU 25/06/2001, p. 183, j. 17/04/2001, 4ª T).

²⁷¹ Sobre o tema, consultar: ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 9. ed. rev. e atual. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2002; SAUPHANOR, Nathalie. *L’Influence du Droit de la Consommation sur le Système Juridique*. Paris: L.G.D.J, 2000; FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. 3. ed. actual y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2004.

O *modus* de apropriação e de utilização do bem adquirido é de fundamental importância para a identificação do consumidor, exigindo o CDC que seja *verus* “destinatário final”, ou, como afirmam os alemães, *Endverbraucher*²⁷². Deve o consumidor retirar do âmbito de atuação do fornecedor o produto ou obter a efetiva concretização do serviço, sendo, assim, *destinatário fático*, alterando o plano naturalístico. Além de extrair o bem em si do poder do fornecedor, para ser consumidor, o interessado tem que esgotar diretamente a sua essência, não o empregando para originar outros produtos e serviços, reinserindo-os no mercado de consumo. Tem que ser *destinatário econômico*, não usufruindo do produto ou serviço para reempregá-lo na criação de outros bens para serem ofertados para terceiros²⁷³.

Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz afirmam que “Le consommateur est une personne physique qui se procure ou qui se utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel”²⁷⁴. Caracteriza-se o consumidor como aquele que faz uso dos produtos e/ou serviços sem um cunho profissional, lecionando Thierry Bourgoignie que uma pessoa, exercendo uma atividade em caráter profissional, comercial, financeiro ou industrial não pode ser considerada “como um consumidor, salvo se ficar estabelecido por que ela está agindo fora de sua especialidade e que ela realiza uma cifra global de negócios inferior a ... milhões de francos por ano”²⁷⁵.

Quando se compra argila para montar arranjos de flores que serão colocados na própria residência do indivíduo, tem-se a destinação fática e econômica, mas se esses mesmos objetos forem posteriormente vendidos, descaracteriza-se a relação de consumo, já que o adquirente atua como intermediário. Seria destinatário final aquele que adquire matéria-prima para a confecção de produtos para serem doados para uma entidade filantrópica? Sim, eis que retirou certo bem do espectro de atuação do fornecedor, o reemprega para originar outros, mas não o disponibiliza, a título oneroso, no mercado.

²⁷² REICH, Norbert. In: COSSU, Cipriano (a cura di). *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore*. Milano: Edizioni Cedam – Padova, 1990.

²⁷³ O cessionário, afirma Ricardo Lorenzetti, é também consumidor, visto que assume a titularidade do contrato de consumo através da assunção da posição contratual. O mesmo ocorre com os terceiros beneficiários dos contratos de seguro. LORENZETTI, Ricardo Luis. La Relación de Consumo. Âmbito de aplicación del estatuto del consumidor. In: LORENZETTI, Ricardo Luis; SCHÖTZ, Gustavo Juan (coords.). *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 77.

²⁷⁴ “O consumidor é uma pessoa física que adquire ou utiliza um bem ou serviço para uso não profissional”. CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 7.

²⁷⁵ BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e à necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, número 06, 1993, p. 07.

3.1.1 Concepção Individual e Coletiva do Consumidor

A expressão “consumidor *standard* ou padrão”, oriunda do sistema norte-americano, significa toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final. Utiliza-se o termo “padrão” para indicar que, nessas circunstâncias, o sujeito ou a pessoa jurídica, mediante remuneração direta ou indireta, adquiriu um produto ou contratou um serviço, não havendo dúvidas de que realizou um negócio jurídico com o fornecedor. Dentro desse conceito básico, também conhecido como *in concreto*, encontram-se aquelas pessoas, integrantes do seu núcleo familiar ou que mantenham qualquer espécie de contato com o mesmo, e terminam usufruindo de certo bem contratado ou adquirido pelo consumidor²⁷⁶.

Não obstante o CDC, no parágrafo único do art. 2º, prever que “equipara-se” a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, não se trata de equiparação mas, sim, de uma outra faceta do próprio conceito padrão. Trata-se, *in casu*, dos consumidores vistos sob o ângulo coletivo, em que uma massa de sujeitos, submetidos a contratos padronizados, adquirem certo produto ou contratam serviço. São os mesmos consumidores, previstos no *caput* daquele dispositivo legal, considerados em sua dimensão coletiva.

Três observações são extremamente necessárias para o entendimento da norma que disciplina a coletividade consumerista. Primeiro, não se trata de equiparação, conforme já frisado, eis que são os próprios consumidores, que integram uma coletividade, que estão sendo considerados. Segundo, sob tal aspecto, dificilmente seria possível a inserção de pessoas jurídicas como integrantes de determinada coletividade de consumidores dada a raridade de contratações standardizadas entre o fornecedor e uma multiplicidade de empresas. Terceiro, aplica-se ao caso o conceito de interesse ou direito coletivo previsto no parágrafo único, inciso II, do art. 81, do CDC, definidos como os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base²⁷⁷.

²⁷⁶ Sobre o assunto, examinar: ITURRASPE, Jorge Mosset et al. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. actual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008; e CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.

²⁷⁷ Examinar as seguintes obras: VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè, 1979; VILLONE, Massimo. *La collocazione istituzionale dell' interesse diffuso*. In: *La tutela degli interessi diffusi nl diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia Colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.

Objetiva-se deixar claro, com a observação de que o parágrafo único do art. 2º do CDC contempla os interesses ou direitos coletivos, que a *mens legis* é a proteção do consumidor sob os aspectos individual e coletivo, evitando-se que concepções baseadas no ferrenho individualismo, dificultem, ou mesmo obstaculizem, o acesso à justiça pelos contratantes em situação similar. Os interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos estão previstos no art. 81, parágrafo único, incisos I a III, e suscitam uma análise aprofundada em tópico específico. Captar o conceito básico de consumidor de modo consciente e conexo com a estrutura total do CDC exige que se faça uma abordagem, ainda que perfunctória, sobre o tema em apreço.

Com relação aos interesses ou direitos coletivos, citam-se, como exemplo, os usuários de certo plano de saúde que se deparam com cláusulas abusivas, como a negativa de cobertura de exames e procedimentos de saúde, incorporadas no contrato de adesão firmado, de modo igualitário, com todos²⁷⁸. Observa-se, nesta hipótese, que a garantia legal dos serviços contratados termina sendo vilipendiada pelo fornecedor. Enquanto latente a vontade desse conglomerado de pessoas, tem-se o interesse coletivo e, quando ingressam em juízo, em conjunto, ou através dos entes legitimados, em sede coletiva, os direitos do grupo são perseguidos judicialmente. Para a caracterização dos direitos coletivos, não se faz necessária a identificação da classe envolvida, assim, nesse caso, não seria imprescindível a demonstração de todos os seus integrantes, mas apenas do todo envolvido. No âmbito dos interesses coletivos, apesar de serem atribuídos a uma gama de sujeitos, há, também, certa dificuldade de identificá-los, motivo pelo qual alguns doutrinadores não vislumbram maiores diferenciações com os interesses difusos²⁷⁹.

Deve existir um vínculo jurídico entre cada consumidor e o fornecedor, sendo também cabível que os consumidores mantenham entre si liames em que configurem uma entidade representativa da categoria (associação ou fundação)²⁸⁰. Os interesses ou direitos coletivos são indivisíveis pelo simples fato de que o bem jurídico, a ser tutelado, não pode ser repartido para cada consumidor. No caso supramencionado, reconhecendo o Poder Judiciário a abusividade da disposição contratual, beneficiará igualmente a todos os consumidores

²⁷⁸ Sobre o tema, consultar: SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-Fé Objetiva*. Uma Abordagem Crítica sobre os Reajustes Abusivos. 2. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

²⁷⁹ Por seu turno, Mauro Cappelletti, ao tratar dos interesses coletivos, argumenta que são “típicos deste mundo novo, como aqueles inerentes à saúde e ao ambiente natural, apresentando um caráter difuso, mas que pertence a uma coletividade” (traduziu-se). CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. *RePro* 5/130, p. 34.

²⁸⁰ DE VITA, Anna. La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva Del sistema francese. Aspetti principali Del problema e specificazioni in tema di protezioni degli interessi de consumatori. In: *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976, p. 350.

integrantes do grupo, não havendo partilha para cada um nem apreensão de maneira diferenciada. A cláusula declarada nula será expurgada do contrato firmado com todos os consumidores, visto que confronta com a garantia legal dos bens de consumo.

A proteção, contemplada pelo parágrafo único do art. 2º do CDC, engloba também os interesses ou direitos individuais homogêneos, previstos no art. 82, parágrafo único, inciso III. São conceituados como aqueles divisíveis, ou seja, cindíveis, podendo ser atribuídos a cada um dos sujeitos, na proporção devida, possuindo, porém, uma fonte comum que possibilita o seu tratamento de forma coletiva²⁸¹. É o que ocorreria com os usuários do mencionado plano de saúde que ingressassem em juízo, pleiteando indenização em razão dos danos materiais e morais sofridos em decorrência daquela mesma cláusula abusiva acima mencionada, que viola a garantia legal, ou que desejem a devolução de valores pagos indevidamente (v.g. para a realização de exames e procedimentos não cobertos pelo plano)²⁸².

Atente-se que, nesse caso, o bem jurídico almejado é perfeitamente divisível, eis que, após o julgamento da lide coletiva, cada consumidor informará o *quantum* tem direito a receber. Assim sendo, reconhecendo o Estado-Juiz procedente a demanda e condenando o fornecedor a indenizar os consumidores e a repetir o indébito (devolução do que foi pago), a prestação jurisdicional será partilhada de acordo com a situação que cada consumidor demonstrasse. Em uma mesma lide, é possível, e até mesmo razoável e produtivo, que se peça a declaração de nulidade de certa cláusula abusiva e a indenização e repetição do indébito, propugnando, ao mesmo tempo, a proteção dos direitos coletivos e individuais homogêneos.

3.1.2 Consumidor Equiparado, by Standard ou in Abstracto

Com o propósito de proteger aqueles que não adquiriram ou utilizaram certo bem, mas que ficaram expostos às práticas comerciais disciplinadas pelo microsistema em análise, o art. 29 do CDC traz um conceito equiparado de consumidor²⁸³. O legislador infraconstitucional não exigiu que essas pessoas sejam determinadas, podendo ser, inclusive, totalmente não identificáveis²⁸⁴. Inexiste, nessa situação, qualquer vínculo jurídico

²⁸¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5. ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 54.

²⁸² SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Planos de Saúde e Boa-Fé Objetiva*. Uma Abordagem Crítica sobre os Reajustes Abusivos. 2. ed. ver. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

²⁸³²⁸³ As seguintes decisões do STJ tratam do tema: REsp. 947.968-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 6/3/2008, Informativo 347; REsp. 139400/MG, DJU 25/09/2000, p. 03, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 03/08/2000, 4ª T.

²⁸⁴ Para Cláudia Lima Marques, são consumidores semi-incidentais, expostos semivoluntariamente à relação de consumo (shopping center, mensagem publicitária), ou seja, “é possível aceitar que o art. 29 inclua como

estabelecido entre os afetados e o fornecedor e a mera prática em si, dado o seu caráter em desconformidade com as normas vigentes, enseja a proteção legal. A incidência daquele artigo não se encontra ligada à verificação se houve aquisição do bem de consumo nem o real uso deste – o simples risco é a *ratio legis* da medida protecionista²⁸⁵.

Através da norma *sub examine*, o legislador infraconstitucional enveredou pelos caminhos da tutela preventiva do consumidor, não desejando que o dano se materialize para que providências sejam empreendidas²⁸⁶. Mais uma vez, preocupou-se com a situação da coletividade, abrindo mão de conceitos arraigados no individualismo claudicante e avançando para uma visão coletiva e difusa. São protegidas pessoas expostas, que podem ser determináveis, através da identificação do grupo, categoria ou classe a que pertençam, configurando-se os interesses ou direitos coletivos, ou não. A impossibilidade de verificação de quantas e quais pessoas foram expostas a tais práticas dá origem aos chamados interesses ou direitos difusos, previstos no art. 82, parágrafo único, inciso I, do CDC.

As situações que exigem proteção jurisdicional sem que, portanto, os interessados possam ser identificados, já que há um número indefinido de pessoas, podendo ser toda a sociedade, comunidade, etnia ou mesmo toda a humanidade, têm sido concebidas como difusas. Exemplo dessa situação seria uma publicidade enganosa, na qual, o fornecedor divulgasse qualidades inverídicas de certo produto através de um anúncio veiculado na internet. Ora, inúmeras pessoas poderiam ter acesso a tal publicidade, sendo do mesmo país em que o fornecedor atua ou não, de idades e condições socioeconômicas e culturais variadas, cuja identidade não seria preciso detectar.

Nessas circunstâncias, o objeto pretendido apresenta-se indivisível, não sendo possível a apreensão individualizada pelos sujeitos e, por isso, proposta demanda judicial diante da questão, havendo condenação do fornecedor para corrigir a sua conduta, estar-se-ia tutelando os interesses ou direitos difusos. Não é necessária a constatação de lesões aos consumidores e a indivisibilidade do quanto pleiteado em juízo é patente, visto que compelindo o juiz o fornecedor a, *v.g.*, retirar a publicidade e a refazê-la corretamente, não

consumidores pessoas totalmente alheias à relação e que sem qualquer 'vontade', delas ou de qualquer dos contratantes, mesmo assim foram 'expostas' incidentalmente às práticas". MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 369.

²⁸⁵ Sobre o tema, consultar: LLAMBÍAS, Jorge J. *Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado*, publ. En Estudios sobre responsabilidad por daños. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1980, p. 346; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, tomo I, volume I, p. 424.

²⁸⁶ Antônio Herman Benjamin trata do conceito *in abstracto* de consumidor. GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 11. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 253-254.

haveria a possibilidade de repartir tal prestação jurisdicional para cada consumidor isoladamente.

Nos interesses ou direitos difusos, segundo José Carlos Barbosa Moreira²⁸⁷, existe uma “espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”. Os interesses difusos, dessa maneira, seriam caracterizados por cinco aspectos fundamentais: indivisibilidade do objeto em questão, não identificação dos titulares, irreparabilidade da lesão, “intensa litigiosidade interna” e “transição ou mutação no tempo e no espaço”²⁸⁸. Ora, não sendo atribuíveis a sujeitos identificáveis, tais interesses modificam-se de acordo com os fatores históricos que se perfazem com as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais. O bem jurídico não é repartível entre os consumidores, decorrendo daí a sua “litigiosidade interna”, não sendo cabível dar para cada um a quota parte.

Ressalte-se que os bens de consumo devem ser expostos no mercado de modo regular, contendo todas as informações verdadeiras e pertinentes a seu respeito, não trazendo dados enganosos. As pessoas não podem ser expostas às práticas comerciais arbitrárias marcadas pela falsidade das informações, eis que a garantia legal dos produtos e serviços alcança também a coletividade vista sob a ótica difusa. Não se limita a proteção legal a zelar apenas pelos interesses e direitos daqueles que já contrataram serviços ou adquiriram produtos, estendendo-se para proteger todos os consumidores. Assim sendo, a análise do conceito de consumidor constante no art. 29 do CDC apresenta vinculação com o objeto desta tese.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, seguindo os mesmos padrões dos sistemas europeu e norte-americano, bem como de países sul-americanos, estabeleceu, no art. 17, outro conceito de consumidor equiparado. Todas as “vítimas do evento” foram consideradas consumidoras, surgindo, então, três questionamentos essenciais: quem podem ser tais vítimas? Quais acontecimentos seriam considerados como o “evento” aí previsto? Quais as espécies de danos que poderiam acometer as “vítimas”?

A priori, deve-se afastar, de logo, como vítimas do evento, o próprio consumidor padrão, aquele que adquire, em caráter oneroso, certo bem e o utiliza, assim como os seus

²⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro, *RF* 276/1.

²⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro, *RF* 276/1.

familiares, amigos e demais pessoas do seu círculo social – o mesmo pode-se dizer com relação às pessoas jurídicas. Vítimas do evento serão aquelas pessoas físicas que não mantiveram qualquer vínculo jurídico com o fornecedor nem fizeram uso de produtos ou se beneficiaram com serviços adquiridos por parentes, amigos ou conhecidos. Estão *in totum* alheias ao círculo do fornecimento do bem de consumo e, às vezes, até mesmo desconhecem-no ou, mesmo tendo conhecimento da existência, não tinham, em dado momento, qualquer intenção de adquiri-lo²⁸⁹.

Havendo, *v.g.*, a construção de um edifício em determinado local e diante de serviços executados sem o devido respeito às normas técnicas vigentes, ocorre um desabamento que atinge o prédio situado ao lado daqueloutro, sendo vitimadas diversas pessoas. Não mantinham tais sujeitos quaisquer vínculos com a construtora responsável pela obra, não tinham a intenção de adquirir imóveis na edificação e, mesmo assim, foram vítimas do evento. Outros exemplos clássicos são a explosão, no Shopping Center de Osasco²⁹⁰, e o de uma motocicleta que trafega carregando botijões de gás para venda. No primeiro caso, pessoas que estavam fora do estabelecimento comercial e não tinham qualquer objetivo de adentrar na edificação, tendo sido afetadas, serão vítimas do evento – aquelas que estavam no interior deste e que não haviam adquirido nenhum bem também serão equiparadas²⁹¹. Quanto ao segundo caso, transeuntes, que estejam nas imediações do veículo, que não tenham solicitado a venda do produto, ou mesmo aqueles que o tenham requerido, mas não efetivaram a compra, serão equiparados ao consumidor²⁹².

A pretensão do diploma consumerista foi proteger todos aqueles que sejam atingidos por práticas irregulares desenvolvidas no mercado, não se restringindo a assegurar guarida apenas para os que adquiram ou se utilizem dos bens de consumo²⁹³. A segurança e a saúde dos indivíduos foram concebidas como bens supremos independentemente de terem realizado prévio negócio jurídico com o fornecedor. É o

²⁸⁹ Sobre a problemática, consultar: PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998. p. 55 e seguintes; ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*. 3. ed. rev. e atual. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 294; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. El Sistema Dualista de Responsabilidad Contractual y Extracontractual en Argentina. Reflexiones sobre la Inconveniencia de su Supervivencia. Tercera Jornada El Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: actualidad y utilidad de la distinción. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, marzo 2008, p. 69.

²⁹⁰ Consultar: STJ, REsp 279273 SP 2000/0097184-7, 3ª Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, j. 04/12/03, Dj; 29/03/04. RDR vol. 29, p. 356.

²⁹¹ Ver: STJ, Resp 279.273-SP, rel. p/acórdão Min. Nancy Andriighi, j. 04.12.2003, RDC 54/219-266.

²⁹² O exemplo do transporte do botijão de gás é apresentado por Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin na obra: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe e. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 164.

²⁹³ Verificar também: STJ, AgRg no REsp. 1000329/SC, Rel. João Otávio de Noronha, DJe 19/08/2010; STJ, REsp. 181.580-SP, Rel. Min. Castro Filho, 9/12/2003, Informativo 195; STJ, REsp. 540235/TO, Rel. Min. Castro Filho, DJ 06/03/2006.

princípio da dignidade humana que permeia e sustenta o conceito de consumidor equiparado, principalmente, o consagrado no art. 17 do CDC²⁹⁴. As mudanças das estruturas produtivas que o ser humano deve realizar no futuro, alerta Bauman, far-se-ão necessárias para a sua própria preservação e da própria natureza, razão pela qual o diploma consumerista preconiza uma redução dos riscos e uma maximização da prevenção para que acidentes não aconteçam²⁹⁵.

Não estará todo evento danoso inserido na estrutura normativa registrada no CDC, sendo necessária a constatação da figura do fornecedor na situação *in concreto*. Naqueles exemplos, se a construção do prédio não fosse para a venda das unidades, mas, para o funcionamento de uma igreja, um centro filantrópico, etc., em que não houvesse qualquer intenção de prática de atividade econômica, impossível seria a aplicação do CDC. Se a explosão, também retratada nas linhas anteriores, se efetivasse em uma repartição pública, que não presta qualquer serviço para os consumidores, ou se o caminhão fosse de propriedade de um particular, que estivesse transportando produtos para a construção de sua própria residência, o evento danoso não se enquadraria no art. 17 do CDC.

É preciso que a ocorrência seja resultado de uma atividade comercial realizada no mercado de consumo, apresentando um cunho econômico que não se componha simplesmente por atos de natureza cível. É claro que, havendo vítimas no caso da construção da igreja ou do centro filantrópico, bem como na explosão da repartição pública ou do caminhão de propriedade particular, devem ser aplicadas outras normas, presentes no Ordenamento Jurídico Pátrio, para a solução da contenda, indenizando-se os que foram lesionados.

Quanto aos danos sofridos pelos consumidores, podem ser de ordem física ou psíquica e não é necessário que sejam graves. A quantidade de pessoas também não é requisito para que o art. 17 do CDC seja aplicado, pois, se houver apenas um indivíduo lesionado, mesmo que nenhuma relação jurídica tenha mantido com o fornecedor, será qualificado como vítima do evento. É importante destacar que a garantia legal dos produtos e serviços tem por escopo fazer com que os fornecedores coloquem no mercado bens seguros e adequados que não causem danos aos que os tenham adquirido e/ou contratado e muito menos aos que não tenham qualquer pretensão nesse sentido. A intenção do legislador, ao considerar consumidores equiparados todos os sujeitos que

²⁹⁴ ALVES, Alaôr Caffé; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. et al. *Direito, Sociedade e Economia. Leituras Marxistas*. São Paulo: Manole, 2005, p. 54.

²⁹⁵ BAUMAN, Z. *Vida para Consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 56.

sejam vítimas do evento, foi definir que a responsabilidade dos fornecedores assenta-se na lei e não na dicotomia tradicional que a classificava em contratual ou extracontratual.

3.1.3 Pessoa Jurídica Consumidora

No Brasil, a pessoa jurídica que adquire ou utiliza bem ofertado no mercado é considerada consumidora, desde que seja destinatária fática e econômica do produto adquirido ou do serviço contratado. No sistema europeu, de origem romano-germânica, a pessoa jurídica, em geral, não é concebida como consumidora, mesmo que tenha contratado um serviço ou adquirido um produto como destinatária final, não o reempregando como insumo na sua atividade econômica²⁹⁶. No sistema do *common law*, a pessoa jurídica, nessas circunstâncias, também não é acobertada pelas normas consumeristas²⁹⁷. Procurou-se proteger, como consumidor, apenas os indivíduos que usufruam de bens de consumo na condição de não profissionais.

Na Europa, constata-se que na Alemanha, o Código Civil, no parágrafo 13, define consumidor como “a pessoa física que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional”²⁹⁸. O *Codice del Consumo e del Risparmio* da Itália, no art. 3º, número 1, alínea “a”, consagra como consumidora a pessoa que se utiliza de um bem sem finalidade profissional ou comercial²⁹⁹. Na França, o *Code de la Consommation* aplica-se às pessoas físicas e aos empresários de pequeno porte ou profissionais liberais quando estejam em demonstrada condição de vulnerabilidade³⁰⁰.

Na América do Sul, a Argentina³⁰¹, o Uruguai³⁰² e a Venezuela³⁰³, países que integram o Mercosul, através de leis específicas, aquiescem com a possibilidade das pessoas jurídicas

²⁹⁶ ALPA, Guido. *I Diritto dei Consumatore*. Milano: CEDAM, 1998, p. 134.

²⁹⁷ ALPA, Guido. *I Diritto dei Consumatore*. Milano: CEDAM, 1998, p. 134.

²⁹⁸ “& 13. Verbraucher. Verbraucher ist jede natürlich Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschliesst, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann”. LORENZ, Stephan. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB 2002)*. Sonderausgabe, Schuldrechtsreform, Neues Recht/Alter Recht. München: Verlag C. H. Beck, 2002, seit 62.

²⁹⁹ “Art. 3º, 1, a. consumidor ou utente: a pessoa física que adquire por escopo estranho à atividade profissional” (traduziu-se). ALPA, Guido (cura di). *Codice del Consumo e del Risparmio*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 16.

³⁰⁰ PICOD, Yves. *Code de la Consommation commenté*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 23.

³⁰¹ Ver o art. 1º da Ley de Defensa del Consumidor 24.240, de 15 de outubro de 1993: “Se consideran consumidores ou usuários, as pessoas físicas ou jurídicas que contratam a título oneroso para seu consumo final ou benefício próprio ou de seu grupo familiar ou social”.

³⁰² Examinar a Ley de Relaciones de Consumo 17.189, de 7 de setembro de 1999 (regulamentada pelo Decreto 244, de 23 de agosto de 2000).

³⁰³ Ley de Protección al consumidor y al usuario, 24 de abril de 1992, reformada em 18 de abril de 1995.

serem consumidoras. O Paraguai³⁰⁴, Colômbia³⁰⁵, Equador³⁰⁶, Peru³⁰⁷, Chile³⁰⁸ e Bolívia³⁰⁹, nas leis instituídas para a proteção dos consumidores, possuem normas similares às dos demais países sul-americanos no que tange à pessoa jurídica como consumidora. Na América Central, países como Honduras, Nicarágua, Costa Rica, Panamá, El Salvador, Guatemala e República Dominicana, dentre outros, também admitem a pessoa jurídica como consumidora³¹⁰.

A realidade socioeconômica dos países sul-americanos e da América Central diverge daqueles que integram a Comunidade Econômica Europeia e os EUA, existindo uma multiplicidade de pequenas empresas e de firmas individuais que adquirem produtos e contratam serviços não utilizados diretamente para o desenvolvimento das suas atividades econômicas. Foi com o intuito de proteger tais entes de porte exíguo diante dos poderosos e grandes fornecedores, que a Lei n. 8.078/90 admitiu o seu enquadramento como consumidores. A despeito da previsão legal de que a pessoa jurídica pode ser consumidora, diversas dúvidas têm sido levantadas tanto no campo doutrinário quanto no jurisprudencial.

Discussões constantes sobre o tema desencadearam o surgimento de três correntes ou interpretações: o finalismo; o maximalismo e o finalismo aprofundado³¹¹. O finalismo parte da análise dos fins colimados pelo legislador infraconstitucional, através do CDC, e defende que consiste em uma lei especial que somente deve incidir em hipóteses específicas, sendo cabível a exclusão das pessoas jurídicas, como ocorre nos sistemas europeu e norte-americano³¹². O maximalismo tende a expandir a aplicação das normas consumeristas para todas as contratações padronizadas e massificadas, alargando o conceito de consumidor para abranger qualquer pessoa jurídica ou física nesta situação. O finalismo aprofundado situa-se em posição intermediária entre as duas outras correntes, não excluindo a pessoa jurídica na condição de consumidora, propugnando pela observação de alguns requisitos para tal mister.

³⁰⁴ Analisar a Ley 1.334 de Defensa del Consumidor y del Usuario, de 1998.

³⁰⁵ Ley 73, de 3 de dezembro de 1981, regulamentada pelo Decreto 3.466/82 (art. 1º, c).

³⁰⁶ Ver o art. 2º da Ley de Defensa del Consumidor, de 4 de julho de 2000, que revogou a Ley n. 520/90.

³⁰⁷ Decreto Legislativo 716 – Ley de Protección al Consumidor, de 7 de novembro de 1991, e o Decreto legislativo 1045, que complementa o Sistema de Protección al consumidor, de 26 de junho de 2008.

³⁰⁸ Ley del Consumidor n. 19.496, de 7 de março de 1997.

³⁰⁹ A Bolívia somente possui leis esparsas que tratam dos direitos dos usuários de serviços públicos.

³¹⁰ Verificar, respectivamente, os seguintes diplomas: Decreto 24, de 7 de setembro de 2008 (Ley de Protección al Consumidor de Honduras); Ley de Defensa de los Consumidores n. 182, de 27 de setembro de 1994, da Nicarágua; Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor da Costa Rica, n. 7.472, de 20 de dezembro de 1994; Ley n. 29, do Panamá, de 1 de fevereiro de 1996; Decreto n. 776/05 de El Salvador; Decreto n. 006-2003 da Guatemala e Ley n. 358-05, da República Dominicana.

³¹¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

³¹² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 87.

A corrente finalista pretendeu evitar que o CDC fosse utilizado para a proteção daqueles que não necessitam de normas específicas devido a sua situação mais frágil diante do fornecedor. Partindo da premissa de que o CDC é uma lei especial, criada exatamente para a instituição de mecanismos materiais e processuais facilitadores da defesa dos adquirentes de produtos ou usuários de serviços submersos em uma sociedade massificada, o finalismo tendeu a excluir as pessoas jurídicas do conceito de consumidor. A ideia era que não se utilizasse o diploma para a proteção de pessoas jurídicas que não fossem destinatárias finais dos bens de consumo. Uma pequena empresa que comprasse aparelhos de uma *holding*, por exemplo, para o desenvolvimento das suas atividades econômicas, mesmo constatada a sua debilidade em comparação com a estrutura do fornecedor, não seria consumidora³¹³.

Na análise do Resp n.603763/RS, a 4ª Turma do STJ entendeu que a instalação de ar-condicionado em estabelecimento comercial não configura relação de consumo, sendo negada a indenização, por danos morais e materiais, pleiteada pela empresa porto-alegrense Barbazul Bar e Café Ltda. A medida judicial foi proposta contra as empresas Comfortmaker, na condição de fabricante e distribuidora do ar-condicionado, e Proilo Instalações, revendedora e instaladora autorizada do equipamento. Houve instalação defeituosa de aparelho de ar-condicionado central no citado estabelecimento comercial, conduzindo-o a acionar judicialmente as mencionadas empresas. O juízo de primeiro grau acolheu parcialmente o pedido e condenou a instaladora ao pagamento de R\$ 18 mil por danos patrimoniais, afastando os danos morais e julgando extinto o processo em relação à ré *Comfortmaker*. O STJ, contudo, definiu que a aquisição de bens ou a utilização de serviços por pessoa natural ou jurídica, com o objetivo de incrementar sua atividade comercial, não constitui relação de consumo, mas, sim, "uma atividade de consumo intermediária"³¹⁴.

Em caráter concomitante, outra corrente desenvolveu-se de modo totalmente inverso aos pressupostos do finalismo – o maximalismo, que, se arvorando no lema de que a contratação padronizada fragiliza o adquirente, passou a pregar que pessoas jurídicas e físicas, submetidas a contratos standardizados, mesmo que não fossem destinatárias finais, poderiam

³¹³ Processual Civil-Competência – Foro de eleição- Contrato para aquisição de modernos equipamentos médico-hospitalares – Hipossuficiência não configurada – Precedente da 2ª Seção – Decisão agravada confirmada – Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg nos Edcl 561853/MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 27.04.2004)”. A seguir, encontram-se registradas outras decisões do STJ aplicando-se o finalismo para restringir a aplicação do art. 2º do CDC à pessoa jurídica destinatária fática e econômica do bem de consumo: STJ, Resp. 264.126/RD, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., DJ 27/08/2000; STJ, Resp. 475220/GO, Rel. Min. Paulo Medina, 6ª T., DJ 15/09/2003.

³¹⁴ Consultar o *site* do STJ para análise do citado Recurso Especial, atuando como Relator o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, sendo proferido julgamento em 28/05/10.

ser classificadas como consumidoras. À época do início da vigência do CDC, o Código Civil ainda era o de 1916 e as normas retrógradas existentes levaram certa parte da doutrina, translumbrada com a novel legislação, a entender que o seu surgimento se deu em decorrência da contratação padronizada, não sendo tão importante a análise da destinação do bem de consumo³¹⁵. Pessoas físicas e jurídicas, que adquirissem bens no mercado, através do contrato de adesão, seriam consumidoras, não importando a utilização que fizessem daquele – o que resultaria, praticamente, no afastamento da incidência do Código Civil de quase todos os vínculos contratuais atuais, posto que firmados através de contratos padronizados³¹⁶. Ricardo Luis Lorenzetti, inclusive, critica a visão maximalista, uma vez que esta acarreta a “banalización de la protección, que será indiferenciada, va que no todos los sujetos son consumidores en esta perspectiva”³¹⁷.

No Recurso Especial interposto pelo Hospital Centro Transmontano em face da decisão favorável à Companhia de Saneamento Básico de São Paulo, a 1ª Turma do STJ, tendo como Relator o Ministro Francisco Falcão, entendeu que o estabelecimento hospitalar atua na prestação de serviços e que a água fornecida ao imóvel da empresa é utilizada para o próprio funcionamento do prédio. Considerou-se que a recorrente constitui empresa, em cujo imóvel funcionam diversos serviços, como médico-hospitalares, laboratoriais, ambulatoriais, clínicos e correlatos, não apresentando qualquer característica de empreendimento em que haja a produção de produtos a serem comercializados. De acordo com o tipo de atividade desenvolvida pela instituição, concebeu-se que ela não utiliza a água como produto a ser integrado em qualquer processo

³¹⁵ Para Leonardo Medeiros Garcia, o finalismo valoriza os conceitos econômico e subjetivo de consumidor, exigindo que seja destinatário fático e econômico, enquanto o maximalismo leva em consideração os conceitos jurídico e objetivo de consumidor, requerendo apenas que seja destinatário fático. GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. 8. ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 16.

³¹⁶ Afirma Cláudia Lima Marques que “Realmente, depois da entrada do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. MARQUES, Cláudia Lima. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 71. No entanto, existem decisões do STJ seguindo a corrente maximalista, como, a seguir: “A expressão ‘destinatário final’, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida em que o bem adquirido foi utilizado por profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento” (STJ, REsp. 208793/MT, DJ 01/08/2000, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito); assim como: STJ, REsp. 329.587/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., unânime, DJ 24/06/2002; STJ, REsp. 286.441/RS, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ac. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., maioria, DJ 03/02/2003; STJ, REsp. 488.274/MG, Relª Minª Nancy Andrichi, 3ª T., unânime, DJ 23/06/2003.

³¹⁷ “banalización da proteção, que será indiferenciada, uma vez que nem todos os sujeitos são consumidores nesta perspectiva” (traduziu-se). LORENZETTI, Ricardo Luis. *La Relación de Consumo*. In: LORENZETTI, Ricardo Luis; SCHÖTZ, Gustavo Juan (coords.). *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 66.

de produção, transformação ou comercialização de outro produto, mas apenas para uso próprio, logo, a dita Empresa foi considerada consumidora³¹⁸.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, deliberações em vários recursos especiais ensejaram o que se denomina de “finalismo aprofundado”, que significa o seguimento da primeira corrente, externada nas linhas anteriores, mitigada com requisitos facilitadores da identificação da pessoa jurídica consumidora³¹⁹. Em determinadas decisões, muitas delas atuando a Ministra Fátima Nancy Andrighi como relatora, o STJ tem considerado que a qualificação da pessoa jurídica como consumidora exige a conjugação de dois fatores: a) a pessoa jurídica deve ser destinatária final do produto; e b) deve ser realmente vulnerável. Assim, se, por exemplo, uma empresa de grande porte econômico-financeiro adquirisse diversos condicionadores de ar para refrigerar o ambiente local, não servindo como insumo para a sua atividade profissional, caso apresentassem defeitos, não seria aplicado o CDC, pois teria estrutura robusta para ingressar em juízo e se defender³²⁰.

Existem, no entanto, julgados do STJ que tendem a considerar consumidora a pessoa jurídica de pequeno lastro econômico-financeiro que adquira produto ou serviço e o utilize como insumo na sua atividade produtiva. Havendo o consumo intermediário, consistente no fato de que a pessoa jurídica faz uso do bem para a realização de atividade profissional, sendo vulnerável, aplicar-se-ia o CDC³²¹. No Conflito de Competência nº. 41.056, o ministro Aldir Passarinho Junior registrou que se observa certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, em caráter excepcional, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica³²². Entende-se que a fragilidade

³¹⁸ Verificar o mencionado Recurso Especial.

³¹⁹ O ministro Antônio Pádua Ribeiro afirma que a definição de consumidor estabelecida pela 2ª Seção (REsp nº. 541.867) perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, segundo a qual, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no artigo 2º do CDC.

³²⁰ Verificar o julgamento do Supremo Tribunal Federal no caso Teka versus Aiglou, (Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.12.1999, publicada na íntegra na Revista de Direito do Consumidor, v. 34, 2000, p. 253-263).

³²¹ STJ, Resp. 142.042-RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.11.1997; STJ, REsp. 235.200/RD, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 04/12/2000; STJ, REsp. 248424/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 05/02/2001; STJ, REsp. 263721/MA, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 09/04/2001; STJ, REsp. 468.148/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, unânime, DJ 28/10/2003; STJ, REsp. 445.854/MS, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, unânime, DJ 19/12/2003.

³²² “A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe

econômica da pessoa jurídica não pode ser concebida como critério para a definição da configuração ou não do consumidor, discordando-se do posicionamento adotado pelo STJ. Considera-se que, mesmo sendo a pessoa jurídica de exíguo porte econômico, caso não seja destinatária final do produto, não se lhe aplicam as normas contidas no CDC, porém, os demais ditames legais pertinentes lhes darão a proteção adequada e satisfatória.

3.1.4 Kidults e os Subconsumidores ou Consumidores Falhos

A figura do consumidor pode ser analisada sob outros ângulos diversos do jurídico mediante uma abordagem socioeconômica, filosófica e psicológica. Na doutrina nacional, Newton De Lucca, na obra “Direito do Consumidor”, apresenta uma visão interessante sobre o tema e aduz que “o conceito de consumidor não é exclusivo da Ciência Jurídica”, podendo ser estudado “a par de outros eventuais campos do conhecimento humano” e até mesmo sugere que se pode investigá-lo no vasto campo da Literatura, sendo uma tarefa sedutora, mas o resultado aproximar-se-ia de um “mero exercício de erudição do que, propriamente, de contribuição científica para o mundo do Direito”³²³. Em todo e qualquer ambiente, o consumidor estará presente e também nas obras literárias e cinematográficas, porém, sob esse último aspecto, seria pertinente enfocá-lo em material apartado devido à multiplicidade de interessantes situações a pesquisar.

No que concerne ao ângulo filosófico, foi visto, em linhas precedentes, que o mercado de bens simbólicos impõe as suas leis, como salienta Bourdieu, através do “princípio da dominação de uma identidade sobre outra, da negação de uma identidade por outra”³²⁴. É aquilo que Martin Heidegger denomina de *zuhanden*, ou seja, o estilo comum predominante, ditado pela classe mais abastada e que controla os meios de produção e de consumo. Sob o enfoque sociológico, o consumidor estaria alicerçado em um consenso, que não é um acordo real, mas, sim, o entendimento para a adoção do “estilo comunal”, que “não precisa ser procurado, e muito menos *construído*”, já que “esse entendimento já 'está lá', completo e pronto para ser usado – de tal modo que nos

possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação”. STJ, REsp 716877 / SP, Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 23/04/2007, 3ª T., p. 257.

³²³ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 111. Trata ainda o autor sobre o sentido etimológico da palavra “consumir” que provém do termo latino *consumere* e não *consummare*, visto que o primeiro significa “acabar” e o segundo “consumar” (p. 112).

³²⁴ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. 11. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil Ltda, 2007, p. 129.

entendemos 'sem palavras' e nunca precisamos perguntar, com apreensão, 'o que você quer dizer'³²⁵.

Quanto ao aspecto econômico, o consumidor contribuiria para que a produção fosse escoada³²⁶ e a sociedade capitalista prospera enquanto “consegue tornar *perpétua a não-satisfação* de seus membros (e, assim, em seus próprios termos, a infelicidade deles)”³²⁷. Utiliza-se o sistema econômico de um método explícito que, segundo Bauman, visa satisfazer “cada necessidade/desejo/vontade, de tal maneira que eles só podem dar origem a necessidades/desejos/vontades ainda mais novos” - assim, “o que começa com um esforço para satisfazer uma necessidade deve se transformar em compulsão ou vício”³²⁸.

O sentido psicológico, associado a todos os demais, leva à constatação de que os consumidores estão sobre 'esteira hedonista', que não é uma “máquina patenteada para produzir um volume crescente de felicidade”, servindo para desencadear mais insatisfação³²⁹. Para Sennett, o consumo deve ser explicado pelo seu fundamento psicológico e cultural, visto que, por meio da apropriação dos bens de consumo, os indivíduos exteriorizam suas crenças emocionais e atingiriam certo grau de prazer efêmero que se transformará em outras novas necessidades³³⁰.

Essa insatisfação constante tem conduzido os indivíduos a elevarem desejos tão poderosos ao patamar do prazer, transformando-os em necessidades “sintéticas”, dando origem ao neologismo que o psicólogo Schweriner intitula “Necejos”³³¹ - são meros desejos equiparados a necessidades subjetivas que não são reais e que se não forem satisfeitos, leva-os a um grande sofrimento. O autor conclui que “Os Necejos aprisionam as pessoas” e o sistema econômico, através da propaganda e do marketing, as incentiva a ter a posse de mais coisas e a ostentar condição similar aos que dispõem de recursos para andar na moda³³².

Com relação ao aspecto psicológico, deve-se atentar para o *consumidor compulsivo* cujo comportamento está fincado em três pilares: a “compra de bens que

³²⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 15.

³²⁶ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 113.

³²⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 63.

³²⁸ *Ibidem*. *Idem*.

³²⁹ *Ibidem*, p. 62.

³³⁰ SENNETT, R. *A corrosão do caráter*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 43.

³³¹ SCHWERINER, Mario Ernesto René. *Comportamento do Consumidor*. Identificando Necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XI.

³³² SCHWERINER, Mario Ernesto René. *Comportamento do Consumidor*. Identificando Necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XI.

nunca se usam”; a aquisição e bens “que a pessoa possui em quantidade maior do que usa”; e a compra de bens “mesmo que não possa pagar por eles”³³³. O consumismo, para Schweriner, encontra-se entre os “Sete Pecados Capitais do pós-modernismo”, comungando espaço com o individualismo, a hipocrisia, a falsidade, a pressa/falta de tempo e o vazio existencial³³⁴.

Aqueles indivíduos que não conseguem seguir os mesmos passos da cultura de homogeneização imposta pelos grupos detentores de disponibilidade econômico-financeira para tal, são denominados de “consumidores falhos” ou “subclasse” e terminam submetidos a um processo de exclusão social por serem “incapazes de se afiliarem a uma sociedade que exige que os seus membros participem do jogo do consumismo”³³⁵. O triunfo do consumismo desenfreado, segundo Bauman, “individual e individualizante”, sobrepôs-se à 'economia moral' e à 'solidariedade social'³³⁶, proporcionando a infantilização dos adultos e a captura do público infante-juvenil, não se salvando também os que estão na terceira idade.

O enraizamento do consumismo na sociedade pós-moderna transformou muitos adultos em “adolescentes perenes” e, como enuncia Barber, jornalistas que lidam com a cultura *pop*, utilizam interessantes termos para retratá-los, quais sejam: *kidults*, *rejuvenis*, *twixters* e *adultcentes*³³⁷. Na Alemanha, são chamados de *Nesthocker*; os italianos os denominam de *Mammones* e os franceses tratam da “síndrome de *Tanguy*” ou da *puériculture*. No Japão, eles são intitulados de *Freeter* e os indianos os chamam de *Zippies*. Denomina-se tal fenômeno de *wannabe*, que significa “aspirante a ser”, traduzindo-se na “crença generalizada de que qualquer pessoa pode ter, ou fazer, tudo o que quiser, se realmente quiser, de fato”³³⁸.

A pós-modernidade despertou e consolidou a competição desenfreada pelo status, a imitação e o consumo conspícuo³³⁹. O *ethos consumista* consagrou-se, passando o mercado a ser “chamado de Deus” e os shoppings centers tornaram-se as “catedrais do consumo”, onde “os membros da comunidade vão para praticar os

³³³ *Ibidem*, p. 155.

³³⁴ *Ibidem*, p. 188.

³³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 176.

³³⁶ *Ibidem*, p. 183.

³³⁷ BARBER, Benjamin R. *Consumido*. Como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2009, p. 13.

³³⁸ MCKENDRICK, N.; et al. *The birth of a consumer society: the commercialization of eighteenth-century England*. Londres: Europa Publications, 1982, p. 54.

³³⁹ RIFIKIN, J. *A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Makron Brooks, 2004, p. 57.

rituais das compras”³⁴⁰. Uma análise crítica do conceito de consumidor vai muito além daquele previsto no CDC e deve contar com uma visão abalizada dos fatores que influenciam o homem a querer mais e mais além da satisfação das suas necessidades, do conforto e do lazer.

3.2 FORNECEDOR DE BENS DE CONSUMO

O fornecimento de bens de consumo poderá ser concretizado por pessoas físicas ou jurídicas, ou por entes despersonalizados, conforme dispõe o art. 3º, *caput*, do CDC, extraindo-se dessa norma os aspectos essenciais para a compreensão de quem poderá ocupar a posição de fornecedor no mercado. Três esclarecimentos prévios são imprescindíveis: a) o conceito de fornecedor não implica apenas a disponibilização direta de certo produto ou serviço no mercado; b) para ser caracterizado como fornecedor, não é preciso que o sujeito ou a empresa esteja constituída formalmente; c) o profissionalismo e a habitualidade, a despeito de não exigidos pela norma, são presumíveis.

O conceito de fornecedor engloba todos que participem do processo de produção e de comercialização de bens, desde o momento da concepção inicial do produto ou serviço até a sua venda ou entrega ao consumidor. As atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos e prestação de serviços são todas consideradas fornecimento. Categorias específicas de fornecedores surgem a depender das atividades desenvolvidas para a geração de certo produto ou serviço. Podem ser enumeradas as seguintes: a) fornecedores *preliminares*; b) fornecedores *intermediários*; c) fornecedores *finais, diretos* ou *imediatos*; e d) fornecedores *metafóricos* ou por *equiparação*³⁴¹.

Os produtos e serviços, antes de serem apresentados para o público consumidor, passam por diversas etapas, a depender da natureza e da constituição de cada um. A criação de determinado bem de consumo, exceto os produtos *in natura* – aqueles extraídos diretamente da natureza sem ser submetidos a qualquer processo de industrialização, depende de um planejamento prévio. Serão assim fornecedores os que idealizam o bem e aqueles que o produzem, lançando mão das técnicas pertinentes para materializá-lo; os que atuam na fase inicial de elaboração das premissas básicas para originá-lo são os fornecedores *preliminares*.

³⁴⁰ SOLOMON, Michael. *O comportamento do consumidor*. Comprando, possuindo e sendo. Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 382.

³⁴¹ Leonardo Roscoe Bessa utiliza a expressão “fornecedor por equiparação”. BESSA, Leonardo Roscoe. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

São citados, como exemplos, empresas de arquitetura, engenharia, designers de produtos etc. Eles, em geral, não colocam o bem no mercado, mas, se houver vícios que os maculem, são também responsáveis pela situação.

Traçado o planejamento para a criação de um produto ou a prestação de um serviço, transpõe-se para a fase de produção em si; a montagem e a construção são tarefas que se verificam nessa etapa - são os fornecedores intitulados de *intermediários*, posto que entram em ação exatamente após a fase inicial. É possível que certo bem já tenha sido finalizado e seja submetido a um processo de transformação, como, por exemplo, o papel reutilizado no processo de reciclagem para posterior revenda - os que atuam nesse processo são fornecedores intermediários. Quando uma pessoa jurídica ou física importa um produto ou uma técnica para a prestação de serviços no Brasil, detectando-se problemas em prejuízo dos consumidores, não deixa de ser enquadrada como fornecedora *intermediária* ou *fictícia*. O exportador de bens de consumo, mesmo que não tenha sido o seu produtor, terá responsabilidade diante de vícios que o afetem.

A distribuição dos bens de consumo é outra diligência intermediária que caracteriza aquele que a concretiza como fornecedor. Pessoas físicas ou empresas que realizam o transporte e a entrega de mercadorias para os adquirentes, ou mesmo as que fazem o traslado, para que outrem efetive a entrega, são fornecedoras intermediárias. É fácil perceber que o comerciante é o *fornecedor direto, final* ou *imediate* dos produtos e serviços, pois é ele quem o insere no mercado e que mantém o contato com o público para vendê-lo.

Utiliza-se a expressão *fornecedor metafórico* para indicar certos entes ou figuras que não são os verdadeiros responsáveis por produtos e serviços colocados no mercado de consumo, desempenhando, contudo, atribuições fundamentais que guardam ligação com a atividade econômica em si. A metáfora é uma figura de linguagem em que se designa um ser por outro nome, para indicar uma qualidade que não aparece, mas que pode ser subentendida³⁴². Por tal razão, como assinala Leonardo Roscoe Bessa, aqueles devem ser equiparados aos fornecedores, ampliando-se a incidência do CDC. As autarquias reguladoras dos produtos e serviços, quando aquiescem com práticas e cláusulas abusivas, podem ser acionadas, juntamente, com o fornecedor real. Pessoas jurídicas contratantes de planos de saúde para os seus vinculados (associados, empregados etc.), que não zelam

³⁴² Conceito extraído do Dicionário Houaiss. Acesso em 01.07.2013.

para que o contrato seja cumprido devidamente, também se equiparam ao fornecedor direto³⁴³.

Todas as pessoas naturais são sujeitos a direitos e deveres na ordem civil e, não havendo as restrições absolutas previstas no art. 3º da Lei n. 10.406/02 (Novo Código Civil), ou as de cunho relativo registradas no art. 4º daquele mesmo diploma legal, poderão concretizar atos de fornecimento de produtos e de serviços. Os comerciantes de fato são pessoas físicas que, mesmo não atendendo aos ditames que regulamentam a atividade, como, v.g., os camelôs, vendedores ambulantes etc fazem parte do universo comercial e são fornecedores.

As pessoas jurídicas, de direito público, interno ou externo, e de direito privado podem ser fornecedoras de produtos e serviços. Dessa forma, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as autarquias e demais entidades de caráter público criadas por lei, na qualidade de pessoas jurídicas de direito público interno, podem ofertar bens no mercado, como será visto, em tópico específico³⁴⁴³⁴⁵. Empresas e outras pessoas jurídicas regidas pelo direito internacional público, conforme previsto pelo art. 42 do NCC, bem como os Estados estrangeiros, são pessoas jurídicas de direito externo e podem disponibilizar bens de consumo para brasileiros.

Subdivididas, hodiernamente, em associações, sociedades e fundações, as pessoas jurídicas de direito privado desempenham um intenso e importante papel no fornecimento de bens de consumo³⁴⁶, especialmente as segundas, diante do sistema capitalista em vigor no País. As sociedades, independentemente da forma de sua constituição, voltam-se para a obtenção de lucro através da disponibilização de produtos e serviços no mercado de consumo. As associações e fundações, no entanto, nem sempre estão imbuídas do propósito de alcançar dividendos em excesso para acumulação. Podem até desejar e conseguir lucro, mas serão revertidos para o desempenho das missões assumidas pelos próprios entes.

O importante para a identificação da figura do fornecedor não é a busca específica pelo lucro e, sim, o desempenho de uma atividade econômica no mercado de consumo, através de remuneração direta ou indireta. A igreja, o centro espírita ou evangélico que venda produtos ou execute serviços para arrecadar fundos e manter a estrutura vigente serão

³⁴³ O autor cita ainda como exemplos os bancos de dados e o estipulante (ou empregador) dos seguros de vida em grupo. BESSA, Leonardo Roscoe. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

³⁴⁴ Ver os arts. 40 e 41 do NCC.

³⁴⁵ Dispõe o art. 43 do NCC que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

³⁴⁶ Verificar o quanto disposto no art. 45, incisos I a III, do NCC.

fornecedores. Do mesmo modo, uma associação comunitária, que desenvolva atividades comerciais, ou uma fundação que, por exemplo, preste serviços privados de assistência à saúde, enquadram-se no conceito de fornecedor³⁴⁷.

Com relação às sociedades, por fazerem parte do setor econômico, não se discute se praticam atos de comércio com habitualidade e profissionalismo, até porque, em caso contrário, não teriam a credibilidade dos consumidores. A empresa que, v.g., predispõe-se a vender uma mercadoria, principalmente, um bem durável, deverá garantir ao adquirente a sua qualidade e a assistência técnica correspondente. Faz-se necessário que não pratique atos isolados no mercado e os concretize com profissionalismo, realizando-os com competência e eficiência. A oferta do bem de consumo (produto e/ou serviço) exige um conhecimento específico do fornecedor que, diretamente, ou através de seus funcionários ou prepostos, demonstra habilidade para tal atividade.

Não se deve olvidar que os entes despersonalizados também podem desenvolver atividades no setor de fornecimento de produtos e serviços. Tendo uma empresa ingressado em estado de falência, a massa composta por ativos e passivos pode continuar a fornecer bens de consumo, inclusive, com vistas à tentativa de recuperação financeira e econômica. Um grupo familiar, desde que estruturado para tal, tem a possibilidade de ofertar produtos no mercado de consumo. O mesmo pode-se afirmar com relação ao espólio, uma vez que, tendo o *de cuius* deixado uma empresa, o inventariante, ou o arrolante, poderá, caso tenha interesse, dar continuidade às atividades comerciais.

Note-se que a habilidade do fornecedor impede que seja tratado como vulnerável, pois, segundo Jean Calais-Auloy e Jean Steinmetz, o profissional é a pessoa física ou moral que atua dentro de um quadro de atividade habitual e organizada de produção, de distribuição ou de prestação de serviço³⁴⁸. Tal caráter habitual e organizado da atividade empreendida pelo fornecedor gera a força do profissional e, desta forma, na sua especialidade, “ele é mais competente que o consumidor”. O desequilíbrio natural entre a situação do fornecedor e a do consumidor justifica a aplicação do Direito das Relações de Consumo. A superioridade técnica do fornecedor de serviços, ainda que pessoa física, afasta a ideia de subordinação com

³⁴⁷ “Sociedade civil sem fins lucrativos de caráter beneficente e filantrópico. Prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e jurídicos a seus associados. Relação de consumo caracterizada. Possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor” (STJ, REsp. 519.310-SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 24/05/2004).

³⁴⁸ “O profissional é a pessoa física ou moral que age dentro do quadro de uma atividade habitual e organizada de produção, de distribuição, ou de prestação de serviços”. (...) É o caráter habitual e organizado da atividade que atribui a força ao profissional: ele é, na sua especialidade, mais competente que o consumidor. Assim, existe um desequilíbrio que justifica a aplicação do direito das relações de consumo” (traduziu-se). CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 2.

relação ao consumidor³⁴⁹. Assinala Minervini “que la persona fisica che, in relazione ai contratti oggetto della presente sezione, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale”³⁵⁰, é considerada fornecedora.

É importante atentar que a habitualidade deve ser dispensada para a caracterização do fornecedor quando uma pessoa física ou jurídica inidônea aparece em certo mercado e oferta produtos ou serviços inadequados para o consumo. Determinada operadora de plano de saúde que, por exemplo, sem o aval da Agência Nacional de Saúde Suplementar -ANS, venda inúmeros planos de saúde para consumidores em curto espaço de tempo e, logo após, desapareça e não preste serviço algum, deve ser concebida como fornecedora. Apesar de não ter estendido as atividades de comercialização de planos de saúde por longo período, a quantidade de pessoas lesadas exige a aplicação do Código de Proteção ao Consumidor.

Na Comunidade Econômica Europeia, países, como a França, a Itália e a Alemanha, exigem, de modo expreso, a habitualidade e o profissionalismo como requisitos para a análise da figura do fornecedor³⁵¹. Como dito alhures, uma associação ou uma fundação, mesmo que não tenha a meta direta e expressa de conseguir lucro, tem que agir habitualmente e com profissionalismo, pois caso, por exemplo, venda roupas novas doadas em quermesses semestrais, não serão fornecedoras. Diferente será se, diariamente, ou em períodos mais espaçados, no entanto, habituais, disponibilizar mercadorias para a comunidade adquiri-las de forma onerosa.

A Lei n. 8.078/90 não registra um conceito de relação de consumo e indica apenas quem são os participantes, podendo induzir à equivocada conclusão de que qualquer produto ou serviço, adquirido onerosamente por alguém, como destinatário final, em face de uma pessoa jurídica, será regido pelas normas que a compõem. Providência imprescindível será a averiguação da posição do adquirente com relação ao suposto fornecedor, levando-se em consideração a existência de um vínculo jurídico específico entre estes e se há a participação daquele na estrutura organizacional do segundo.

O problema circunscreve-se à contratação remunerada de serviços ou à aquisição de produtos entre pessoas físicas e pessoas jurídicas diversas das sociedades, que atuam no campo empresarial, industrial e comercial. São as cooperativas, as associações e as fundações

³⁴⁹ FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 142.

³⁵⁰ “A pessoa física que, com relação ao contrato objeto desta seção, age dentro do quadro da atividade profissional”. MINERVINI, Enrico. *Tutela del Consumatore e Clausole Vessatorie*. Milão: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 36.

³⁵¹ Consultar: CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 2; MINERVINI, Enrico. *Tutela del Consumatore e Clausole Vessatorie*. Milão: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 36; LORENZ, Stephan. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB 2002)*. Sonderausgabe, Schuldrechtsreform, Neues Recht/Alter Recht. München: Verlag C. H. Beck, 2002, seit 62.

que constituem o palco de dúvidas e questionamentos sobre os bens disponibilizados para aqueles que integram a sua própria estrutura. Saliente-se que podem ser fornecedoras quando ofertam bens de consumo para a comunidade em geral, ou seja, para aquelas pessoas físicas e jurídicas que não fazem parte dos seus quadros organizacionais. Anteriormente, afirmou-se que podem atuar no mercado de consumo, ainda que não persigam lucros, mas diante de interessados que não mantenham laços jurídicos diretos com a própria pessoa jurídica.

A Lei Federal n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, definiu a Política Nacional do Cooperativismo e instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas, trazendo conceitos que ilidem indagações sobre o vínculo estabelecido entre os associados e a entidade. Dispõe o art. 4º que as cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, constituídas para prestar serviços aos associados. No entanto, tais serviços são concretizados através dos denominados atos cooperativos para a consecução dos objetivos sociais, consoante disposto pelo art. 79, não se confundindo com a relação de consumo, ainda que haja remuneração.

As ilações são eliminadas quando se analisa o parágrafo único do citado art. 79, qual seja “*O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria*”. Ora, a própria lei exclui a possibilidade de haver negócio jurídico de natureza consumerista entre o cooperado e a cooperativa e não se pode olvidar que, dentre as características que a distinguem das demais sociedades, está a adesão voluntária dos associados. Isto significa afirmar que o cooperado ingressa por sua livre e espontânea vontade na entidade e tem responsabilidade pela variabilidade do capital social representado por quotas-partes.

Compete ao associado, no decorrer da Assembleia Geral Ordinária, verificar a prestação de contas dos órgãos de administração e eleger dos componentes dos órgãos de administração, do Conselho Fiscal e de outros, quando for o caso³⁵². Se o cooperado deve escolher quem dirigirá e fiscalizará a entidade, não poderá questionar como consumidor os atos destes nem os serviços prestados à luz do CDC. Até mesmo as despesas da sociedade serão cobertas pelos associados mediante rateio na proporção direta da fruição de serviços, de acordo com art. 80, e serão responsáveis para com terceiros, como membros da sociedade, em caráter subsidiário. Dessa forma, qualquer insatisfação do associado diante dos atos da

³⁵² Analisar o art. 44 da Lei n. 5.764/71.

cooperativa terá que ser solucionada na esfera judicial mediante a aplicação das normas cíveis e não consumeristas³⁵³.

O condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias foram disciplinados pela Lei Federal n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e aqueles que são proprietários ou inquilinos de unidades não são consumidores, mesmo que paguem para adquirir certo produto ou se beneficiarem de serviços. O morador integra a estrutura jurídica do próprio condomínio e não pode ser concebido, ao mesmo tempo como consumidor e fornecedor, pois sua figura confunde-se com a própria entidade. Ademais, dispõe o art. 12 daquela lei que cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio. O art. 24 trata da assembleia geral ordinária dos condôminos que versará sobre a prestação de contas e a eleição do síndico – o que demonstra que participam ativamente da administração do ente. Dessa forma, se um condomínio presta, mediante remuneração, aulas de natação para os moradores e para pessoas não residentes, havendo vícios no serviço, os primeiros solucionarão a problemática com base nas normas cíveis e os segundos, estes, sim, são consumidores³⁵⁴.

Situação idêntica acontece com as associações, as fundações e os seus integrantes, pois fazem parte da estrutura desses entes jurídicos. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, conforme disposto pelo art. 53 do NCC. As fundações são pessoas jurídicas que nascem de uma dotação especial de bens livres destinados pelo instituidor para fins específicos, nos termos do art. 62 desse mesmo diploma legal. A nota distintiva de tais entidades é que as primeiras originam-se da simples reunião de pessoas, não sendo necessário um patrimônio específico para a sua criação; já as segundas advêm de massa patrimonial para o desenvolvimento de fins sociais³⁵⁵.

Associações e Fundações podem disponibilizar bens para os seus vinculados, inclusive através de remuneração, porém, tal relação não se caracteriza como relação de consumo e as contendas advindas devem ser pacificadas com base nas normas cíveis e não com a aplicação

³⁵³ O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, no Agravo Regional interposto no Agravo de Instrumento 1224838/DF, entendeu que “A cooperativa de crédito integra o sistema financeiro nacional, estando sujeita às normas do CDC” (STJ, AgRg no Ag. 1224838/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Dje 15/03/2010). Considera-se, no entanto, que a presença do cooperado, no âmbito da própria entidade, deveria suscitar a aplicação de normas cíveis e não consumeristas.

³⁵⁴ “Não é relação de consumo a que se estabelece entre os condôminos, relativamente às despesas para manutenção e conservação do prédio e dos seus serviços” (STJ, REsp. 187502/SP, DJU 22/03/1999, p. 12, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18/02/1999, 4ª T.). Analisar também: STJ, REsp. 441.873-DF, Rel. Min. Castro Filho, j. 19/9/2006, *Informativo* 297; STJ, Resp. 650.791-RJ, Rel. Min. Castro Meira, 6/4/2006, *Informativo* 280.

³⁵⁵ Sobre o assunto, consultar: GOMES, Orlando Gomes. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. M. C. de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. PLANIOL, Marcel Fernand. *Traité élémentaire de Droit Civil*. Paris: Librairie Gen. Droit et Jurisprudence, 1919, v. I.

do CDC. Caso a entidade venda um produto ou preste um serviço para pessoas que não estão atreladas à sua estrutura social, ensejará o reconhecimento da relação de natureza consumerista.

Consumidor e fornecedor devem estar situados em estruturas apartadas e distintas, acentuando Bruno Miragem que podem ser imaginados três círculos, estando no primeiro, um civil, e no outro, um comerciante, um profissional fornecedor de produtos e serviços e no meio de ambos, mais um círculo, fazendo a interseção com os demais. O primeiro círculo, ao ser analisado isoladamente, seria regido pelas normas cíveis; no segundo, estariam presentes as normas comerciais; o círculo que faz o intercâmbio entre os outros seria arregimentado pelas normas consumeristas. O direito do consumidor, relata o doutrinador, seria o círculo do meio, envolvendo os demais, “pois, no momento em que este civil adquire ou usa como destinatário final um produto ou serviço do outro fornecedor, ele se torna consumidor, e este ato misto, entre um civil e um comerciante”, terá que ser regulado pela Lei n. 8.078/90³⁵⁶. Tal observação é sempre feita para demonstrar os motivos pelos quais aqueles que estão vinculados às cooperativas, condomínios, associações e fundações não são consumidores.

3.3 OBJETO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A complexidade da vida pós-moderna, gerada pela industrialização e os avanços tecnológicos, fez surgir, no mercado de consumo, uma multiplicidade de produtos e serviços que apresentam características variadas. São tantos bens e serviços distintos cujas particularidades dependem da lógica da oferta, da forma específica assumida pela concorrência entre os produtores e da demanda e dos gostos dos consumidores³⁵⁷. A cultura de consumo “associou a satisfação à estagnação econômica: nossas necessidades não podem ter fim”, devem ser insaciáveis e, dessa forma, inúmeros bens são lançados, com uma enorme velocidade, no mercado de consumo³⁵⁸.

O *Homo consumidor*, afirma Lipovetsky, “presta culto a um deus tão derrisório quanto fascinante: mercadoria efêmera”³⁵⁹ e os fornecedores estão ávidos

³⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67.

³⁵⁷ BOURDIEU, Pierre. *A Distinção. Crítica social do julgamento*. Trad. Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: EDUSP, 2008, p. 95.

³⁵⁸ SLATER, Dan. *Consumer Culture and Modernity*. São Paulo: Nobel, 2002, p. 100.

³⁵⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 369.

para criarem produtos e serviços novos e diversificados. Deseja-se atribuir à realidade uma aparência espetacular baseada no lema “O que aparece é bom, o que é bom aparece”³⁶⁰. A cada instante, bens de consumo são criados e ofertados no mercado e os indivíduos estão sempre na mira da sua conquista – adquirir de forma dinâmica e constante é o objetivo que se pretende despertar em todos.

Diante da multiplicidade de bens de consumo, podem ser objeto das relações entre fornecedor e adquirente/usuário os móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, bem como atividades remuneradas, conforme dispõem os parágrafos 1º e 2º do art. 3º, do CDC. O conceito de bens é extraído do Livro II do Código Civil Pátrio, realizando-se um intercâmbio entre os ramos jurídicos civil e consumerista através da teoria do diálogo das fontes desenvolvida pelo Professor Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg³⁶¹. A aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes é defendida pelo Autor³⁶². Há ‘diálogo’, segundo Cláudia Lima Marques, porque existem influências recíprocas, verificando-se “aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou, mesmo, permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato”³⁶³.

A suposta colisão ou conflito entre a Lei n. 8.078/90 e o posterior Novo Código Civil de 2002 é expurgada através da aplicação da teoria do diálogo das fontes, não havendo a predominância literal de uma lei sobre a outra e a consequente exclusão do sistema através da ab-rogação, derrogação ou revogação³⁶⁴. O fundamento da teoria é a busca constante de harmonia e de coordenação entre as normas do ordenamento jurídico concebido como sistema e, não, a exclusão destas – aduz Nathalie Sauphanor³⁶⁵. Para Cláudia Lima Marques, três diálogos devem ser estabelecidos entre o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Código Civil: o “diálogo sistemático de coerência”; o “diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade”; e o “diálogo de influências recíprocas sistemáticas”.

³⁶⁰ DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 16.

³⁶¹ JAYME, Identité culturelle et integration: le droit internationale privé posmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Kluwer, Doordrecht, 1995, vol. 2.

³⁶² No Brasil, a teoria foi introduzida por Cláudia Lima Marques. MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 609 a 738.

³⁶³ MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 609 a 738.

³⁶⁴ *Ibidem*, idem.

³⁶⁵ SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000, p. 23.

Entre o CDC e leis especiais, devem ocorrer os dois primeiros referidos diálogos, mas o último deve ser substituído pelo “diálogo de adaptação ou coordenação”³⁶⁶.

Com base no “diálogo sistemático de coerência”, na aplicação simultânea de duas leis, uma pode servir de base conceitual para outra, principalmente, “se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema específico, não completo materialmente”³⁶⁷ – é o que se evidencia entre o CDC e o CC quando o conceito de objeto de consumo é obtido através das normas cíveis vigentes. De acordo com o “diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade”, na aplicação coordenada de duas leis, normas e princípios de uma podem servir para a solução de antinomias aparentes ou reais. O “diálogo das influências recíprocas sistemáticas” pode ser vislumbrado no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei, afirmando Cláudia Lima Marques que, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do Código Civil, “uma vez que esta vem justamente para regular as relações entre iguais”, ou seja, é a “influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)”³⁶⁸. Diante do exposto, os conceitos de produto e de serviços são obtidos através do contato entre o CDC e o CC.

Tendo esta tese o objetivo de analisar o desconhecimento da população brasileira no que concerne à garantia legal dos bens de consumo, não se pode deixar de externar aspectos básicos sobre os produtos e serviços que podem ser objeto dos negócios jurídicos empreendidos entre fornecedores e consumidores. Cumpre sublinhar que a garantia legal não se limita apenas aos produtos, aplicando-se, também, aos serviços, assim como não se atém tão somente aos objetos duráveis, estando os consumidores também protegidos com relação à qualidade dos itens não duráveis. Justifica-se, assim, a necessidade de os conceitos de produtos e serviços serem expostos neste trabalho, assinalando-se as questões polêmicas que os atingem.

3.3.1 Noção de Produto

Segundo o parágrafo primeiro do art. 3º do CDC, produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imóvel que seja ofertado no mercado de consumo mediante remuneração

³⁶⁶ Ibidem, idem.

³⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 609 a 738.

direta ou indireta. O Livro II do NCC disciplina diferentes classes de bens, dividindo-os em bens considerados em si mesmos (móveis, imóveis, fungíveis e consumíveis, divisíveis, singulares e coletivos), reciprocamente considerados (principais e acessórios) e públicos. Todos aqueles que podem ser apreendidos, segundo as normas cíveis, são considerados bens de consumo.

As espécies de bens classificadas no Código Civil servirão para a análise de diversos problemas que ocorrem nas relações de consumo, sendo de grande importância compreendê-las e dominá-las para a aplicação no campo prático. O conceito de bens necessariamente jungidos e daqueles que podem ser apartados, por exemplo, é de grande importância para que o operador do direito chegue à conclusão se o fornecedor, ao vendê-los somente unidos, pratica a chamada “venda casada” ou não³⁶⁹. Quando alguém compra um aparelho de som e é obrigado a pagar, à parte, pelas caixas que possibilitam que ecoe, verifica-se que houve dissociação indevida. Já quando o consumidor solicita um empréstimo e é induzido, ou forçado, a contratar um seguro, tem-se a reunião forçada de dois bens que não estão naturalmente unidos.

No que concerne à compra e venda de imóvel, havendo a destinação final desse, não o adquirindo o indivíduo para reutilizá-lo em atividade econômica, aplicam-se as normas constantes no CDC. Quanto à locação predial urbana, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que, por ser regulada por legislação própria, qual seja a Lei n. 8.245/91, não seria regida pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor³⁷⁰. No entanto, quando o contrato de locação é celebrado através da intermediação de administradora, o STJ tem concebido como aplicável o microsistema consumerista, como se pode verificar da análise do Recurso Especial 614981/MG, atuando como relator o Ministro Félix Fischer³⁷¹. O assunto, porém, não se encontra pacificado no âmbito desse Tribunal, pois, no AgRg no Ag 590802/RS, tendo como relator o Ministro Nilson Naves, DJ 14/08/2006, restou deliberado que quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações locatícias, as Turmas que compõem a Terceira Seção “têm jurisprudência, no sentido de que as disposições contidas na

³⁶⁹ Dispõe o art. 39, inciso I, do CDC que constitui prática abusiva, conhecida como “venda casada”, vincular a venda de um produto ou serviço a outro que não esteja interligado àquele e que o consumidor não tenha a pretensão de adquiri-lo ou contratá-lo.

³⁷⁰ “Consoante iterativos julgados desse Tribunal, as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor não são aplicáveis ao contrato de locação predial urbana, que se regula por legislação própria – Lei n. 8.245/1991” (STJ, REsp. 280577/SP, 6ª Turma, DJU 23/04/2001, p. 195, Rel. Min. Vicente Leal, j. 26/03/2001).

³⁷¹ STJ, REsp. 614981/MG, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 26/09/2005.

Lei n. 8.078/90 não são aplicáveis ao contrato de locação predial urbana, que se regula por legislação própria, a saber, a Lei n. 8.245/91³⁷².

No Brasil, o legislador infraconstitucional deliberou por definir, especificamente, em que consiste o produto que pode ser objeto das relações de consumo. Na Alemanha, o parágrafo 13 do BGB apenas faz alusão à conclusão de um negócio jurídico, não especificando o que seja o produto³⁷³. O Código de Consumo Italiano, no art. 3º, alínea “e”, conceituou produto como todo bem disponibilizado, a título oneroso ou gratuito, no setor comercial, independente do fato de que seja novo ou usado, excluindo apenas as peças de antiquário ou reutilizadas para outro fim³⁷⁴. Na França, adotou-se a mesma definição constante no Código Civil³⁷⁵.

3.3.2 Prestação de Serviço

Segundo o parágrafo 2º do aludido dispositivo 3º do CDC, serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, de crédito e as securitárias, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Para Jean Calais-Auloy, a noção de serviço é bastante vaga, pois designa toda prestação que poderá ser fornecida a título oneroso, mas que não corresponde a um bem corporal³⁷⁶. Não se deve confundir serviço com a fruição de bens culturais, como, por exemplo, assistir competições esportivas, espetáculos, shows etc. A noção de serviço encontra-se vinculada a um benefício palpável ou perceptível, como, por exemplo, o conserto de um produto eletrônico ou a realização de assepsia em certo local. No caso do entretenimento, acima citado, o consumidor usufrui de um aspecto cultural e não material.

Os contratos de incorporação imobiliária são submetidos às regras da Lei n. 8.078/90, havendo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido. No REsp. 80036/SP, DJU 25/03/1996, p. 86, atuando como Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar,

³⁷² Entende-se que não é a presença do profissional da área de corretagem ou de pessoa jurídica especializada no ramo que irá definir a aplicação ou não do CDC, tornando-se imprescindível a averiguação do grau de vulnerabilidade do consumidor. Sendo uma pessoa jurídica, dificilmente, haveria a possibilidade de aplicação das normas consumeristas, já que o aluguel do imóvel seria para o desempenho da própria atividade econômica. A pessoa física, na condição de inquilina, caso apresente uma vulnerabilidade intensa, principalmente, sob o aspecto econômico, jurídico e informacional, poderia ensejar a incidência do diploma legal consumerista. Para Jorge Mosset Iturraspe, a locação de imóveis é um contrato de consumo. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 20.

³⁷³ LORENZ, Stephan. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB 2002)*. Sonderausgabe, Schuldrechtsreform, Neues Recht/Alter Recht. München: Verlag C. H. Beck, 2002, seit 62.

³⁷⁴ ALPA, Guido (cura di). *Codice del Consumo e del Risparmio*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 16.

³⁷⁵ PICOD, Yves. *Code de la Consommation commenté*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2007, p. 23.

³⁷⁶ CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 47.

considerou-se que o contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei n. 4.591/1964), “mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais, que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva”³⁷⁷.

3.3.2.1 Atividades de Natureza Bancária e Financeira

Na sociedade pós-moderna, inúmeros consumidores utilizam-se das atividades geridas pelas instituições financeiras, apresentando inegável importância para o fomento do setor econômico e para a sociedade em geral. Atualmente, grande parcela da população, que dispõe de um padrão médio de sobrevivência, não mais objetiva utilizar-se do numerário disponível para arcar com as obrigações pecuniárias de forma direta. Tal situação denota-se impraticável diante das inúmeras transações que são efetivadas pelos consumidores na vida cotidiana em decorrência de extensa gama de produtos e serviços adquiridos.

A importância das atividades bancárias apresenta-se indiscutível em face da impossibilidade prática de os indivíduos fazerem uso da pecúnia, de modo seguro e cômodo, diretamente junto aos fornecedores. Ademais, em diversas oportunidades, os consumidores necessitam recorrer às instituições financeiras para adquirir crédito, com o desiderato de atender a finalidades diversas. Como acentua Rives-Lange “Os bancos desempenham igualmente um papel primordial de intermediários nos pagamentos: a moeda escritural ocupa um lugar mais importante que a manual”³⁷⁸.

O Sistema Financeiro Nacional foi estruturado pela Lei n. 4.595/64 e encontra-se composto pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), Banco Central do Brasil³⁷⁹, Banco do Brasil S/A, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e demais instituições públicas e privadas que laboram no ramo. Os bancos públicos, mantidos pelo Governo Federal ou pelo Poder Público Estadual, são encarregados de executar respectivamente a política creditícia da União ou da unidade federativa gestora.

A estruturação do Sistema Financeiro Nacional demonstra que, no Brasil, adota-se o regime intervencionista, seguindo a trilha das normas constitucionais dirigentes que norteiam

³⁷⁷ Julgamento em 12/02/1996 pela Quarta Turma do STJ.

³⁷⁸ RIVES-LANGE. *Droit Bancaire*. Paris: Dalloz, 1975, p. 10.

³⁷⁹ Em 1921, iniciou-se no Brasil a intervenção do Poder Público no sistema financeiro, através do Decreto n. 14.728, vindo a ser substituído pelo Decreto-lei n. 7.923, de 2 de fevereiro de 1945, que criou a SUCOM. Em seguida, esse diploma foi alterado pelo Decreto-lei n. 9.140, de 5 de abril de 1946, que, por fim, terminou sendo revogado pela Lei n. 4.595/64.

a política econômica do País³⁸⁰. Ao Conselho Monetário Nacional compete formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social³⁸¹. O Banco Central cumpre as prescrições legais e normas baixadas pelo CMN, bem como exerce o controle das atividades e das operações bancárias. Já o Banco do Brasil exerce a função precípua de agente financeiro do Tesouro Nacional, recepcionando e gerindo as importâncias provenientes de arrecadação de tributos ou rendas federais e o produto das operações de crédito da União, por antecipação da receita orçamentária ou a qualquer título³⁸². O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) atua como o principal agente da política de investimento do Governo Federal.

Adotando uma concepção sincrética, embasada nos elementos subjetivo e objetivo, Sérgio Covello³⁸³ define o contrato bancário como “o acordo entre Banco e cliente para criar, regular ou extinguir uma relação que tenha por objetivo a intermediação do crédito”. Nessa senda, observa-se que todo e qualquer contrato bancário tem como elementos fundamentais os sujeitos, quais sejam as instituições financeiras e os clientes, e, na condição de objeto, o crédito. Ripert³⁸⁴ assevera que “Os Bancos dispensam o crédito no sentido econômico da palavra, e todas as operações que fazem têm por objetivo o crédito”. Orlando Gomes afirma que “Os negócios realizados pelos bancos, no exercício de sua atividade mercantil, chamam-se operações bancárias, se a função é creditícia”³⁸⁵.

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) disciplinou os contratos bancários, anteriormente regidos pelo Código Comercial, dispondo, no art. 120, que “as operações de Banco serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código”. Destaca Nelson Abrão³⁸⁶ que o texto aprovado do Código Civil “não inovou no seu conteúdo do moderno direito bancário, e muito menos na administração de elementos convergentes à formação do negócio jurídico”.

Irresignada com a previsão de que os contratos bancários seriam regidos pelas normas constantes na Lei n. 8.078/90, a Confederação Nacional das Instituições Financeiras –

³⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 492-493.

³⁸¹ Ver o art. 2º da Lei n. 4.595/64.

³⁸² Nelson Abrão aduz que “O Banco do Brasil também realiza pagamentos e suprimentos necessários à execução do orçamento geral da União, além de conceder aval, fiança e outras garantias, conforme expressa autorização legal”. ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

³⁸³ COVELLO, Sergio Carlos. *Contratos Bancários*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora de Direito (LEUD), 2001, p. 45.

³⁸⁴ RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Trad. Gilda G. de Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947, p. 45.

³⁸⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 382.

³⁸⁶ ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

CONSIF propôs a ADIn n. 2591. Questionou que o Sistema Financeiro Nacional apenas poderia ser regulamentado por lei complementar e que o Banco Central já havia editado as normas de defesa do consumidor bancário através das Resoluções 2878/2001 e 2892/2001. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a mencionada Ação de Inconstitucionalidade sob a justificativa de que o CDC traçou normas de conduta e não de organização do aludido Sistema e, através da Súmula 297, editada em 2004, reconheceu que “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”³⁸⁷.

Os juros estabelecidos pelas instituições financeiras, diante da inadimplência dos consumidores, têm suscitado múltiplas e infundáveis demandas, já que são utilizados percentuais altamente abusivos para fixá-los. As instituições financeiras, após intenso *lobby* junto ao Congresso Nacional, conseguiram que fosse alterado o art. 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional n. 41/2003. Tal dispositivo estabelecia que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderiam ser superiores a doze por cento ao ano, sendo que a cobrança acima deste limite seria conceituada como crime de usura. A nova redação do citado artigo prevê, tão somente, que o sistema financeiro nacional deve promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade.

Indaga-se: como poderá o sistema financeiro zelar pelos interesses e direitos dos contratantes se a própria Lei Maior foi alterada para atender aos anseios escusos das entidades que o compõem? Infelizmente, o Brasil, diferentemente de muitos países que atuam de modo intervencionista no campo financeiro, corroborou com o favorecimento da classe financeira, modificando um dispositivo que trazia segurança para os milhares de contratantes dos produtos e serviços bancários. Scavone Junior³⁸⁸ argumenta que a usura pecuniária encontra-se ligada à cobrança de juros exorbitantes, “acima dos limites impostos legalmente para cada caso, o que provoca a nulidade do excesso, que deve ser restituído, às vezes em dobro, nos termos do Código de Defesa do Consumidor”.

As atividades bancárias, contratadas pelos consumidores, são serviços regidos pelo

³⁸⁷ Verifique-se parte da decisão do Supremo Tribunal Federal naquela Adin: “1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor” (STF, Adin n. 2.591, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 29/09/2006, com ementa modificada em Bem. Decl. j. 14/12/2006). Vislumbra-se que a jurisprudência do STJ é unânime quanto à aplicação do CDC aos contratos bancários: “Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, parágrafo 2º, da Lei n. 8.078/90, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor” (STJ, AGA 152497/SP, Relª Minª Nancy Andriahi, DJ 28/05/2001).

³⁸⁸ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 421.

Código de Proteção e Defesa do Consumidor e, dessa forma, todos os preceitos do microsistema consumerista lhes são aplicáveis. A garantia legal assegurada pelo CDC para os bens de consumo incidirá sobre os contratos bancários, podendo os consumidores, com base em seus ditames, exigir que cláusulas abusivas sejam eliminadas ou revistas com base na cláusula geral da boa fé objetiva e do princípio do equilíbrio.

3.3.2.2 Atividades de Crédito

A concessão de crédito pode ocorrer mediante contratos de financiamento, mútuo e utilização de cartões de crédito, sendo todos regidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. No que diz respeito ao contrato de mútuo firmado entre o interessado e o Sistema Financeiro Habitacional, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que se aplica o CDC, “eis que retrata uma relação de consumo existente entre os mutuários e o agente financeiro do SFH” (STJ, REsp. 688397/PR; Rel. Min. Castro Meira, DJ 23/05/2005). Entretanto, quando o contrato possuir a cláusula do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS), caracterizadora da presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, não se aplica o CDC (STJ, REsp. 489701/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 16/04/2007).

A aquisição de produtos e serviços por meio de cartões de crédito tornou-se extremamente frequente e, nos dias atuais, tal instrumento de pagamento pode ser considerado como o mais utilizado pelos consumidores que dispõem de aparato financeiro para possuí-lo. Segundo dados do Banco Central³⁸⁹, já em 2003, 44 milhões de pessoas portavam o denominado “plástico”, alcançando o patamar de 132,1 milhões em 2008, ocorrendo um intenso aumento do número de beneficiários no País.

A progressiva utilização dos cartões de créditos no âmbito consumerista veio sendo acompanhada pela utilização constante de condições contratuais gerais eivadas de disposições abusivas. A ampliação da quantidade de beneficiários do instrumento foi *pari passu* marcada pelo crescente número de queixas nos órgãos de proteção e defesa dos consumidores, diante das práticas arbitrárias adotadas pelas administradoras do setor.³⁹⁰ A atuação arbitrária das empresas gestoras dos cartões de crédito tem sido incentivada pela ausência de regulamentação específica para o setor e a inércia dos órgãos competentes para fiscalizá-lo. A despeito do Superior Tribunal de Justiça, em diversas decisões, ter reconhecido que as

³⁸⁹ www.bcb.gov.br. Acesso em 16.06.2013.

³⁹⁰ www.sjcdh.ba.gov.br/procon.htm. Acesso em 19.10.2013.

administradoras de cartões de crédito são instituições financeiras, o Banco Central ainda não assumiu a missão essencial de acompanhar o ramo através da expedição das normas reguladoras necessárias. Deve-se atentar que a maior parte dos “plásticos” disponibilizados no mercado são geridos pelas próprias instituições financeiras – situação que evidencia a obrigatoriedade do Banco Central atuar de modo efetivo.

O surgimento dos cartões de crédito apresenta estreita ligação com a necessidade dos indivíduos adquirirem bens e serviços de modo facilitado e seguro, sem que tenham que dispor, no momento do negócio jurídico, de numerário para tal finalidade³⁹¹. Em determinadas ocasiões, os consumidores não dispõem de recursos suficientes para o pagamento imediato dos bens adquiridos, servindo tais instrumentos para possibilitar a transação. O deslocamento dos consumidores para diversos estabelecimentos, portando numerário, a fim de que fossem possíveis as aquisições comerciais, geraria grande insegurança, razão pela qual, paulatinamente, foram surgindo os títulos de crédito³⁹², culminando com a criação dos “plásticos” que são, hoje, largamente utilizados.

No âmbito contratual, o volume de transações realizadas por intermédio de cartões de crédito vem progressivamente aumentando. Inúmeros estabelecimentos comerciais preferem disponibilizar os seus produtos e serviços mediante pagamento exclusivamente com numerário ou por meio de cartões de crédito - a aceitação do cheque, nessas transações, tem-se tornado bastante restrita e exígua³⁹³. A compra e venda de bens de consumo móveis, há certo tempo, tem sido impulsionada pela forte presença dos cartões de crédito, havendo a recepção destes de forma prioritária. Na condição de instrumento que viabiliza a aquisição de bens, a importância dos cartões de crédito é inegável na esfera econômica contratual pós-moderna.

A concessão de crédito pode dar-se de outras formas mediante contratos de empréstimos (mútuo) e financiamentos e qualquer uma dessas modalidades deve seguir as normas previstas na Lei n. 8.078/90. Cláusulas e práticas abusivas que venham a ser identificadas nos contratos estabelecidos entre fornecedores e consumidores, que objetivem a obtenção de crédito, devem ser expurgadas com base nas normas do CDC. Tendo o consumidor direito à garantia legal com relação aos serviços contratados, não pode ser prejudicado com exigências nefastas impostas na concessão de crédito.

³⁹¹ ABRÃO, Carlos Henrique. *Cartões de Crédito e Débito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 54.

³⁹² ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986, p. 43.

³⁹³ SIDOU, J. M. Othon. O sucessor do cheque. *Revista Bancária Brasileira*, v. 44, n. 520, abril, 1976, p. 43.

3.3.2.3 Atividades Securitárias

Dispõe o art. 927 do Código Civil Pátrio que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O seguro de responsabilidade civil encontra-se arrematado pelo art. 787 do Código Civil Pátrio e caracteriza-se pelo fato de o segurador garantir o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro. De acordo com Ivan de Oliveira Silva, o seguro de responsabilidade civil é aquele em que “o segurador assume os riscos dos danos que o segurado, em função de ação ou omissão própria, de coisa ou de pessoa sob a sua guarda, possa provocar a outrem. É, pois, um tipo de seguro de dano”³⁹⁴.

Os consumidores, ao contratarem o seguro de responsabilidade civil em prol da sua pessoa, familiares ou de terceiros, firmam um liame “em virtude do qual, mediante prêmios estipulados, o segurador garante ao segurado o pagamento da indenização que, porventura, lhe seja imposta com base em fato que acarreta sua obrigação de reparar o dano”³⁹⁵. O contrato de seguro, firmado pelos consumidores com as pessoas físicas e/ou jurídicas que os ministram, é um instrumento de grande valia para a proteção dos interessados³⁹⁶. Conforme a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça, “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”³⁹⁷. Ademais, a Súmula 469 do STJ reza que “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

Atualmente, em geral, os contratos de seguro são firmados mediante instrumentos padronizados, elaborados pelo próprio fornecedor – o que facilita a inserção de disposições arbitrárias. Com relação todo tipo de seguro contratado, detectando-se disposições leoninas, devem ser aplicadas as normas do CDC, para que sejam eliminadas do conteúdo do contrato³⁹⁸. Um dos frequentes problemas observados nos contratos de seguro é o reajuste do valor do prêmio, gerando uma série de discussões entre os contratantes.

³⁹⁴ SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de Direito do Seguro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 176.

³⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2, p. 804.

³⁹⁶ MARENZI, Voltaire Giavarina. *O Seguro – a vida e sua modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

³⁹⁷ “Aplicam-se os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre a entidade de previdência privada e seus participantes” (STJ, Resp. 306155/MG, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 19/11/2001, DJU 25/02/2002, p. 377.) Por outro lado, observe-se: “Vale lembrar que para os beneficiários da Previdência Social (INSS), não se aplica o CDC” (REsp. 143.092/PE). Examinar também: STJ, Resp. 733.560-RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 11/4/2006, *Informativo* 281).

³⁹⁸ Com relação ao tema, observem-se as decisões registradas a seguir: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. RENOVAÇÃO DO CONTRATO.

O prêmio, no cálculo atuarial, apresenta os seguintes componentes: *prêmio puro* e *carregamento*, sendo que ambos constituem o prêmio final. Em sede de desdobramento dos componentes do prêmio, afirma Ivan Silva de Oliveira,³⁹⁹ convém registrar que o prêmio puro, fixado pelos cálculos, “às vezes complicados, como acontece nos seguros de vida, depende de conhecimentos especializados de matemática atuarial, isto é, matemática aplicada ao seguro”. Dessa forma, realizando-se o levantamento estatístico, durante determinado período de tempo, verifica-se que as seguradoras obtêm alto índice de lucratividade, pois, como complementa o dito doutrinador, esses dados dão a conhecer “a probabilidade de sinistros. É fixada matematicamente sob a forma de fração, cujo numerador exprime os fatos ocorridos (chances favoráveis)”⁴⁰⁰.

A natureza do contrato de seguro implica a possibilidade de ocorrência de fatos, como o aumento da idade do segurado, a sua invalidez permanente e a inclusão de cônjuge. Contudo, tais eventos integram o fator risco, assumido pela seguradora no momento em que aquiesce em efetivar essa espécie de contrato com o público consumidor. Prescreve o art. 757 do Código civil que “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra *riscos* predeterminados”⁴⁰¹. Assim sendo, o risco constitui um dos elementos do contrato de seguro e não poderá ser utilizado para reajustes arbitrários e modificação unilateral dos seus termos.

Na condição de evento futuro e incerto e potencialmente prejudicial aos interesses do segurado, a ocorrência do risco, aduz Antônio Carlos Otoni Soares, “poderá provocar-lhe uma diminuição patrimonial, um empobrecimento momentâneo, quando não a própria ruína financeira, evitável através do contrato de seguro. Considerado, objetivamente, como um fato

IMPOSIÇÃO DE REAJUSTE DO PRÊMIO POR FAIXA ETÁRIA. IDOSO. DECISÃO QUE DEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO. DEFERIMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MANTIDA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. ASTREINTES. READEQUAÇÃO DO VALOR. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. A discussão das condições de renovação do contrato proposta pela seguradora é direito do segurado. Inteligência do art. 6º, V, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Consiste prática comercial desleal a imposição de condições de renovação contratual que onerem excessivamente o consumidor. (...) Readequação do valor das astreintes, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70031545981, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 09/08/2009).

³⁹⁹ SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de Direito do Seguro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73-74.

⁴⁰⁰ ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 271.

⁴⁰¹ *Ibidem*, *idem*.

danoso, o risco se transforma em sinistro”⁴⁰². Todavia, não pode a seguradora transferir a responsabilidade pelos riscos do negócio jurídico entabulado para os segurados vulneráveis.

Nessa linha, seguem Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti e Ayrton Pimentel ao afirmarem que “É preciso sempre ter em mente a diferença entre os conceitos de *incerteza individual* e *risco*. A incerteza é um sentimento humano imensurável. O risco, ao contrário, é um dado social objetivo”⁴⁰³. O atual estado da técnica securitária, complementa o autor “exige este conhecimento para evitar a dissociação entre o contrato individualmente considerado e a massa operacional na qual está compreendido e que lhe serve de suporte”⁴⁰⁴. Dessa forma, reajustes arbitrários dos prêmios dos seguros e demais práticas indevidas utilizadas pelos fornecedores que atuam no ramo exigem a incidência do CDC, com base na proteção legal garantida para os vulneráveis.

3.3.2.4 Serviços Públicos

Serviço público é a atividade prestada pelo Estado, direta ou indiretamente, que proporciona utilidade ou comodidade material capaz de atender a interesses da coletividade em geral, mas desfrutável pelos administrados, sob um regime de direito público- enuncia Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰⁵. A presente abordagem não ingressará nas diversas discussões acerca do conceito de serviço público, visto que não se persegue o objetivo de tratar, de forma minuciosa, sobre o tema, mas tão somente discorrer sobre as características da relação de consumo e os vícios que podem afetá-la no que concerne às garantias em prol dos usuários⁴⁰⁶.

Encontra-se aquele conceito, segundo o Autor, sustentado em dois elementos essenciais: um material e outro de natureza formal⁴⁰⁷. O primeiro corresponde ao

⁴⁰² SOARES, Antônio Carlos Otoni. *Fundamento jurídico do contrato de seguro*. São Paulo: Manuais Técnicos de Seguro, 1975, p. 34.

⁴⁰³ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. E PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 37.

⁴⁰⁴ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. E PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p. 37.

⁴⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 612.

⁴⁰⁶ Adotam concepção mais ampla dos serviços públicos: José Cretella Júnior, Diógenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles (CRETELLA Jr., José. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 207; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 209; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 319).

⁴⁰⁷ Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Odete Medauar também comungam com a concepção mais restrita de serviço público (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 96-97; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 369).

oferecimento de comodidade ou utilidade material, como o fornecimento de água, energia elétrica, telefone etc., disponibilizados para os administrados em geral, porém usufruíveis cada um de *per se*, cuja titularidade o Estado assume devido à relevância para a sociedade. O segundo impõe a submissão do serviço público ao regime jurídico administrativo e aos princípios decorrentes, salientando-se a importância desse critério, visto que uma atividade qualificada como serviço público, ainda que prestada por particulares, deverá respeitá-los⁴⁰⁸.

Em princípio, como afirma Héctor Jorge Escola, “todos os serviços públicos são, de alguma recompensa, retribuídos, já que seus usuários ou beneficiários pagam por sua prestação alguma compensação, seja na forma de um imposto, uma taxa ou um preço”⁴⁰⁹. No âmbito dos serviços públicos, existem serviços remunerados de forma direta, através das taxas, tarifas e preços públicos, e outros de modo indireto, custeados por meio de impostos e contribuições sociais. Se apenas o critério da remuneração dos serviços públicos fosse suficiente para se definir a aplicação ou não do CDC, praticamente, todas as atividades estariam regidas pelas normas consumeristas – não é, contudo, o que se verifica na prática.

Havendo remuneração para que o interessado usufrua do serviço público, é possível a constituição de uma relação jurídica norteada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor – o que não ocorrerá em face da total gratuidade⁴¹⁰. Não existem impedimentos para que pessoas jurídicas de direito público sejam fornecedoras, de acordo com o já comentado art. 3º, *caput*, daquele *Codex*, e outros dispositivos que tratam dos serviços públicos. A Política Nacional das Relações de Consumo, dentre outros princípios, rege-se pela melhoria dos serviços públicos, conforme dispõe o art. 4º, inciso VII, do CDC, e a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos é um dos direitos básicos dos consumidores (art. 6º, inciso X).

É importante, de logo, ressaltar que o crédito educativo constitui programa governamental instituído e custeado pela União, não incidindo sobre ele as regras previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Para o Superior Tribunal de Justiça, o crédito educativo, regido pela Lei n. 8.436/92, não é serviço bancário, mas programa governamental gerido pelo Governo Federal, “no qual a CEF figura como uma espécie de preposta ou delegada, não havendo subsídio dos seus cofres. Dessarte, não são aplicáveis as regras do

⁴⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 96-97; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 369.

⁴⁰⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990, v. I, p. 464.

⁴¹⁰ Verificar o julgamento do seguinte Recurso Especial: STJ, REsp 493.181/SP, Rel.^a Min^a Denise Arruda; DJU 01.02.2006, 1ª Turma, p. 431.

CDC, por não haver qualquer relação de consumo” (STJ, REsp. 479.863-RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, 3/8/2004, *Informativo* 216).

Os serviços públicos, desde que onerosos, podem ser disciplinados pelas normas consumeristas, porém, devem ser destacados três problemas básicos, cuja resolução antecede a aplicação do CDC. O primeiro consiste em identificar quais os tipos de serviços podem ser considerados de natureza consumerista, já que existem aqueles cuja fruição poderá ser mensurada em relação a cada usuário e outros que não possibilitam essa tarefa. O segundo ponto refere-se à forma de remuneração para o gozo do serviço que se encontra interligada com a sistemática de fruição e identificação do *quantum* de benefício cada usuário alcançou. O derradeiro tem relação com certas atividades, desempenhadas pelo poder público, que permitem identificação do beneficiário que paga para obtê-las, geralmente baseadas em taxas, e que não originam negócio jurídico consumerista.

Existem serviços que são prestados em caráter individualizado, de acordo com as especificidades dos usuários e que são por esses fruídos de modo a viabilizar a quantificação durante certo espaço de tempo para exigência da respectiva remuneração⁴¹¹. Exemplos típicos desses serviços são o fornecimento de água, energia elétrica e telefonia, vez que a forma de prestação dependerá da necessidade e das características do usuário ou do contrato estabelecido com o fornecedor. Os serviços de fornecimento de água e energia elétrica dependerão da classe a que pertence o usuário, se integra o grupo residencial, comercial, industrial, hospitalar etc. Quanto aos serviços de telefonia, a depender do contrato selecionado pelo usuário, terão nuances diferenciadas. Tais serviços são chamados de *uti singuli* em razão da possibilidade de identificação do *quantum* cada usuário se beneficiou para a fixação do pagamento necessário e, em geral, são remunerados por meio de tarifas. Outros tantos serviços, não obstante exigirem remuneração por parte dos cidadãos, não viabilizam quantificar o benefício que cada um obteve, sendo prestado de modo diferido para a população – como, por exemplo, melhorias em bairros, etc. Dessa forma, são serviços de natureza *uti universi* e serão disciplinados pelas normas do Código Tributário Nacional⁴¹².

Não se deve confundir relação de consumo com relação de cidadania, assevera José Reinaldo de Lima Lopes, sendo que os serviços próprios (v.g. segurança e justiça) e os que compõem a chamada cidadania social (saúde e educação públicas) não constituem relação de consumo, assim como aqueles perante os quais o Poder Público exerce a função de

⁴¹¹ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Curitiba: Juruá, 2008, p. 161.

⁴¹² PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1. São Paulo: RT, 1993, p. 130-148.

fiscalizador ou regulador⁴¹³. Nas situações em que o Estado assume o caráter de autoridade quando presta serviços públicos *uti universi*, no desempenho de suas atividades-fim ou de atividades asseguradoras de cidadania social, disponibilizados em conformidade com as necessidades do povo analisadas pelo próprio ente público, “não se pode falar em relação de consumo nesses casos” – conclui Elaine Cardoso de Matos Novais⁴¹⁴.

O modo de relacionamento, entre o prestador de serviços públicos e os entes integrantes da federação e demais concorrentes, não altera o quanto dito nos parágrafos anteriores. Se forem os serviços prestados em caráter de monopólio ou mediante o sistema concorrencial, desde que seja admissível a mensuração particularizada, haverá relação de consumo. A energia elétrica e a água encontram-se submetidas ao monopólio estatal e, nem por isso, a sua prestação deixa de ser regida pelo CDC; os serviços de telefonia estão amparados pelo regime de concorrência e também geram relações de consumo.

A forma de remuneração dos serviços públicos que geram relações de consumo é distinta daquelas em que são executados sob os auspícios do Direito Tributário⁴¹⁵ – os primeiros exigem o pagamento de tarifa ou preço público e os segundos de impostos e contribuições de melhoria⁴¹⁶. Os serviços públicos executados de forma totalmente gratuita, como, *v.g.*, o ensino público, as ações de saúde etc., jamais serão relações de consumo, conforme já assinalado *supra*⁴¹⁷. Quanto aos serviços remunerados por taxa, existem divergências doutrinárias a respeito da incidência ou não do CDC diante das características peculiares a esse tributo⁴¹⁸.

A taxa é uma espécie de tributo cobrada em contrapartida pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, no âmbito das suas atribuições, e que tem por fato gerador o exercício

⁴¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 77-93, abr./jun.1996, p. 90.

⁴¹⁴ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Curitiba: Juruá, 2008, p. 161.

⁴¹⁵ “Quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias, não se caracteriza uma relação de consumo nem se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor” (STJ, Resp. 1187456/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 01/12/2010).

⁴¹⁶ Verificar o REsp 478.958, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, j. 24.06.2003, DJ 04.08.2003, p. 237.

⁴¹⁷ Para que exista uma relação de consumo, afirma Regina Helena Costa, é necessário que a prestação de serviço seja remunerada. COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 21/97-104.

⁴¹⁸ Fernando da Costa de Azevedo, Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, dentre outros, defendem a não incidência do CDC (AZEVEDO, Fernando da Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: a Participação dos Consumidores Brasileiros no Controle da Prestação de Serviços Públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 95; BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.110). Cláudia Lima Marques e Adalberto Pasqualotto afirmam ser cabível a aplicação do CDC (MARQUES, Cláudia L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011; PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 130-148, 1992).

regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição mediante prévia lei. A tarifa, de modo diverso, não precisa ser previamente instituída por lei orçamentária nem se encontra subordinada a princípios tributários. A prestação de um serviço por tarifa dependerá da vontade do indivíduo, enquanto a taxa é cobrada sem qualquer vinculação com a predisposição do sujeito em aceitá-la ou não⁴¹⁹, sendo, assim, a natureza contratual é o aspecto que as aparta. De acordo com a Súmula 545 do Supremo Tribunal Federal: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

Não obstante as distinções entre taxa e tarifa, entende-se, seguindo a trilha de Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Adalberto Pasqualotto, que é cabível a aplicação do CDC quando se verificar a destinação final do serviço público prestado. Nessa hipótese, não é o tipo ou a natureza do pagamento o fundamental para definir a questão, visto que o serviço público é específico e divisível. Com relação aos serviços em que os cidadãos pagam para obter benefícios específicos, plenamente identificáveis, mas que são utilizados para o seu crescimento pessoal ou profissional, não há relação de consumo. Cita-se, como exemplo, o pagamento de taxa para inscrição em concurso público ou para a renovação da autorização que lhe permite dirigir ou para a expedição de passaporte. Nessas hipóteses, mesmo que individualizado o serviço, tem-se valores idênticos para os interessados que desejam o mesmo serviço e que são exigidos através de taxas, regidas pelas normas de caráter tributário e não de consumo.

Situação diversa verifica-se com a taxa cobrada para a realização do saneamento básico ou da colocação de iluminação pública em determinada localidade. Não se tem noção se o imóvel “A” ou o edifício “B” está sendo mais beneficiado com o serviço, ocorrendo a sua prestação em prol da coletividade que os utiliza como destinatária final. O recolhimento de lixo e o pedágio são também exemplos clássicos utilizados para demonstrar que não se tem condições de aferir qual o consumidor que foi mais ou menos beneficiado pelo serviço, mas todos os usufruem como destinatários fáticos e econômicos. Dessa forma, quando o serviço for remunerado mediante preço público ou tarifa, não pairam questionamentos sobre a aplicação do CDC; o mesmo acontece com relação à incidência do CTN para os que suscitam

⁴¹⁹ Verificar os Recursos Especiais: 478.958, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, DJ 04.08.2003, p. 237; 463.331/RO, 2ª Turma, Relª Minª Eliana Calmon, DJ 06.05.2004, p. 178; 705.203/SP, 2ª Turma, Relª Eliana Calmon, DJ 11.10.2005, p. 224).

o pagamento de impostos e contribuições de melhoria. Quanto à cobrança de taxas, deve-se observar, no caso concreto, como o usuário o usufruiu, visto que, se for caracterizada a destinação final, aplica-se o CDC; e, em caso contrário, o regime público pertinente.

O art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, previu que o direito do consumidor apresenta matriz fundamental e o art. 175, parágrafo único, II, estabeleceu que “a lei deverá dispor sobre os direitos dos usuários dos serviços públicos”, gerando questionamentos sobre a identidade dos termos “consumidor” e “usuários”. Concorde-se com o entendimento esposado por Bruno Miragem no sentido de que, no direito brasileiro, “todo o consumidor de serviços públicos será considerado usuário, mas nem todo usuário pode ser considerado consumidor”⁴²⁰. O fato de o artigo 27 da Emenda Constitucional nº 19/98 ter determinado que o Congresso Nacional elaborasse lei de defesa do usuário de serviços públicos não equivale ao reconhecimento implícito de que a proteção do consumidor é juridicamente diversa da defesa jurídica do usuário de serviço público⁴²¹.

A Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre os regimes de concessão e permissão para a prática de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, serve de supedâneo para a defesa dos interesses e dos direitos dos usuários. A aprovação de lei específica sobre os direitos e os deveres dos usuários e prestadores de serviços públicos não promoverá a desqualificação daqueles, como consumidores, e desses, como fornecedores. Outros direitos previstos em normas específicas não aniquilam o quanto já disciplinado pelo CDC, consoante estabelece o seu art. 7º.

A responsabilidade civil daqueles entes que executam serviços públicos remunerados, em caráter direto ou por empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, foi prevista no art. 22 do CDC, como será examinado em capítulo específico. Assegurou-se, por meio do parágrafo único de tal dispositivo, que tais serviços devem ser fornecidos de modo adequado, eficiente, seguro e, quanto aos essenciais, de forma contínua.

Os serviços notariais e de registro, regidos pelo art. 236 da CF/88, apresentam caráter privado na medida em que foram delegados pelo Poder Público. O parágrafo 1º daquele mesmo dispositivo dispõe que a lei regulará as atividades dos notários e dos oficiais de registro e definirá a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário. Apesar de serem

⁴²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 106.

⁴²¹ O Projeto de Lei 158/2011 visa à proteção dos usuários de serviços públicos, a fim de qualificá-los e torná-los mais eficazes, exigindo-se o acesso à informação, a qualidade da prestação do serviço e a fiscalização do mesmo por parte do cidadão.

submetidos a concurso público, obtêm remuneração da população para que prestem serviços que admitem mensuração, logo, o CDC deveria ser aplicado diante de vícios identificados nesta atividade. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do REsp. 625144/SP, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ 29/05/2006, considerou que “A atividade notarial não é regida pelo CDC”, porém, a decisão não foi unânime, sendo vencidos o Ministro Castro Filho e a própria relatora⁴²².

3.3.2.5 Relações Trabalhistas

A resolução dos conflitos resultantes da prestação de serviços constitui tema de essencial importância no âmbito jurídico, eis que tal atividade poderá configurar uma relação de natureza consumerista ou trabalhista. A depender da espécie de liame entabulado, as contendas serão examinadas e julgadas por aparatos jurisdicionais diversos, competindo à Justiça Comum apreciar os contratos de consumo, lidando, por conseguinte, a Justiça Laboral com as demais relações de trabalho.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, editado em 11 de setembro de 1990, sempre incidiu sobre as prestações de serviços resultantes dos contratos firmados entre fornecedores e consumidores, não sendo suscitadas quaisquer dúvidas quanto à competência da Justiça Comum para a solução das lides, mesmo que iniciadas em decorrência do fornecedor perseguir o pagamento pelo labor empreendido. No entanto, em 30 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional n. 45, que instituiu a Reforma do Judiciário, modificou o teor do art. 114 da Constituição Federal, ampliando a competência da Justiça Obreira, prevendo que todo e qualquer conflito decorrente da relação de trabalho ser-lhe-á apresentado para apreciação e julgamento⁴²³.

A previsão de que a Justiça Laboral é competente para pacificar as lides advindas de relações de trabalho, conforme disposto pelo art. 114, incisos I e IX, da Carta Magna Brasileira, conduziu determinados doutrinadores a conceber que toda e qualquer prestação de serviço estaria sob os auspícios deste. Isto porque a redação anterior do citado dispositivo

⁴²² Leonardo Medeiros Garcia afirma que “curiosamente, no REsp. 1163652/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01/07/2010, há expressa menção na ementa do acórdão de que ‘o Código de Defesa do Consumidor aplica-se à atividade notarial’, dando a entender que o STJ alterou o entendimento ou que, ao menos, há divergência atual entre as turmas. No entanto, ao analisar o inteiro teor do referido julgamento, não há qualquer discussão sobre a aplicabilidade do CDC aos serviços notariais, ou seja, a aplicação do CDC aos serviços notariais não foi objeto de julgamento”. GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. Código Comentado e Jurisprudência. 8. ed. ver. ampl. e atual. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 39.

⁴²³ BERMUDEZ, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional n. 45*. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

versava tão somente sobre os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, encontrando-se a Justiça Trabalhista atrelada unicamente ao julgamento daqueles liames jurídicos formais estabelecidos entre a categoria patronal e a laboral.

Com o advento da citada Emenda Constitucional, diversos questionamentos foram levantados sobre a possibilidade de a Justiça do Trabalho decidir lides que envolvam contratos de natureza consumerista e que tenham por objeto a prestação de serviços, despertando entendimentos distintos. Apesar da alteração constitucional ter sido implementada há aproximadamente 06 (seis) anos, hodiernamente, ainda grassam discussões e discórdias sobre o tema, razão pela qual denota-se interessante e atual, acarretando a imperiosidade de ser investigado e discutido no meio acadêmico e jurídico⁴²⁴.

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho trouxe indiscutíveis vantagens para aqueles indivíduos que prestavam serviços de modo informal, ou mesmo por meio de contratos irregulares, ou ainda através da exigência do empregador de que aqueles criassem uma pessoa jurídica para intermediar a atividade, a fim de não caracterizar a relação jurídica laboral. Contudo, a interpretação do art. 114 da CF, de modo descuidado ou irrefletido, conduz ao entendimento de que todas as prestações de serviço devem ser analisadas no espectro da Justiça Laboral, gerando um conflito com o Direito do Consumidor e colocando em risco o direito daqueles que contratam serviços de pessoas físicas e cuja relação encontra-se regida por um conjunto normativo específico.

Interpretar aquele dispositivo de forma perfunctória geraria o posicionamento no sentido de que tudo que se referir à prestação de serviço deverá ser debelado pela Justiça do Trabalho e, *ipso facto*, seria instalado um conflito entre dois bens jurídicos: o direito dos prestadores e o dos consumidores, este último também previsto em sede constitucional. Observe-se que o prestador e o consumidor são categorias que possuem direitos e deveres, mas este último denota-se vulnerável e fragilizado sob os aspectos socioeconômico, cultural e político, sendo imprescindível uma proteção material e processual adequada e efetiva. Nessa senda, de que forma, então, solucionar a problemática, ora exposta?

Imprescindível será, *a priori*, identificar quando a prestação de serviço se encontra regida pela Lei n. 8.078/90, afastando-se da aplicação das normas trabalhistas, para que não restem prejudicados os direitos e os interesses dos consumidores. Para tal, urge que seja realizada uma hermenêutica crítica e criteriosa sobre as figuras que compõem a relação

⁴²⁴ COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

jurídica consumerista, diferenciando-as das que integram os liames trabalhistas. Tratar-se-á da distinção entre consumidor e tomador de serviço e do fornecedor (pessoa física) com o trabalhador. Ademais, a caracterização da relação de consumo, fundada na prestação de serviço, dependerá da presença de um contratante vulnerável e destinatário final da atividade final- aspectos essenciais para a compreensão dos motivos pelos quais a Justiça Laboral não deve ser a responsável pelo julgamento das lides fincadas na Lei n. 8.078/90.

a) Correntes doutrinárias e jurisprudenciais

Em face da alteração proporcionada pela EC 45/2004 na redação do art. 114 da CF, prevendo a competência da Justiça Laboral para examinar e julgar as lides decorrentes das relações de trabalho, surgiram quatro correntes que versam sobre a problemática. Uma dessas correntes, de caráter extremamente minoritário, verbera que a expressão “relação de trabalho”, inserida no mencionado dispositivo, constitui sinônimo do vínculo empregatício, já regido pelas normas trabalhistas⁴²⁵. Duas destas defendem que todas as relações de trabalho, ainda que caracterizadas como de natureza consumerista, devem ser analisadas pela Justiça Especializada, mas fundamentam-se em pressupostos diversos⁴²⁶. A outra corrente assevera que as relações de trabalho, que envolvam prestação de serviço regulada pelo CDC, devem ser submetidas ao aparato judiciário comum⁴²⁷.

Não houve, segundo o primeiro entendimento, ampliação da competência material da Justiça do Trabalho após a Emenda em epígrafe. Sérgio Bermudes⁴²⁸ trilha esta linha de pensamento e afirma que a expressão relação de trabalho indica relação de emprego, a despeito de que “como relação contratual de atividade, remunerada ou gratuita, constitua gênero de que esta última é espécie, não raramente se emprega a primeira para designar a segunda”. Concebe o aludido autor que a dita Emenda utilizou a mesma terminologia da

⁴²⁵ Nesse sentido: BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional n. 45*. Forense: Rio de Janeiro, 2005, pág. 81.

⁴²⁶ Os integrantes dessas duas correntes serão apresentados nos próximos parágrafos, bem como os fundamentos de cada uma delas.

⁴²⁷ Nesse sentido: CALVET, Otavio Amaral. A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de trabalho X Relação de Consumo. *Revista LTr*. 69-01/55-57, 2005; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 6. ed., São Paulo: LTR, 2008; COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). ANAMATRA. São Paulo: Ltr, 2005; MAIOR, Jorge Luiz Souto. Valores Fundamentais de Direito do Trabalho. In: *Cadernos da ANAMATRA IV*. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região, Porto Alegre-RS, HS Editora, Ano III, n.7, abr./jun. 2008; ESPADA, Cinthia Maria Fonseca. *A Modernização do Processo e a Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho: Novas Discussões*. Disponível em: www.ufrnet.br. Acesso em: 10 jan. 2013; PANCOTTI, José Antonio. A Nova Competência da Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 69, número 01, janeiro/2005, p. 80-92.

⁴²⁸ BERMUDES, Sérgio., op. cit., p. 81.

anterior redação do art. 114 da Constituição e assevera que não se deve interpretar o inciso I do art. 114 “como norma que entrega à Justiça do Trabalho o julgamento de todas as pretensões decorrentes de um contrato de atividade, sem a característica fundamentação da relação de emprego”.

A atuação da Justiça Laboral estaria, assim, atrelada à presença de prestação de serviços continuados mediante o sistema de subordinação, motivo pelo qual o citado autor afirma que “Esta especiosa interpretação levaria para os juízes e tribunais trabalhistas os litígios decorrentes da prestação de serviços dos profissionais liberais, dos empreiteiros, dos autônomos em geral”. Conceber a Justiça do Trabalho como aparato que pode albergar todas as lides, envolvendo prestação de serviços, seria incompatível com a sua própria natureza, pois a sua competência deve ser interpretada de modo restrito e em conformidade com a sua específica função jurisdicional.

A segunda corrente, seguida por Grijalbo Fernandes Coutinho⁴²⁹, Ilse Marcelina Bernardi Lora e Maurício S. Bastos⁴³⁰, argumenta que a indicação da competência dependerá do âmbito em que a prestação do serviço se efetiva. Assim sendo, se o fenômeno evidenciar-se na relação de consumo, incidirão as normas do Código de Defesa do Consumidor, e, por via de consequência, os conflitos advindos serão solucionados na Justiça Comum. Por outro lado, na medida em que a prestação de serviço seja executada por trabalhadores autônomos liberais (como, *v.g.*, o advogado), todas as demandas decorrentes serão julgadas pela Justiça Laboral, incidindo as normas contidas nos artigos 593 a 609 do Código Civil Pátrio.

No campo jurisprudencial, pode-se vislumbrar que determinados Tribunais Regionais do Trabalho têm adotado tal posicionamento doutrinário, como se pode depreender pela análise do acórdão exarado pelo TRT da 23ª Região, no bojo do Processo nº 00132.2005.026.23.00-1, atuando como Relator o Juiz Osmair Couto. Considera-se que os trabalhadores autônomos, de um modo geral, bem como os respectivos tomadores de serviços, terão as suas controvérsias conciliadas e julgadas pela Justiça do Trabalho. Da mesma forma, corretores, representantes comerciais e de laboratórios, mestres de obras, médicos, publicitários, estagiários, contratados do poder público por tempo certo ou por tarefa,

⁴²⁹ COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 65.

⁴³⁰ Maurício S. Bastos, Juiz do Trabalho, elucubra que “Mas não é qualquer “atividade” laborativa que é atraída pela competência da justiça do trabalho, mas apenas aquela que impõe o liame da “pessoalidade”, mantendo-se as demais relações na mesma consideração de serviço prestado em âmbito do consumerismo. É de se ressaltar ainda que a análise dessa relação de trabalho lato sensu prescinde da chamada dos princípios próprios tutelares apreciados numa relação de emprego. Isso faz com que nessa nova competência as partes estejam niveladas”. BASTOS, Maurício S. *A Nova Competência da Justiça do Trabalho*. Disponível em: www.mauricio.bastos.nom.br/forum.php. Acesso em: 12 jan. 2013.

consultores, contadores, economistas, arquitetos, engenheiros, dentre tantos outros profissionais liberais, mesmo que não sejam empregados, têm o condão de ingressar com demandas no juízo trabalhista. Para esta corrente, até mesmo as pessoas que colocaram a respectiva mão de obra (contratantes) na prestação do serviço podem litigar perante a Justiça do Trabalho.

A terceira corrente doutrinária, seguida por Fernandes Godinho⁴³¹, Izidoro Oliveira Paniago⁴³², Moyses Simão Sznifer⁴³³, Antonio Alvarez da Silva⁴³⁴, Hugo Cavalcanti Melo Filho⁴³⁵, José Hortêncio Ribeiro Júnior e Alexandre Augusto Campana Pinheiro⁴³⁶, do mesmo modo que a segunda, arregimenta que a prestação de serviço por pessoa física dará origem a relação de trabalho, ainda que contratada por consumidores. Para esta linha doutrinária, todo e qualquer problema decorrente da prestação de um serviço terá que desembocar na Justiça Especializada, com base no artigo 114 da Constituição Federal, alterado pela EC 45/2004. Fundamenta-se essa corrente no argumento de que o conceito de relação de consumo não exclui nem elimina o de relação de trabalho, sendo que tão somente a relação de emprego afasta a de consumo – ou seja, havendo emprego, não há relação de consumo, mas o contrário não sucede quanto à relação de trabalho⁴³⁷.

A mencionada corrente reconhece a vigência e a importância do CDC na condição de instrumento normativo de proteção ao consumidor, incidindo sobre todas as relações jurídicas, dentre as quais o trabalho não subordinado que englobe uma relação de consumo *subjacente*, sem desnaturar a regência civil ou comercial própria. Entretanto, concluem que a incidência do CDC, em caráter paralelo à regência do negócio de fundo e a supremacia do art. 114, I, da CF demonstra o equívoco daqueles que negam competência à Justiça do Trabalho nas hipóteses em que o serviço é prestado por pessoa natural que suscita a incidência da Lei

⁴³¹ GODINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça trabalhista passa a julgar toda relação de trabalho*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 07 ago. 2008, p. 12.

⁴³² Aduz o doutrinador que “Havendo prestação de serviços por pessoa física a outrem, seja a que título for, há relação de trabalho incidindo a competência da Justiça do Trabalho para os litígios dela oriundos (CF, art. 114, I), não importando qual o direito material que será utilizado na solução da lide (CLT, CDC, CC etc)”. PANIAGO, Izidoro Oliveira. *Relação de Trabalho X Relação de Consumo e Competência da Justiça do Trabalho*. *Suplemento Trabalhista LTr*, n. 118/2006, p. 497-499.

⁴³³ SZNIFER, Moyses Simão. *O Direito do Consumidor e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho*. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos. Acesso em: 10 jan.2009, p. 4.

⁴³⁴ SILVA, Antônio Álvares da. *Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 394.

⁴³⁵ MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. Nova competência da Justiça do Trabalho: contra a interpretação reacionária da Emenda n. 45/2004. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coords.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. ANAMATRA. São Paulo: LTr, 2005, p. 170/186.

⁴³⁶ RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio; PINHEIRO, Alexandre Augusto Campana. *Competência da justiça do trabalho, aspectos materiais e processuais: de acordo com a EC n 45/2004*. São Paulo: LTr, 2005, p. 224-226.

⁴³⁷ No final de 2007, na Jornada da Anamatra, foram aprovados setenta e nove “*enunciados*”, sendo vários deles confirmando a nova competência, dentre os quais o 64 que trata da prestação de serviço por pessoa física.

8.078/90. Assim sendo, para os seguidores deste entendimento, o CDC incide sobre qualquer trabalho autônomo/eventual prestado por pessoa física que o oferte ao mercado (encanador, eletricitista, cabeleireiro, etc.), porém, a competência da Justiça do Trabalho é reconhecida de modo absoluto para o julgamento de tais relações de trabalho.

Antonio Álvares da Silva⁴³⁸ argumenta que há claramente um “parentesco social e econômico” entre o consumidor e o trabalhador e “submetidos a jurisdição única, terão condições de melhor se defenderem”⁴³⁹. Haveria, para o citado profissional, uma “identidade histórico-filosófica entre estes dois ramos da Ciência do Direito - Direito do Consumidor e do Trabalho -, porque os atores, que neles figuram como objeto, são historicamente carecedores de tutela jurídica no mundo capitalista moderno”. Dada à abrangência dessa corrente, englobando todas as espécies de execução de atividades humanas, verifica-se um verdadeiro desprezo às normas que protegem os interesses e os direitos dos consumidores. Havendo qualquer conflito na prestação de um serviço contratado por um consumidor perante uma pessoa física, somente a Justiça do Trabalho teria competência para solucioná-lo.

A *contrario sensu*, a quarta corrente, encabeçada por Otávio Amaral Calvet⁴⁴⁰, Bezerra Leite⁴⁴¹, Sússekind⁴⁴², Sergio Pinto Martins, Jorge Luiz Souto Maior⁴⁴³, Cinthia Espada⁴⁴⁴, José Antônio Pancotti⁴⁴⁵, Manoel Antonio Teixeira Filho⁴⁴⁶, e muitos outros, de forma mais crítica e cautelosa, concebe que a Justiça do Trabalho não é competente para o processo e o julgamento das lides que envolvam prestação de serviços embasados nas relações

⁴³⁸ SILVA, Antônio Álvares da. *Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 393.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 395.

⁴⁴⁰ CALVET, Otavio Amaral. A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de trabalho X Relação de Consumo. *Revista LTr*, 69-01/55-57, 2005.

⁴⁴¹ Ensina Bezerra Leite que não são da competência da Justiça do Trabalho as ações oriundas da relação de consumo. Isso porque relação de trabalho e de consumo não se confundem. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 6. ed., São Paulo: Ed. LTR, 2008, p. 208.

⁴⁴² SÜSSEKIND, Arnaldo. As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. ANAMATRA. São Paulo: Ltr, 2005, p. 15-31.

⁴⁴³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. Valores Fundamentais de Direito do Trabalho. *Cadernos da ANAMATRA IV*. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região, Porto Alegre-RS, HS Editora, Ano III, n.7, abr./jun. 2008, p. 30.

⁴⁴⁴ ESPADA, Cinthia Maria Fonseca. *A Modernização do Processo e a Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho: Novas Discussões*. Disponível em: www.ufrnet.br. Acesso em: 10 jan. 2009, p. 2.

⁴⁴⁵ PANCOTTI, José Antonio. A Nova Competência da Justiça do Trabalho. *Revista LTr*. ano 69, número 01, janeiro/2005. São Paulo: LTr, p. 80-92.

⁴⁴⁶ Manoel Antônio Teixeira Filho argumenta que “Sob essa nova perspectiva, poderão figurar, doravante, em um dos pólos da relação jurídica processual, na esfera da Justiça do Trabalho, trabalhadores autônomos em geral, como: contadores, contabilistas, consultores, engenheiros, arquitetos, eletricitistas, jardineiros, pintores, pedreiros, carpinteiros, mestres-de-obras, decoradores, costureiras, manicuras, personal trainer, corretores, representantes comerciais, apenas para nomear alguns. Nestas situações como é evidente, o juiz não aplicará a legislação trabalhista, mas sim, a legislação civil reguladora da relação jurídica material, intersubjetiva, segundo as particularidades de cada caso concreto”. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A Justiça do Trabalho e a emenda constitucional n. 45/2004. *Revista LTr*, ano 69, número 01, janeiro/2005. São Paulo: LTr, p. 95.

de consumo, devendo a Justiça Comum atuar nessas questões. Conseqüentemente, os serviços prestados por profissionais liberais, autônomos e/ou congêneres, desde que resultantes de contratos consumeristas, não seriam objeto de análise e de decisão por parte do juízo especializado.

O argumento essencial, utilizado por esta corrente, consiste no fato de que o tomador de serviço jamais poderá ser o destinatário final, pois, caso assim se configure, haverá relação de consumo. No entanto, não sendo o dito tomador o usuário final do serviço, haverá relação de trabalho e as celeumas advindas devem ser resolvidas na Justiça Obreira. Afirma Otavio Calvet que a segunda premissa para a determinação da competência da Justiça Laboral consiste no fato de que o tomador dos serviços não pode ser o usuário final, “mas mero utilizador da energia de trabalho para consecução da sua finalidade social (ainda que seja o tomador pessoa natural ou ente despersonalizado)”⁴⁴⁷.

Para o mencionado autor, as relações entre cliente e advogado; paciente e médico; cliente e motorista de táxi; cliente e arquiteto contratado para remodelar seu apartamento; cliente e corretor autônomo de imóveis; cliente e corretor de seguros autônomos, dentre inúmeras outras, são de natureza consumerista e não serão tratadas no âmbito da Justiça do Trabalho. Já os conflitos resultantes das relações entre advogado e escritório de advocacia; médico e hospital; motorista de táxi e empresa que explora a atividade; arquiteto e empresa de reformas; corretor de imóveis e empresa de corretagem; corretor de seguros e a seguradora etc. suscitariam a atuação da Justiça Especializada⁴⁴⁸.

Sob a ótica processual, a derradeira corrente argumenta que a extensiva competência da Justiça Laboral, para o deslinde de todos os litígios que envolvam prestação de serviços, enfrentará sérios problemas quando for utilizado o instituto da reconvenção. Com efeito, dispõe o art. 315 do Código de Ritos Cíveis Pátrio que o réu pode reconvir ao autor no mesmo processo toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. Nessa senda, quando um fornecedor aciona um consumidor no âmbito trabalhista,

⁴⁴⁷ CALVET, Otavio Amaral. A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de trabalho X Relação de Consumo. *Revista LTr*. 69-01/55-57, 2005, p. 56.

⁴⁴⁸ Verificam-se decisões judiciais que adotam a quarta corrente acima externada, como se pode observar a seguinte: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ART. 114 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RELAÇÃO DE TRABALHO – Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que alterou a redação do art. 114 da Constituição Federal, esta Justiça Especializada passou a ter competência para processar e julgar ações decorrentes da relação de trabalho. Nesta, todavia, nunca pode aparecer como tomador de serviço o usuário final (cliente, consumidor), mas sempre alguém que, utilizando do labor adquirido, realiza sua função social perante os usuários finais, agregando valores ao empreendimento. Esta é a hipótese do contrato firmado por instituições de ensino tendo como objetivo que determinado trabalhador, depositário de espécie de titulação, bagagem acadêmica e experiência, reformule projeto para viabilizar novo concurso universitário junto ao MEC”. (TRT 9ª R., Processo nº 00268-2004-094-09-00-5-ACO-13614-2005, Rel. Juiz Ubirajara Carlos Mendes) (Grifou-se).

confundem-se, respectivamente, com as figuras do prestador de serviços com o tomador, podendo o segundo reconvir e advir uma situação esdrúxula. Isto porque, segundo o art. 109 do CPC, para que seja admissível a reconvenção, o juiz da causa principal não deverá ser absolutamente incompetente para julgar a reconvenção.

Ora, naquelas hipóteses em que o consumidor acionado como tomador questionasse, v.g., a ineficiente prestação do serviço, o magistrado trabalhista teria que se debruçar sobre uma questão que foge completamente da sua competência. Por essa razão, Cynthia Espada argumenta que a competência gigantesca da Justiça do Trabalho esvaziaria a Justiça Comum, já que a maioria das relações contratuais seria discutida na seara laboral, pois envolvem trabalho humano. Haveria, assim, um verdadeiro “entupimento da Justiça do Trabalho”; “piora no tempo de resolução de processos” e a perda da identidade desta como “justiça célere e relacionada a questões em que uma das partes está em situação de inferioridade socioeconômica em relação à outra”⁴⁴⁹.

A nova redação do art. 114 da CF/88 foi resultante da intenção do legislador de ampliar a competência da Justiça do Trabalho para que tivesse o poder de decidir aquelas causas referentes à parassubordinação, ou seja, os liames laborais disfarçados em vínculos cíveis – o que leva à conclusão de que a primeira corrente se apresenta desconexa com a alteração efetivada. Por outro lado, conceber que a Justiça do Trabalho será competente para decidir as questões referentes a todas as hipóteses decorrentes da prestação de serviços, mesmo que envolvam relações consumeristas, seria desrespeitar os dispositivos previstos na Lei n. 8.078/90. Nessa esteira, a quarta corrente apresenta-se como a mais condizente com as normas constitucionais que preconizam a defesa e a proteção dos consumidores.

b) Relação consumerista x trabalho e emprego

A relação jurídica consumerista não se confunde com o vínculo empregatício, não pairando dúvidas quanto aos aspectos distintivos entre tais liames. A relação de emprego é um vínculo contratual, de natureza não eventual, entre empregador (pessoa física ou jurídica) e empregado (exclusivamente pessoa física), através do qual este se subordina àquele para a realização do serviço mediante contraprestação⁴⁵⁰. A prestação de serviço, resultante de uma

⁴⁴⁹ ESPADA, Cinthia Maria Fonseca. *A Modernização do Processo e a Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho: Novas Discussões*. Disponível em: www.ufrnet.br. Acesso em: 10 jan. 2009, p. 2.

⁴⁵⁰ Dispõem os arts. 2º e 3º da CLT o seguinte: “Art. 2º. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de

contratação de índole consumerista, não apresenta qualquer nota de dependência ou subordinação do fornecedor perante o consumidor e pode configurar-se em um único ato, ou mesmo através de um conjunto de atividades, mas sem qualquer caráter de continuidade.

Já a relação de trabalho, segundo Maurício Godinho Delgado, envolve todos os contratos de atividade que utilizam a energia humana e pessoal de um dos contratantes em proveito de outro⁴⁵¹. Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que a relação de trabalho é aquela que diz respeito a toda e qualquer atividade humana em que haja prestação de trabalho: autônomo, eventual, de empreitada, avulso, cooperado, doméstico, de representação comercial, temporário, sob a forma de estágio etc.

Dentro do amplo conceito de “relação de trabalho”, estará a prestação de serviços efetivada por profissionais eventuais e avulsos, ou mesmo por aqueles submetidos a um vínculo irregular, caracterizado pela parassubordinação, ou pela precarização do trabalho, sendo a Justiça Laboral competente para apreciá-la quando conflitos lhes forem apresentados. O mesmo pode-se afirmar com relação às prestações de serviços que, embora não atreladas a uma relação empregatícia formal, geram um vínculo que tem sido apreciado pela Justiça do Trabalho, com base em reiterado posicionamento doutrinário e jurisprudencial. É o que ocorre, por exemplo, com a representação comercial, com a corretagem, a parceria, a pequena empreitada, o mandato e a cooperativa, bem como aquelas previstas nos artigos 593 a 609 do Código Civil.

O ponto fulcral da encontra-se atrelado ao necessário exame da prestação de serviço efetivada por profissionais autônomos⁴⁵² e pelos liberais em prol de um consumidor, dando origem à denominada relação “bifronte”, como enuncia Cinthia Espada⁴⁵³. Sustenta que “as relações de caráter bifronte não se incluem no significado de 'relação de trabalho' para fins de

serviço”; “art. 3º. “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

⁴⁵¹ Para o autor, “Relação de trabalho tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda a modalidade de contratação do trabalho humano modernamente admissível. (...). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existente no mundo atual”. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed., São Paulo: Ed. LTR, 2005, p. 285.

⁴⁵² Bolívar Viégas Peixoto analisou, com acuidade, a distinção entre a relação de trabalho autônomo e a relação de consumo, vindo a elucidar que não se deve confundir a relação de trabalho 'em que o trabalhador se propõe a dar a sua força física a outrem, em troca de uma remuneração, ainda que de natureza autônoma 'com prestação de serviços' em que alguém busca um estabelecimento de natureza empresarial que se propõe a prestar certos tipos de serviços à população, aleatoriamente', como é o caso de profissionais liberais e outros afins, como os de contabilidade, assistência técnica, divulgação e propaganda etc. Nestas hipóteses, haverá relação de consumo e a Justiça do Trabalho não será competente para julgá-la. PEIXOTO, Bolívar Viégas. *Relação de Trabalho e Relação de Consumo: distinções essenciais*. *Revista LT*, n. 07, vol. 69, julho de 2005, p. 56.

⁴⁵³ ESPADA, Cinthia Maria Fonseca. *A Modernização do Processo e a Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho: Novas Discussões*. Disponível em: www.ufrnet.br. Acesso em: 10 jan. 2009, p. 2.

competência da Justiça do Trabalho, porque nelas há uma preponderância do aspecto consumo”. Apesar dessas relações de caráter bifronte serem também relações de trabalho, prepondera a relação de consumo, “com natureza contratual civil, em total dissonância com a Justiça do Trabalho e sua especialidade em processar e julgar relações de trabalho em que uma das partes esteja em situação de inferioridade socioeconômica no tocante à outra”⁴⁵⁴.

Quando a figura do consumidor estiver ausente, na qualidade de beneficiário dessa atividade, a relação de trabalho deverá ser apreciada pela Justiça Laboral. Havendo, porém, a presença do consumidor como destinatário final do serviço, emerge uma relação jurídico-consumerista e a competência será da Justiça Comum para decidir as lides respectivas devido o constante estado de vulnerabilidade daquele. A ameaça reducionista que pairou sobre a Justiça do Trabalho incentivou a reforma do texto constitucional e a intenção do legislador foi deixar clara a sua competência para julgar, além da relação empregatícia, outros liames informais. A inserção da expressão “relação de trabalho” na competência da Justiça Laboral tem o condão de registrar, de forma expressa, o seu poder para decidir as lides que envolviam relações autônoma ou quase subordinada, como acentua a Juíza Alice Monteiro de Barros⁴⁵⁵, do TRT mineiro⁴⁵⁶. A reforma constitucional almejou a manutenção da Justiça do Trabalho e não que esta invadisse o campo das relações consumeristas, colocando o fornecedor, como prestador de serviços, no pedestal do *favor debilis*.

Na realidade, a ampliação da Justiça Obreira teve como escopo fundamental proteger os interesses daqueles prestadores de serviços, que não mantinham vínculo formal com os tomadores e, portanto, não estavam abarcados pela expressão relação de emprego. A permissão de que as pessoas físicas, que prestem serviços no mercado de consumo, na condição de fornecedoras, litiguem na Justiça do Trabalho, geraria uma verdadeira inversão de valores. O consumidor, concebido como vulnerável, seria tratado como tomador na Justiça do Trabalho, ou seja, a parte robusta do liame, e o prestador, fornecedor, assumiria o papel frágil. Tal situação terminaria por gerar sérios riscos para o consumidor, real vulnerável, com o fito de beneficiar o prestador, havendo uma inaceitável ofensa aos ditames constitucionais.

A proteção dos interesses e dos direitos dos consumidores pressupõe que a alteração introduzida pela EC n. 45/04 não seja examinada apenas com base em simples

⁴⁵⁴ Ibidem, idem.

⁴⁵⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Trabalhadores Intelectuais. *Síntese Trabalhista*, Editora Síntese, Porto Alegre, número 183, setembro de 2004, pág. 139. Leciona a magistrada que “A limitação de competência material da Justiça do Trabalho às relações de emprego impedia o manejo de interessante instrumento de política judiciária contida no artigo 289 do CPC, porque o juiz do trabalho era competente apenas para decidir sobre questões derivadas das relações de emprego, mas não tinha competência para decidir, por exemplo, se a relação posta em Juízo, foi integralmente cumprida”.

⁴⁵⁶ Ver o inciso II do parágrafo 1º do artigo 292 do CPC.

silogismo lastreado no método gramatical⁴⁵⁷. Os efeitos maléficos dessa interpretação literal seriam percebidos quando o fornecedor, considerado trabalhador vulnerável, aproveitando-se de estar litigando em um ramo criado para protegê-lo, apresentasse teses que fossem acatadas em detrimento do consumidor – aquele que se encontra em real posição de inferioridade. O direito do consumidor tem matriz constitucional e não poderá correr o risco de ser subjugado devido a uma interpretação superficial que desvaloriza os ditames constitucionais⁴⁵⁸.

3.3.2.6 Prestação de Serviços por Advogados

O contrato para a prestação de serviços advocatícios tem por objeto a assistência técnica jurídica de um causídico em benefício do cliente, quer seja na esfera judicial, quer na extrajudicial. Ao contratar um advogado, o interessado outorga-lhe poderes para a defesa dos seus direitos, competindo-lhe, através do exercício do *ius postulandi*, representá-lo nos litígios ou em demais circunstâncias. A atuação do advogado encontra-se delineada na Lei n. 8.906/94, estatuto próprio da categoria, no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, de 16 de novembro de 1994, e no Código de Ética e Disciplina (CEDA), de 13 de fevereiro de 1995⁴⁵⁹. Diante dessa especificidade, a natureza jurídica da prestação de serviços por profissionais deste jaez tem despertado intensa discussão doutrinária e jurisprudencial.

O Superior Tribunal de Justiça, através da Terceira Turma, pronunciou-se no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor incide sobre os contratos de prestação de serviços advocatícios, considerando-os de adesão e massificados, como se pode observar na decisão do Conflito de Competência⁴⁶⁰. Posição diversa adotou a Quarta Turma desse tribunal superior, ao julgar o Recurso Especial nº 532.377 - RJ (2003/0083527-1), datado em 21/08/2003, tendo

⁴⁵⁷ LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Etica Juridica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Editorial Civitas S.A, 1985, p. 97.

⁴⁵⁸ João Baptista Herkenhoff aduz que “Para enfrentar o desafio hermenêutico, o jurista deverá fugir de uma exegese meramente literal. Se lança mão da exegese racional, o aplicador do Direito deve estar advertido para o conselho de Recaséns Siches. Esse pensador diz que a lógica formal, de tipo puro, *a priori*, só é apropriada para a análise dos conceitos jurídicos. Para a prática do Direito referido a pessoas concretas, integrando a existência humana, coloca Recaséns Siches que a lógica adequada é a lógica material, a 'lógica do humano e do razoável'. HERKENHOFF, João Baptista. *Movimentos Sociais e Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 119.

⁴⁵⁹ Sobre o tema, consultar: SOARES, Ricardo Maurício Freire. A responsabilidade civil do advogado pela Lide Temerária à Luz da Deontologia Jurídica. In: Fernando Rister; Ricardo Tinoco e Willis Santiago. (org.). *Compêndio de Ética Jurídica Moderna*. 2. ed. Paraná: Juruá, 2011, v. 1, p. 47-56.

⁴⁶⁰ CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 63.827 - SP (2006/0123385-5). RELATOR : MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOS. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45. RELAÇÃO DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. (...). Analisar também: STJ, REsp. 364.168-SE, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 20/4/2004, 3ª T. Informativo 206.

como Relator o Ministro Cesar Asfor Rocha⁴⁶¹, pois considera que “não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei no 8.906/94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo”⁴⁶².

Existem, assim, duas correntes sobre a natureza jurídica da prestação de serviços advocatícios, reconhecendo uma o caráter consumerista da relação entre advogado e cliente e, em sentido oposto, a que nega a inserção dessa atividade no bojo do CDC. Para a primeira corrente, a proteção do consumidor tem matriz constitucional, tendo sido elencada como direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII) e um dos pilares da ordem econômica (art. 170, V, CF/88)⁴⁶³. Assentado em pilares constitucionais, o CDC tem aplicação ampla em todas as relações de consumo, independentemente da existência ou não de normas específicas de cada setor produtivo.

A segunda corrente sustenta que o Estatuto da OAB apresenta peculiaridades sobre o exercício da profissão advocatícia e, na condição de lei posterior ao dito *Codex*, concedeu prerrogativas e obrigações incompatíveis com a atividade de consumo, como, por exemplo, a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador⁴⁶⁴. O Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu artigo 5º, estabelece que o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização, conduzindo os seguidores desta corrente a verberar que por não ser uma atividade comercial, mas, sim, uma atividade meramente civil, torna-se impossível aplicar-se o CDC. Outrossim, acrescentam que a responsabilidade civil desse profissional encontra-se prevista no *caput* do art. 32 do EOAB – o que afastaria terminantemente a incidência das normas consumeristas⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO PROPOSTA POR DETENTOR DE TÍTULO EXECUTIVO. ADMISSIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O detentor de título executivo extrajudicial tem interesse para cobrá-lo pela via ordinária, o que enseja até situação menos gravosa para o devedor, pois dispensada a penhora, além de sua defesa poder ser exercida com maior amplitude. Não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei nº 8.906/94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo. As prerrogativas e obrigações impostas aos advogados - como, v. g., a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31/§ 1º e 34III e IV, da Lei nº 8.906/94) - evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo. Recurso não conhecido (grifou-se).

⁴⁶² Examinar ainda: STJ, REsp. 539.077-MS, 4ª Turma, Rel. Aldir Passarinho Junior, j. 26/4/2005, Informativo 244.

⁴⁶³ Nesse sentido: DENARI, Zelmo; NERY JÚNIOR, Nelson. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, v. 1; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010; LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo* São Paulo: RT, 2001.

⁴⁶⁴ Arts. 31, § 1º e 34, incisos III e IV, da Lei nº 8.906/94.

⁴⁶⁵ Nesse sentido: RAMOS, Gisela Gondin. *Advocacia. Inexistência de Relação de Consumo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012; SODRÉ, Ruy. *Ética profissional e Estatuto do Advogado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991; STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O contrato em epígrafe consiste na delegação de poderes do mandante para o mandatário, a fim de que este o represente, pratique atos e/ou administre interesses, não podendo tal relação jurídica ser considerada de índole trabalhista. A finalidade precípua desta espécie de contratação é a representação do mandante pelo mandatário e, assim sendo, em se tratando de profissional liberal, ou autônomo, que trabalhe por conta própria, exercendo profissão com destino ao mercado de consumo de serviços, tem-se uma relação de consumo que se afasta da competência da Justiça do Trabalho, conforme tem decidido a 5ª turma do Tribunal Superior do Trabalho.

Considerando que a atividade advocatícia não é comercial nem está sujeita à mercantilização, conforme preconizado pelo Estatuto da OAB, defendem os seguidores da dita corrente que jamais poderá ser objeto de um contrato de índole consumerista. Entretanto, qualquer atividade disponibilizada no mercado de consumo, desde que remunerada, será regida pelo CDC. Os Advogados prestam assistência aos indivíduos em geral, de acordo com o ramo jurídico de sua especialização, desde que estes subscrevam os termos contratuais previamente estabelecidos. Não há um espaço institucional criado para que os causídicos ofertem os seus serviços nem uma clientela específica, que esteja apartada das demais. Inadmissível seria que não fosse considerada tal atividade como inserida no campo mercadológico.

Quanto à alegação de que as regras referentes à publicidade, previstas nos arts. 36 a 38 do CDC não se aplicam aos advogados em virtude destes estarem vedados de captarem e/ou agenciarem clientes, não tem como lograr êxito. O fato desses profissionais não poderem conseguir contratantes através destes mecanismos não significa afirmar que não estão proibidos de realizarem divulgação dos seus serviços e da forma pela qual estes sejam realizados. A promoção das atividades prestadas para o público consumidor é perfeitamente viável. Inexistem incompatibilidades entre a publicidade e o exercício da profissão de advogado.

No âmbito do Direito do Consumidor, a maioria dos doutrinadores defende que a prestação de serviços por advogados deve ser arregimentada pelo CDC. Zelmo Denari⁴⁶⁶, Sérgio Cavaliere Filho⁴⁶⁷ e Roberto Senise Lisboa⁴⁶⁸. O Estatuto da Ordem dos Advogados, destinado a regular, de forma específica, determinado setor, deverá submeter-se aos princípios e às normas emanados do Código de Defesa do Consumidor. Não se pode admitir que o dito

⁴⁶⁶ DENARI, Zelmo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, v. 1, p. 171.

⁴⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 273.

⁴⁶⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo* São Paulo: RT, 2001, p. 58.

Estatuto da Advocacia, tão-somente por ser uma lei especial, venha a afastar a aplicação do diploma consumerista. As normas de proteção ao consumidor pertencem à categoria dos direitos fundamentais e devem prevalecer sobre as outras.

Aplicam-se à prestação de serviços advocatícios as regras do CDC, sem qualquer exceção, sendo que a responsabilidade do causídico configurar-se-á subjetiva quando se tratar de um *acidente de consumo*, com base no art. 14, §4º. No entanto, havendo vício no serviço, a responsabilidade será objetiva, nos termos do art. 20 da mencionada legislação, não havendo razões plausíveis para aquiescer com o argumento de que o Estatuto da OAB afeta as normas de proteção ao consumidor. Importante frisar que o próprio legislador diferenciou os serviços prestados pelos profissionais liberais, dentre os quais, os advogados, prevendo a responsabilidade baseada na culpa, quando se tratar, de fato, do produto ou do serviço. Isto revela que jamais objetivou o legislador isentar a atuação do advogado das exigências contidas no CDC. Caso houvesse tal intento, seria imprescindível previsão legal expressa, já que não se pode interpretar de maneira restritiva um Código voltado para a tutela de direitos fundamentais de uma categoria vulnerável e fragilizada⁴⁶⁹.

A incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos advocatícios não entra em conflito com o art. 692 do Código Civil, pois reza este que “O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código”. Da mesma forma, na seara do direito processual civil, os arts. 36 a 45 do Código Adjetivo Cível Pátrio não apresentam qualquer incompatibilidade com as normas de natureza consumerista.

Frise-se, todavia, que o causídico deve atuar com presteza, diligência, perícia, prudência, servindo-se e lançando mão de todos os meios técnicos de conhecimento jurídico que possui, atentando aos prazos e recursos processuais, principalmente, de maneira a encontrar e obter o melhor resultado possível ao seu constituinte. Caracterizando-se a ineficiência do trabalho advocatício, o consumidor, na condição de contratante, protegido pelos ditames emanados da Lei n. 8.078/90, poderá responsabilizá-lo, buscando a reparação material e moral devida⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo* São Paulo: RT, 2001, p. 58.

⁴⁷⁰ Em novembro de 2007, nas “Jornadas” organizadas pela Anamatra e Escola do TST, foi elaborado o Enunciado 23 que previu a competência da Justiça do Trabalho para o exame da ação de cobrança de honorários advocatícios, desde que proposta por pessoa natural, sendo descartada a presença de relação de consumo. Contudo, diversos magistrados trabalhistas não seguem este posicionamento sob o argumento de que as lides concernentes à cobrança de honorários advocatícios, caso decididas pela Justiça do Trabalho, conduziram à perda do “foco” central e da “especificidade” desta. A Dra. Rita de Cássia Suzart de Freitas, na condição de Juíza da 20ª Vara do Trabalho de Salvador/BA, ao examinar o Processo n. 00053-2009-020-05-00-4 RS, asseverou que, se a ação proposta objetiva o pagamento de prestação de serviços advocatícios, a competência

O Superior Tribunal de Justiça, após diversas decisões referentes a conflitos de competência suscitados entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Comum, editou a Súmula 362, segundo a qual “*COMPETE À JUSTIÇA ESTADUAL PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA POR PROFISSIONAL LIBERAL CONTRA CLIENTE*”. O Tribunal Superior do Trabalho, através de quase todas as suas turmas, já se pronunciou no sentido de considerar a incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciar demandas decorrentes de contrato de prestação de serviços advocatícios⁴⁷¹. Trilhando o mesmo caminho, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região⁴⁷², por meio de diversas turmas, também rejeitou a competência da Justiça Laboral para conhecer e decidir as ações de cobrança de honorários propostas pelos representantes causídicos.

A prestação de serviços por advogados constitui relação contratual de índole consumerista e devem ser aplicados todos os preceitos emanados da Lei n. 8.078/90. Excluir a atuação dos representantes causídicos da incidência das normas consumeristas seria conferir tratamento diferenciado para estes profissionais em detrimento de tantos outros que atuam no campo liberal. Os contratantes dos serviços advocatícios, caso desconsiderada a natureza consumerista, seriam também prejudicados, eis que o estado de vulnerabilidade não restaria apreciado.

para processar e julgar a causa é da Justiça Comum Estadual. O *decisum* foi fundamentado na assertiva de que tal demanda refere-se a contrato de prestação de serviços, “envolvendo relação de índole eminentemente civil, não guardando nenhuma pertinência com a relação de trabalho de que trata o artigo 114, I, da Constituição da República”.

⁴⁷¹ TST-RR-7621/2006-036-12-00, 2ª Turma., Rel. Min. José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes, DJ 15/08/2008; TST-RR-2455/2007-037-12-00, 3ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 30/05/2008; TST-RR-762/2005-023-04-00, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 24/08/2007; TST-RR-118/2006-019-05-00, 5ª Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DJ 19/09/2008; Processo: AIRR - 983/2007-333-04-40.7 Data de Julgamento: 18/02/2009, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 27/02/2009; Processo: RR - 992/2007-771-04-40.7 Data de Julgamento: 17/12/2008, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/12/2008; TST-RR-32/2000-009-01-00, 8ª Turma, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, DJ 04/04/2008.

⁴⁷² Processo 00885-1994-221-05-00-6 AP, ac. n° 029783/2008, Relatora Desembargadora Sônia França, 3ª Turma, DJ 21/11/2008.

4 GARANTIAS DOS BENS DE CONSUMO: ASPECTOS GERAIS

O paradigma individualista, sobretudo no direito privado, cede espaço a novos interesses igualmente reconhecidos pelo Estado, cuja intervenção em favor do sujeito reconhecido como vulnerável tem por objetivo a recomposição da igualdade jurídica, corrigindo os elementos fáticos da desigualdade⁴⁷³.

Neste capítulo, serão apresentadas as características referentes às garantias legal e contratual dos bens de consumo, bem como aos posicionamentos doutrinários acerca da contagem dos prazos destas e os aspectos gerais dos vícios que podem acometê-los. Compreender o problema objeto desta tese exige uma análise prévia dos institutos das garantias e dos vícios dos produtos e serviços para que sejam propostas soluções adequadas e razoáveis.

4.1 GARANTIA LEGAL OU *IMPLIED WARRANTY*

A garantia legal ou “natural”⁴⁷⁴ independe da vontade do fornecedor e encontra-se prevista no microsistema consumerista para todo e qualquer produto ou serviço disponibilizado no mercado, sendo, assim, incondicional, ilimitada e irrestrita. O fornecedor jamais poderá se esquivar de cumpri-la nem estabelecer quaisquer prazos ou condições para o seu exercício. Com relação aos produtos de consumo, duráveis ou não, os arts. 18 e 19 da Lei n. 8.078/90 dispõem que os fornecedores respondem objetivamente pelos vícios de qualidade e de quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao uso a que se destinam ou lhes diminuam o valor. A responsabilidade pelas irregularidades na prestação de serviços encontra respaldo no art. 20 daquela mesma *Lex*.

Os produtos e os serviços podem apresentar vícios que causem a sua inadequação ou a falta de idoneidade em face dos objetivos e necessidades dos consumidores. Ademais, tais vícios também podem afetar a saúde e a segurança dos consumidores, dando origem ao que se denomina, segundo a Teoria da Qualidade⁴⁷⁵, de defeito. Por esta razão, visando à solução de

⁴⁷³ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 15.

⁴⁷⁴ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 9. ed. rev. e atual. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2002, p. 239.

⁴⁷⁵ Expressão desenvolvida nos sistemas europeu e norte-americano e introduzida, no Brasil, por Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudio Lima; BESSA,

conflitos oriundos da identificação de tais espécies de vícios, o legislador infraconstitucional inseriu os arts. 23 a 25 na Lei n.º 8.078/90, que tratam, respectivamente, das garantias legal e contratual.

Ainda que o fornecedor ignore a existência de vício em determinado bem disponibilizado no mercado de consumo, devido à incidência da garantia legal, mesmo assim, impende a sua responsabilização direta e objetiva, nos termos do art. 23 do CDC⁴⁷⁶. A compleição subjetiva do fornecedor- o seu conhecimento ou não dos problemas que maculam certo bem de consumo-, não é fator que afaste o seu dever de reparar os danos sofridos pelos adquirentes ou usuários e, muito menos, o exima de buscar soluções para a questão.

Decorrendo dos próprios valores que induziram o legislador infraconstitucional a instituir um microsistema para a proteção dos consumidores, a garantia legal não pressupõe qualquer formalidade prévia para que produza os seus efeitos. Independentemente de termo expresso, frutificam-se os seus efeitos tão somente com a colocação de certo produto no mercado e a consequente aquisição ou uso pelos consumidores. O art. 24 do CDC traz a observação de que a garantia legal de adequação do produto ou serviço não se encontra atrelada a qualquer documento ou instrumento material para que produza os efeitos esperados, de modo que o consumidor terá o direito de indagar sobre os eventuais vícios, mesmo que nada, absolutamente nada, lhe tenha sido assegurado pelo fornecedor.

Advindo a garantia da estrutura valorativa que ensejara a essência do CDC, inadmissível será que o fornecedor exonere-se da sua responsabilidade através de disposição contratual. O art. 24 do CDC, na segunda assertiva que o compõe, veda que o fornecedor exclua o seu dever legal de zelar pela qualidade e adequação dos bens de consumo, Em seguida, o art. 51, inciso I, deste mesmo *Codex*, consagrou a abusividade da cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos⁴⁷⁷.

A garantia legal não é uma opção dada ao fornecedor, caracterizando-se pela imperatividade, sendo “verdadeiro ônus natural para toda cadeia de produtores que nasce com a atividade de reproduzir, fabricar, de criar, de distribuir, de vender o produto”,

Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67).

⁴⁷⁶ Dispõe o art. 23 do CDC: “A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”.

⁴⁷⁷ Afirma Cláudia Lima Marques que a garantia é um elemento intrínseco da relação contratual, apresentando um caráter positivo que coloca o fornecedor em uma “posição de 'dever', de sujeição bastante ampla e rente às pretensões concretas que nascem para os consumidores”. LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Servicios a los Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 177.

enuncia Cláudia Lima Marques⁴⁷⁸. Na estrutura criada pelo CDC, a garantia acompanha o bem de consumo, sendo-lhe implícita – o que significa que todos os integrantes da cadeia de fornecimento e não somente aquele que, de modo direto, disponibiliza o bem, são responsáveis por sua funcionalidade e adequação⁴⁷⁹. Assim, comparando-se com a proteção deferida para os vícios redibitórios, a garantia legal é muito mais ampla, levando a citada doutrinadora a defender que é “inerente ao produto (*ob rem*)”⁴⁸⁰.

A proteção legal conferida ao consumidor, como afirma Philippe le Tourneau, decorre da natureza pública das normas que asseguram os direitos da categoria e não se confunde com as denominadas “garantias facultativas ou aumentativas”⁴⁸¹. Explica-se a previsão da garantia legal como “fonte de política de *prevenção* de danos” e como uma ideia de “*penalidade*”, servindo, assim, para “*diluir o risco*” - acrescenta o autor⁴⁸². Ela promove uma análise positiva da conformidade do produto ou serviço, não podendo o fornecedor eximir-se da obrigação imposta por lei⁴⁸³. Como aduz Atiyah, em todo negócio entabulado, a postura ética deverá estar presente⁴⁸⁴ e a promessa implícita de adequação do bem aos fins a que se destina não pode ser objeto de afastamento pela simples vontade do fornecedor.

Caracteriza-se a garantia legal pela *autonomia*, *ilimitabilidade* e *incondicionalidade*, asseverando Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Serrano que são atributos essenciais do instituto⁴⁸⁵. O primeiro aspecto encontra-se atrelado a não vinculação a qualquer disposição contratual; o segundo perfaz-se com a impossibilidade de o fornecedor impor limites aos prazos para a reclamação e indenização; o último demonstra que a garantia legal “não é submissível a condições, como, por exemplo, a realizações de revisões ou o preenchimento de termos” - ressaltam os citados autores⁴⁸⁶. A proteção do consumidor quanto aos vícios dos produtos e serviços não pode ser condicionada à vontade do fornecedor, sendo-lhe garantido o amplo direito de ter acesso a bens qualificados e idôneos.

A garantia do adequado funcionamento de produtos e serviços é o instrumento *par excellence* na proteção dos interesses e dos direitos dos consumidores, visto que,

⁴⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 403.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, *idem*.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, *idem*.

⁴⁸¹ TOURNEAU, Philippe le. *La Responsabilité des vendeurs et fabricants*. Paris: Dalloz, 1997, p. 69.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 72.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁸⁴ ATIYAH, P. S. *Promises, Morals, and Law*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 2003, p. 170

⁴⁸⁵ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 115.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, *idem*.

sem a sua consagração, a fragilidade desses seria ainda maior⁴⁸⁷. As normas que disciplinam a garantia legal são *imperativas*, ressalta Guido Alpa, consoante a Diretiva 1999/44/CEE, acima vista, não podendo o fornecedor “excluí-la ou limitá-la, ainda que de modo indireto”, pois, segundo a nova disciplina, geraria uma disposição nula⁴⁸⁸. Graças à garantia legal, a posição do consumidor face ao fornecedor restou fortalecida - verbera Gruber-Magitot⁴⁸⁹.

Não sendo cabível nem admissível que o fornecedor limite o direito do consumidor de reclamar dos vícios que atinjam os bens de consumo, estes terão o prazo de 30 (trinta) dias para indagá-los, quando se tratar de serviço ou de produto não durável, e 90 (noventa) dias para aqueles considerados duráveis, de acordo com o art. 26, incisos I e II, do CDC. Sendo o vício aparente, tais prazos decadenciais serão contados a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução do serviço. Não sendo o vício de fácil e imediata visualização, o consumidor terá os mesmos prazos acima mencionados, que incidirão quando o problema for detectado. O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, tem examinado a questão do prazo decadencial para reclamar dos vícios que acometem produtos e serviços⁴⁹⁰.

Quanto à reparação pelos danos causados por defeito do produto ou do serviço, o consumidor dispõe do prazo de 05 (cinco) anos, iniciando-se a contagem a partir do conhecimento da lesão e de sua autoria, em conformidade com o art. 27 daquele mesmo *Codex*. O prazo previsto para o exercício da garantia legal constitui um período de prova que se inicia com a entrega do objeto vendido ou da finalização do serviço contratado, assegurando-se ao consumidor o direito de questionar qualquer falta de conformidade que se manifeste⁴⁹¹.

A *ratio essendi* da garantia de adequação, instituída pelo CDC, é a busca de equilíbrio nas relações de consumo, marcadas pela contratação padronizada e pela vulnerabilidade do consumidor, principalmente, sob os aspectos informacional e técnico.

⁴⁸⁷ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La Responsabilità del Produttore*. 4. ed. Milão: Dott. A Giuffrè, 1999, p. 10.

⁴⁸⁸ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 9. ed. rev. e atual. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2002, P. 253.

⁴⁸⁹ GRUBER-MAGITOT, Stéphane. *L'action du consommateur contre le fabricant d'un objet affecté par un vice caché en droit anglais et en droit français*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010, p. 40.

⁴⁹⁰ Examinar os seguintes Recursos Especiais: REsp 100710/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 03/02/1997; e 114473/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 05/05/1997.

⁴⁹¹ GARCÍA-GRANERO, Maria Dolores Mezquita. Os Plazos en la Compraventa de Consumo. Estudo Comparativo de la Cuestión en el Derecho Español y Portugués. In: MONTEIRO, António Pinto. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, n. 6, 2004, p. 161.

Por essa razão, assinala Cláudia Lima Marques, é que a garantia se concentra “no objeto do contrato, na sua prestação principal que é o produto ou o serviço adequado ao fim a que se destina”, assentando-se na confiança - despertada “legitimamente no consumidor”- de que qualquer bem colocado no mercado estará servindo conforme o uso esperado⁴⁹². Fundada na boa-fé do consumidor, a garantia passou a ser um “elemento do próprio produto” e, dessa forma, “todos os fornecedores são responsáveis por ela, e não só aquele que contratou com o consumidor”⁴⁹³.

Não obstante a ampla proteção deferida pelo CDC para o consumidor quando se defrontar com vícios nos produtos e serviços, a inexistência de norma que obrigue o fornecedor a esclarecê-la para o público consumidor, aliada ao desconhecimento, por parte da população, sobre os seus direitos, constitui o cerne da problemática, ora, em análise. Como será visto, no próximo item, o fornecedor, ao conceder a garantia contratual para o consumidor, termina por induzi-lo a crer que, após escoado o prazo desta, não terá meios legais para se defender. Em matéria intitulada “Prazo truncado”, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) revelou dados, resultantes de pesquisa feita, e denunciou o fato de que “as redes varejistas andam limitando o direito do consumidor na troca e no reparo de produtos com defeito”⁴⁹⁴.

Delata o Idec que “As lojas o induzem a imaginar que não pode mais recorrer a elas, após prazos que variam entre dois e sete dias”. A maioria das empresas, complementa o Instituto, informa que “o cliente só pode trocar o artigo com defeito até 72 horas (três dias) após a compra. Algumas redes ainda dão prazos distintos para reclamação, conforme o tipo de produto. Passado o período estabelecido, as lojas avisam ao consumidor que ele deve procurar uma assistência técnica autorizada”⁴⁹⁵.

O esclarecimento ao consumidor sobre a proteção legal é tema polêmico que não encontra, na literatura jurídica brasileira, um posicionamento ainda firmado, caracterizando a sua originalidade. Compete ao fornecedor não somente a inquestionável tarefa de informar ao consumidor sobre a garantia legal dos produtos e serviços, mas também de solucionar os

⁴⁹² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 403.

⁴⁹³ Destaca Cláudia Lima Marques que “A garantia acompanharia o produto quando este fosse transmitido a sucessivos consumidores, durante a vida útil do bem, não importando se o vício oculto, por exemplo, em um forno de microondas aparecerá no primeiro ano ou no segundo, quando já em mãos da sobrinha da compradora original”. Ibidem, p. 404.

⁴⁹⁴ *Revista do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor -IDEC*, n. 126, outubro de 2008, p. 30 e 31. No capítulo 6, tratar-se-á da tríade da liberdade de informação, com base nos ensinamentos de Canotilho e Vital Moreira. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra, 1993, p. 225.

⁴⁹⁵ Ibidem, idem.

vícios que podem afetá-los, sem se eximir da responsabilidade prevista no Ordenamento Jurídico Pátrio⁴⁹⁶. Infelizmente, na prática, nenhum fornecedor presta tal informação para o consumidor e, ao conceder a garantia contratual, por via oblíqua, leva-o a acreditar que os vícios identificados devem ser solucionados de acordo com as regras impostas pelo próprio estabelecimento comercial ou fabricante.

4.2 GARANTIA CONTRATUAL, CONVENCIONAL OU *EXPRESS WARRANTY*

Consiste no instrumento através do qual o fornecedor, de forma expressa, concede certas facilidades para que o consumidor possa solucionar problemas que surjam com a fruição de produto durável ou de serviço. A garantia contratual não afeta a proteção legal que continua subsistindo integralmente, não podendo ser objeto de limitação nem de exoneração⁴⁹⁷. Quanto ao conteúdo da garantia, não existem normas que o discipline, podendo o fornecedor estabelecer qualquer benefício complementar para o consumidor, desde que não insira restrições aos seus direitos de forma dissimulada, ou direta⁴⁹⁸.

De modo diverso da proteção legal, a garantia contratual depende da deliberação do próprio fornecedor, podendo ser limitada ou condicionada a determinados requisitos. O fornecedor poderá instituí-la de modo total ou parcial, vinculando-a ao cumprimento de certas exigências, como, *v.g.*, instalação por seus técnicos, vedando-se a abertura da embalagem do produto para que não seja danificado ou ocorra a diminuição do número de peças enviadas⁴⁹⁹. Assinala Cláudia Lima Marques que é “um plus, um anexo voluntário e que pode ser concedido mesmo após a assinatura do contrato”, como ocorre, por exemplo, com um freguês de uma importadora que, “após comprar um rádio sem garantia, e o comerciante, para facilitar a venda de mais dois, oferece garantia de 6 meses. A legal nasce potencialmente com o vínculo contratual original”⁵⁰⁰.

O fornecedor poderá, por exemplo, na venda de um produto eletrônico, contratualmente, obrigar-se a substituí-lo, em certo prazo, se determinado item não

⁴⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 555.

⁴⁹⁷ CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 286 (tradução livre).

⁴⁹⁸ Jorge Pulido utiliza a expressão “garantias oferecidas”. PULIDO, Jorge Guillermo Pipaón. *Derechos de los Consumidores y Usuarios*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 157.

⁴⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima., *op. cit.*, p. 684.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, *idem*.

funcionar muito bem, independentemente, de configurar vício ou defeito. Sendo voluntária, o fornecedor poderá condicioná-la a determinados requisitos e restrições, mas jamais deverá omitir informações sobre a proteção legal⁵⁰¹. O problema é que, ao disponibilizar tal benesse, o fornecedor não explica para o consumidor que o seu direito não fica circunscrito apenas ao quanto prometido. A maioria dos consumidores brasileiros, como já dito em outras oportunidades, não tem o conhecimento das normas protetivas e termina sendo ludibriada com a garantia contratual, confundindo-a com a proteção legal⁵⁰².

O instituto da garantia contratual, ao ser analisado em caráter perfunctório, parece trazer sempre benefícios para os consumidores, já que o fornecedor concede determinadas vantagens para os adquirentes de produtos e serviços. É o que ocorre, *v.g.*, com a venda de um refrigerador mediante a garantia contratual de que, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, caso apresente vícios nas partes emborrachadas ou metalizadas, poderá haver a substituição do produto, ou mesmo dos itens que apresentarem problemas, sem qualquer vinculação com os fatores que os tenham causado.

Expirado o aludido prazo, advirão, então, sérias dúvidas para o consumidor em face da ausência de informação sobre a proteção legal conferida pela Lei n.º 8.078/90. No decorrer da vigência da garantia contratual, caso o produto venha a apresentar certo vício que não esteja coberto por tal instrumento, os consumidores também terão incertezas quanto à resolução da questão. Isso porque os fornecedores, ao disponibilizarem a garantia contratual, não tratam da existência da proteção legal, sob a alegação de que não existe norma expressa no CDC que o obrigue a cumprir tal dever. Dessa forma, em caso de vícios dos bens adquiridos, os consumidores, ao lerem a garantia contratual, terão a equivocada impressão de que somente vigora o que está registrado no conteúdo desta⁵⁰³. Não se pode deixar de registrar que os brasileiros, em regra, desconhecem os seus direitos básicos como consumidores e, em consequência, terminam acreditando no que é dito pelo fornecedor na garantia contratual⁵⁰⁴.

Ao examinarem a garantia contratual, Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz afirmam

⁵⁰¹ ALPA, Guido. *I Diritto dei Consumatore*. Milano: CEDAM, 1998, p. 98.

⁵⁰² Na matéria “De olho na garantia: um “plus”, esclarece o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor que “a garantia contratual, simples ‘acessório’ que o fabricante ou fornecedor acrescenta a seu produto, não é obrigatória. Sua vigência começa a partir da data da nota fiscal, e ela vigora independentemente da garantia legal”. *Revista do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor -IDEC*, n. 110, maio de 2008, p. 16 e 17.

⁵⁰³ CÉSARO, Ernesto (cura). *Clausole vessatorie e contratto del consumatore degli utenti*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 78.

⁵⁰⁴ O desconhecimento dos direitos básicos dos consumidores por parte de grande parcela da população brasileira resulta na ausência de difusão de noções básicas nas instituições educacionais e na precária educação informal dos indivíduos, como será visto no capítulo sexto desta tese.

que é um instituto que apresenta vantagens para os consumidores, mas, ao mesmo tempo, perigos. Enumeram as seguintes benesses: 1) ela facilita que a prova fique sob a incumbência do próprio fornecedor; 2) a garantia contratual prevê, geralmente, que o vendedor ou o fabricante deverá reverter o vício que o bem apresenta, ou substituí-lo; 3) os vendedores e fabricantes são mais inclinados a respeitar os termos de um escrito assinado por eles próprios do que executar uma obrigação prevista em lei⁵⁰⁵.

No entanto, a existência de uma garantia contratual pode apresentar determinados perigos para o consumidor – enunciam os aludidos autores. De uma parte, “há o risco de ser confundida com a garantia legal” e diante de uma cláusula restritiva ou da expiração do prazo da garantia contratual, “o consumidor geralmente ignora que tem direito a garantia legal” e “ele nem mesmo inclina-se a invocá-la”⁵⁰⁶. Os profissionais que deliberam por conceder uma garantia contratual, verberam os autores, devem mencionar a existência da garantia legal, mas “esta obrigação não é rigorosamente respeitada” e os consumidores “persistem, na maioria das vezes, em confundir a garantia contratual com a garantia legal”⁵⁰⁷.

Alertam ainda que “certos profissionais encorajam essa confusão” e que, de outra parte, a garantia contratual é, muitas vezes, “a ocasião de uma publicidade enganosa”. O fornecedor anuncia, para atrair os clientes, que “uma garantia é acordada durante um período de muitos anos, mas o contrato de garantia possui, em pequenos caracteres, cláusulas restritivas ou limitativas” que reduzem as vantagens da garantia a quase nada⁵⁰⁸. Propugnam que para eliminar os riscos, torna-se fundamental que “os contratos de garantia sejam redigidos de modo bastante claro, que eles informem aos consumidores sobre os direitos que possuem acerca da garantia legal, distintamente, dos que a garantia contratual estabelece”⁵⁰⁹.

Exige o art. 50 do CDC que a garantia contratual seja concedida mediante termo escrito, mas não impõe ao fornecedor a obrigação de informar ao consumidor que a sua proteção não se esgota apenas com tal instituto. Em geral, os fornecedores, no afã de atraírem mais consumidores, concedem a garantia contratual e, na maioria das situações, não informam sobre a existência da proteção legal, já que não existe nenhuma exigência legal neste sentido.

A garantia contratual não substitui nem elimina a de natureza legal, sendo-lhe apenas complementar. Apesar de o seu conteúdo ficar sob a decisão discricionária do

⁵⁰⁵ CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 286 (tradução livre).

⁵⁰⁶ *Ibidem*, *idem*.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, *idem*.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, *idem*.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, *idem*.

fornecedor, o parágrafo único do citado art. 50 estabelece três requisitos mínimos que podem ser analisados sob o *aspecto temporal, espacial e procedimental*. Deve o fornecedor respectivamente indicar o prazo, ou o período no qual a garantia poderá ser exercitada; o local ao qual deve o consumidor dirigir-se, ou seja, se no próprio estabelecimento comercial, ou em outro setor; e ainda a forma que utilizará para se comunicar, se via contato direto, ou através dos meios de comunicação existentes. Para se evitar que o fornecedor conceda garantia para um mesmo bem de consumo de forma diferenciada, com base na situação peculiar de cada adquirente, o CDC impõe o uso de formulário padronizado.

Além daqueles requisitos básicos, o multicitado dispositivo determina que compete ao fornecedor esclarecer, “de maneira adequada”, em que “consiste a mesma garantia”. Ora, a interpretação teleológica dessa exigência, fundada no alcance da máxima proteção para o consumidor, poderia servir de instrumento para se defender que o fornecedor estaria obrigado legalmente a explicar ao consumidor que a garantia contratual não se sobrepõe à legal e muito menos a anula. No entanto, na prática, negam os fornecedores que a dita expressão equivaleria ao dever de especificar para o consumidor qual o conteúdo da garantia contratual e a sua nítida separação da legal.

As regras brasileiras sobre a concessão da garantia contratual coadunam-se com as presentes no sistema norte-americano e na Comunidade Econômica Europeia, porém, nos países que integram tais conglomerados, os consumidores são mais conscientes dos seus direitos, os fornecedores, em geral, prestam informações sobre a proteção legal e os órgãos fiscalizadores desempenham um papel ativo. A Seção 2-314 do *Uniform Commercial Code*, acima mencionado, estabelece que a garantia legal é implícita, não podendo a garantia contratual eliminá-la ou mitigá-la⁵¹⁰. A Section 2-313 dispõe sobre a *express warranty* ou garantia contratual e determina que o fornecedor preste informações verdadeiras e claras sobre a promessa feita ao consumidor, não criando empecilhos ou uma concepção indevida sobre a proteção legal⁵¹¹.

O art. 6 da Diretiva 85/374/CEE disciplina a garantia contratual e dispõe sobre os seus

⁵¹⁰ “Garantias expressas pelo vendedor são criadas da seguinte forma: (a) Qualquer afirmação de fato ou promessa feita pelo vendedor para o consumidor que se relaciona com os bens, torna-se parte da base de negócio, criando uma garantia expressa de que os bens devem ser conformes com a afirmação ou promessa; (b) Qualquer descrição dos bens que é feita torna-se parte da base do negócio, criando uma expressa garantia em que os bens devem estar em conformidade com a descrição realizada. (c) Qualquer amostra ou modelo torna-se parte da base do negócio, criando uma garantia expressa em que os produtos em sua totalidade devem estar de acordo com as amostras e modelos apresentados”. PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998, p. 48.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 59.

requisitos mínimos: (i) uma enunciação de caráter geral que não afete a garantia legal; (ii) uma enunciação que resguarde um conteúdo mínimo da garantia convencional; (iii) que resguarde a modalidade expressiva, a transparência do conteúdo, a acessibilidade e a forma escrita; (iv) que seja registrada na língua que se expressa a garantia⁵¹². A Directiva 99/44, no art. 6, também trata da garantia dos produtos e serviços e reza que a *express warranty* resulta da negociação entre as partes e destina-se a cobrir a promessa de que o bem será reparado ou substituído durante certo período⁵¹³.

Os países que integram o Mercosul possuem regras sobre as garantias dos produtos e serviços similares às adotadas pelo Brasil e, analisando-as, observa-se que a Lei n. 8.078/90 apresenta uma estrutura avançada. Quando concedida a garantia contratual, o documento de venda terá que fazer referência expressa ao seu conteúdo, devendo constar seus alcances e características no respectivo certificado que deverá ser entregue ao consumidor – afirma Mosset Iturraspe ao comentar o art. 47 da ley 24.240 argentina⁵¹⁴. Quando a coisa ou o serviço não tiverem garantia contratual, deverá constar, de maneira clara e expressa tal circunstância no documento de venda, complementa⁵¹⁵. Seguindo a mesma linha de raciocínio, Alterini aduz que o documento de venda deve conter certas informações (descrição da coisa, nome e domicílio do vendedor, características da garantia, prazo e condições de entrega, preço e condições de pagamento), e sua redação “deve ser feita em idioma nacional, ser completa, clara e facilmente legível, sem reenvios a textos ou documentos que não sejam entregues previamente ou de forma simultânea”⁵¹⁶.

Os fornecedores, em geral, questionam que o esclarecimento adequado sobre em que consiste a garantia contratual não implica qualquer obrigação suplementar de explicar ao consumidor sobre a sua proteção legal, diante dos vícios que podem comportar os produtos e serviços. A interpretação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com base nos ditames constitucionais que erigiram a proteção do consumidor como direito fundamental e viga basilar da Ordem Econômica, permite exigir dos fornecedores a prestação de informações sobre a proteção legal. Não podem os fornecedores se restringir a tecer comentários incompletos e enganosos no bojo da

⁵¹² ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 9. ed. rev. e atual. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2002, p. 247.

⁵¹³ WEATHERILL, Stephen. *EU Consumer Law and Policy*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 131.

⁵¹⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 39.

⁵¹⁵ *Ibidem*, *idem*.

⁵¹⁶ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. Teoría General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 335.

garantia contratual e muito menos se esquivar de sanar os vícios que estejam cobertos pela garantia legal.

Constituiu-se, juntamente com o Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia- CEPEJ/FDUFBA, um grupo para a análise da problemática concernente às garantias dos bens de consumo⁵¹⁷. Foram examinadas 100 (cem) garantias contratuais referentes a diversos produtos, entrevistaram-se 200 (duzentos) consumidores, 50 (cinquenta) funcionários de estabelecimentos comerciais e 50 (cinquenta) profissionais da área jurídica, conforme formulários e demais instrumentos anexos. As garantias analisadas envolveram eletrodomésticos, eletrônicos, joias, ou seja, produtos duráveis, serviços e outros; deliberou-se por efetivar a oitiva de consumidores que possuíam certo grau de instrução, bem como por contactar funcionários de estabelecimentos comerciais de razoável porte e profissionais da área jurídica que tenham conhecimento acerca das normas consumeristas. Justificam-se tais escolhas com base no objetivo de verificar qual a interpretação daqueles que possuem certo conhecimento intelectual e jurídico sobre o tema.

A partir da análise das garantias contratuais concedidas, constatou-se que o tamanho das letras de 76% (setenta e seis por cento) desses instrumentos não se apresentava com corpo igual ou superior a 12. Apenas 24% daquele total continham conteúdo registrado com caracteres que possibilitavam uma razoável visualização por parte do consumidor – os demais descumpriam o quanto previsto pelo CDC, conforme gráfico 1 constante no Apêndice

Quanto aos aspectos gráficos das garantias contratuais examinadas, verificou-se que 74% (setenta e quatro por cento) não apresentam nenhum destaque (negrito, sublinhado, caixa alta etc.) para os trechos que contemplem restrições aos interesses e direitos dos consumidores, sendo que, em apenas 26% (vinte e seis por cento) dos instrumentos examinados, foi possível visualizá-lo. Tais informações podem ser conferidas pela análise do gráfico 2 que integra o Apêndice.

Em geral, os fornecedores, ao concederem as garantias contratuais para os bens de consumo, estabelecem prazo igual ou superior a 03 (três) meses, conforme gráfico 3 inserido no Apêndice acima referido. A despeito de 65% (sessenta e cinco por cento) das garantias analisadas estabelecerem prazo superior a 03 meses, 20% (vinte por cento), igual a tal período

⁵¹⁷ O grupo foi constituído mediante prévia seleção curricular contendo 20 (vinte) estudantes que atuaram mediante a orientação da redatora do presente material. As atividades foram iniciadas em setembro de 2011 e finalizadas em setembro de 2012. Os resultados da pesquisa empreendida foram divulgados na seguinte coletânea: SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo: uma análise crítica sobre o conhecimento e a compreensão dos cidadãos acerca das normas legais vigentes*. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da Silva; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos (orgs.). *Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo*. Salvador: Paginae, 2012.

e apenas 15% (quinze por cento) estatui prazo inferior, a garantia legal, em regra, não é objeto de tratamento. Dos instrumentos averiguados, 88% (oitenta e oito) nada informam sobre a garantia legal, consoante se pode depreender pela análise do gráfico 4 (v. Apêndice). Ainda que 12% dos instrumentos examinados tragam informações sobre a garantia legal dos bens de consumo, apenas tratam dos prazos para a formalização de reclamação em face de vícios aparentes, nada esclarecendo sobre os vícios ocultos. Confira-se essa assertiva mediante o exame dos gráficos 5 e 6.

Com o fito de verificar o grau de conhecimento por parte dos funcionários de estabelecimentos comerciais acerca das garantias dos produtos e serviços, foram efetivadas entrevistas com 50 (cinquenta) trabalhadores. 84% (oitenta e quatro por cento) desse pessoal atuam em empresas de grande porte, 8% (oito por cento) em lojas de departamento e 8% (oito por cento) em microempresas. 50% (cinquenta por cento) dos entrevistados já cursaram o Ensino Médio, 30% (trinta por cento) possuem o nível superior e 20% (vinte por cento) tão somente o ensino fundamental. Não obstante os funcionários entrevistados terem um razoável grau de instrução e trabalharem em estabelecimentos comerciais de elevada compleição, ainda assim, a deficiência de informações sobre as garantias dos produtos e serviços é notória. 80% (oitenta por cento) dos estabelecimentos comerciais, atendendo à Lei n. 12.291/10, possuem um Código de Proteção e Defesa do Consumidor à disposição do público (v. gráfico 7). Entretanto, os funcionários, normalmente, não examinam o seu conteúdo, não tendo lido nem mesmo trechos (70% dos ouvidos, de acordo com o gráfico 8) – o mesmo ocorre com os consumidores, conforme será, posteriormente, visto.

No que concerne às informações prestadas pelos funcionários para o público consumidor, observa-se que, dos entrevistados, 86% (oitenta e seis por cento) afirmam que, na entrega da garantia contratual, prestam esclarecimento sobre o seu conteúdo (v. gráfico 9). Todavia, a maior parte dos funcionários ouvidos informou que desconhece em que consiste a garantia legal dos bens de consumo, ou seja, 60% (sessenta por cento, de acordo com o respectivo gráfico) e, desse percentual, 67% (sessenta e sete por cento) informam que não orientam os consumidores sobre a proteção legal, limitando-se a tratar dos aspectos contratuais respectivos (v. gráficos 10 e 11).

Os dados, ora em exame, demonstram que os funcionários dos fornecedores não diligenciam na prestação de informações sobre a garantia legal dos bens para o público consumidor, visto que a desconhecem ou, ainda que tenha uma noção sobre a existência, não são orientados nesse sentido. Apesar de 70% (setenta por cento) dos funcionários ouvidos informar que as empresas onde trabalham realizam alguma espécie de treinamento para que

prestem informações sobre a garantia dos produtos e serviços (v. gráfico 12), na prática, restringem-se a reiterar o conteúdo do instrumento padronizado redigido unilateralmente pelo fornecedor.

É importante salientar que praticamente metade dos funcionários entrevistados, ou seja, 54% (cinquenta e quatro por cento) não desconhece que, finda a garantia contratual e, verificando-se defeito no produto ou serviço, o consumidor terá o direito de reclamar, porém nada informam sobre esse aspecto (v. gráfico 13). Deve-se atentar para o fato de que os funcionários também desconhecem que a não entrega da garantia contratual para os consumidores constitui infração penal tipificada pelo art. 74 do CDC (gráfico 14).

4.3 GARANTIA ESTENDIDA

Questão de intensa notoriedade consiste na denominada “garantia estendida”, através da qual o fornecedor afirma para o consumidor que, caso aceite pagar um valor adicional ao preço do produto ou serviço, poderá usufruir de um prazo maior de proteção contratual⁵¹⁸. Em determinadas situações, o consumidor sequer é consultado pelo fornecedor sobre o interesse em adquirir ou não a garantia estendida, sendo tal instituto inserido na cártula sem mesmo o aval do pretense interessado⁵¹⁹.

Inicialmente, a garantia estendida era concedida pelos fornecedores mediante um simples adendo ao próprio contrato e, em diversas oportunidades, os consumidores não eram previamente informados e acabavam aderindo de forma desavisada⁵²⁰. Diversas queixas chegaram aos órgãos de proteção ao consumidor sobre a prática da “venda casada” entre o produto ou serviço, realmente contratado, e a dita garantia.

Em matéria datada de 5/6/2010, o Jornal A TARDE divulgou que, segundo dados da Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-BA), de janeiro a maio daquele mesmo ano, foram registradas 701 (setecentos e uma) reclamações sobre os diversos tipos de garantias. Nessa mesma notícia, Maíra Feltrin, advogada do Instituto Brasileiro de

⁵¹⁸ MAIORCA, Sergio. *Tutela dell'Aderente e Regole di Mercato nella Disciplina Generale dei 'Contratti del Consumatore*. Torino G. Giappichelli, 1999, p. 104.

⁵¹⁹ Vislumbre-se o teor da seguinte ementa: CONSUMIDOR. INCLUSÃO DE GARANTIA ESTENDIDA NO PREÇO DE PRODUTO. RECLAMAÇÃO. SUCESSIVOS ESTORNOS E COBRANÇAS INDEVIDAS. CLIENTE MALTRATADO. FATOS COMPROVADOS PELA REVELIA DECLARADA NOS AUTOS. DANO MORAL CARACTERIZADO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DO VALOR PARA REPARAÇÃO. Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Recurso n. 20100410074782ACJ, Relator Des. Fábio Eduardo Marques, julgado em 4 de outubro de 2011, publicado em 10/10/2011.

⁵²⁰ Explica Alterini em que consiste a garantia prolongada. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. Teoría General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 335.

Defesa do Consumidor (Idec), afirmou que “Embutir o valor da garantia estendida no preço do produto fere o direito básico do consumidor à informação, viola a sua liberdade de escolha e configura venda casada. O consumidor deve exigir a devolução do valor pago”. Ressaltou o Jornal que “Mais de 96% dos clientes não são informados da garantia estendida”⁵²¹.

Objetivando legitimar a oferta da garantia estendida e diante de tantas queixas de “venda casada”, em 2005, passou-se a constituir um contrato de seguro, somente podendo ser comercializado por empresas do ramo, devidamente autorizadas pela Secretaria de Seguros Privados (Susep), conforme determinado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), através da Resolução 122/2005. Assim sendo, as lojas terão que contar com a intermediação de uma corretora de seguros⁵²².

Segundo o Idec, existem três modalidades de garantia estendida, a saber: a) original; b) original ampliada; e a c) diferenciada. A primeira possibilita ao consumidor uma cobertura similar à da garantia original do fabricante do produto ou serviço; a segunda caracteriza-se pelo acréscimo de certos benefícios além do núcleo da inicial; e a última é “menos abrangente que a original”⁵²³. A garantia estendida, também denominada de “segundo ano de garantia” ou “supergarantia”, segundo o multicitado Instituto, deverá ser detidamente examinada para que, caso realmente interessante, o consumidor faça a opção pela contratação.⁵²⁴

Na matéria “De olho na garantia”, o Idec alerta que, em geral, “não vale a pena o consumidor pagar pela garantia estendida” e elenca apenas dois casos em que seria, talvez, proveitosa: “quando o contrato oferecer alguma vantagem de fato”, ou “quando o consumidor desejar simplesmente investir em seu conforto”⁵²⁵. Exemplifica o aludido Instituto tais aspectos mediante a suposição de que seria vantajoso para o consumidor, que adquira um refrigerador, o fato da garantia estendida possibilitar a retirada do produto em caso de vício, não sendo necessário que o consumidor faça o traslado para o conserto. No caso de aparelho de telefone ou de uma TV de médio porte, informa o Idec que “geralmente o contrato não cobre a sua retirada. Adeus, vantagem”.

⁵²¹ Ver página B3.

⁵²² Mesmo com a inovação, as queixas continuaram frequentes, como se pode depreender da análise da seguinte decisão: RECURSO INOMINADO. TELEVISÃO. VÍCIO. CONTRATAÇÃO DE GARANTIA ESTENDIDA. NEGATIVA DE COBERTURA. CONDENAÇÃO A DANOS MORAIS E MATERIAIS. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO QUANTUM REFERENTE AOS DANOS MORAIS. PROVIMENTO. VALOR QUE NÃO ATENDE AOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA (Paraná, Tribunal de Justiça, Turma Recursal Única, Recurso n. 20090008994-5 (Acórdão), Relator Des. Leo Henrique Furtado Araújo, julgado em 12/02/2010, publicado em 01/03/2010).

⁵²³ *Revista do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor -IDEC*, n. 110, maio de 2008, pp. 16 e 17.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 19

⁵²⁵ *Revista do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor -IDEC*, n. 110, maio de 2008, p. 19.

A *Consumers Union*, sediada nos Estados Unidos, afirma que não faz “qualquer sentido o consumidor adquirir a garantia estendida”, porque simplesmente “os produtos não costumam apresentar defeito no período coberto por elas, normalmente de até três anos”⁵²⁶. Complementa aquela entidade, na publicação *Consumer Reports*, que “Quando os aparelhos se estragam, o reparo frequentemente custa o mesmo que o valor da garantia”. Da mesma forma que o Idec, a citada entidade afirma que, na hipótese de ser adquirido, por exemplo, um aparelho de TV de elevada definição, seria recomendado analisar a possibilidade de contratar a garantia estendida. Afirma a entidade que “Os custos com o conserto podem ser altos, e esses equipamentos têm três vezes mais chance de precisar de reparo”. Segundo a *Consumers Union*, os notebooks e outros equipamentos similares têm exigido constantes consertos, destacando-se entre os produtos que apresentam tal problema. No entanto, conclui que “muitos dos problemas ocorreram fora do período de cobertura de uma garantia estendida típica para computadores”⁵²⁷.

A *Union des consommateurs*, no relatório da pesquisa realizada para o *Bureau de la Consommation d'Industrie* do Canadá, em 2007, verificou que a oferta da garantia estendida ocorre, com mais frequência, diante de bens que apresentam certa complexidade, destacando-se os eletrônicos e os aparelhos eletrodomésticos. Contudo, considerou-se que “a crença (de quebra, de privação), a ignorância (das leis, das garantias aplicáveis) e o valor associado a tais bens parecem ser regularmente a origem da decisão de adquirir uma garantia prolongada”⁵²⁸. Ademais, constatou aquele ente que, entre as garantias estendidas ofertadas, a maior parte é redigida sem a clareza necessária para que o consumidor compreenda o seu real conteúdo. De outra parte, muitos vendedores não são orientados neste sentido ou não se encarregam de apresentar fielmente a essência da garantia, as limitações e as exclusões que pode comportar⁵²⁹. Por fim, concluiu que é conveniente evitar que os comerciantes abusem da vulnerabilidade dos consumidores “para lhes vender as garantias prolongadas cujo valor real não justifica talvez o preço exigido”⁵³⁰.

O magazine americano *Consumer Reports* retratou, em artigo intitulado *Why you don't need an extended Warrant?*, que apenas 8% dos televisores, dos quais a dimensão da tela

⁵²⁶ Ver o site <http://www.consumerreports.org>. Acesso em 23.7.2012.

⁵²⁷ *Ibidem*, *idem*.

⁵²⁸ “Garanties Prolongées: le consommateur en a-t-il pour son argent?” Rapport final du *projet de recherche présenté au Bureau de la Consommation d'Industrie Canada par l'union des consommateurs*. Juin 2007. www.consommateur.ac.ca union. Acesso em 23.08.2013.

⁵²⁹ “Garanties Prolongées: le consommateur en a-t-il pour son argent?” Rapport final du *projet de recherche présenté au Bureau de la Consommation d'Industrie Canada par l'union des consommateurs*. Juin 2007. www.consommateur.ac.ca union. Acesso em 23.08.2013.

⁵³⁰ *Ibidem*, *idem*.

situa-se entre 30 e 36 polegadas, teriam necessidade de uma reparação ao cabo de três a quatro anos após a compra, quando, então, a garantia estendida incidiria - essa conclusão revela que não haveria necessidade de prolongamento da garantia contratual. O conserto daqueles aparelhos, por outro lado, custaria em torno de 500 \$US, valor esse abaixo do montante referente ao pagamento da garantia estendida. O artigo revela igualmente que situação similar ocorre com os computadores, cuja reparação varia entre 100 \$US e 400 \$US, bem como com os refrigeradores, que demandam uma média de 120\$US para o conserto⁵³¹.

A Procon-BA, através do coordenador técnico do órgão, à época, Dr. Pedro Lepikson, alertou que um dos principais problemas da garantia estendida é a sua real utilização, aduzindo que “Pela lei, o consumidor já tem o prazo de 90 dias, a partir da descoberta do defeito, para trocar o produto caso haja algum problema. Isso, além da garantia contratual oferecida pelo fabricante. Ou seja, dificilmente ele vai usar a garantia estendida”⁵³². Em outra matéria, o mesmo jornal acima referido, denuncia “Garantia estendida nem sempre é um bom negócio: especialistas alertam sobre os cuidados que o consumidor deve ter, pois “É um seguro vendido pelas lojas, que vigora após o fim da garantia contratual, mas nem sempre cobre os mesmos itens do anterior”⁵³³. Mais uma vez, neste informe, aquele órgão delata que “Na verdade, só em raríssimas hipóteses é que a garantia estendida pode ser conveniente para o consumidor, como nos casos de produtos de altíssimo valor, e que leve uma garantia de cinco, seis anos”⁵³⁴.

Pode-se vislumbrar que, na venda de diversos produtos, os lojistas, através de seus funcionários, induzem os adquirentes a acreditarem que, arcando com uma quantia extra, estarão sendo beneficiados com a extensão da garantia contratual⁵³⁵. Em virtude da existência da garantia legal dos produtos e serviços, dificilmente haverá vantagem real para o consumidor que opte pela extensão do beneplácito contratual⁵³⁶. O Idec anuncia as seguintes

⁵³¹ WALKER, Connie, «Should you buy an extended warranty ?», CBC Market Place, CBC news, Canada, 12 novembre 2002, http://www.cbc.ca/consumers/market/files/money/extended_warranties/why_buy.html. Acesso em 24.07.12.

⁵³² Jornal A TARDE, de 5/6/2010, p. B3.

⁵³³ Jornal A TARDE, de 18/12/2010, p. B10.

⁵³⁴ Ibidem, idem.

⁵³⁵ KLOEPFER, Michael. *Informationsrecht*. Munique: Beck, 2002, p. 129.

⁵³⁶ Verifique-se o teor da seguinte decisão: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO. AQUISIÇÃO DE REFRIGERADOR. OCORRÊNCIA DE FERRUGEM DENTRO DO PRAZO DE GARANTIA. VÍCIO DE PRODUTO. TROCA DA MERCADORIA POR OUTRA OU DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA PELO PRODUTO. SENTENÇA MANTIDA. 1. TENDO A SENTENÇA JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, NÃO MERECE SER CONHECIDO O APELO DA PARTE DEMANDADA NO PONTO EM QUE REQUER O AFASTAMENTO DOS DANOS MORAIS, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 2. NÃO HAVENDO PROVA NOS AUTOS POR PARTE DA DEMANDADA, ÔNUS DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU, NOS TERMOS DO ART. 333, II, DO CPC, DE QUE A GARANTIA ESTENDIDA CONTRATADA PELA PARTE AUTORA QUANDO DA AQUISIÇÃO DE UM REFRIGERADOR NÃO COBRIRIA A TROCA/CONCERTO DO PRODUTO EM

dicas para o consumidor, caso deseje contratá-la: “Informe-se sobre a modalidade de seguro; Solicite sempre uma cópia do contrato ou apólice; leia-o e analise antes de assinar; se achar melhor, solicite tempo para tanto, deixando para adquirir a garantia estendida em outra ocasião”⁵³⁷.

A garantia legal, em razão do critério da vida útil, pode alcançar dois ou três anos após a data de aquisição do bem, não havendo a necessidade de pagamento de qualquer valor adicional, portanto, “não se vê qualquer vantagem em adquirir a garantia estendida”⁵³⁸. Ao ofertar a garantia estendida, o fornecedor também não tem o dever de informar ao consumidor sobre os direitos em face dos vícios, consistindo em mais um instrumento para fazê-lo crer que estes são limitados⁵³⁹.

Por intermédio de pesquisa concretizada em 50 (cinquenta) estabelecimentos comerciais, mediante a atuação do grupo de acadêmicos da Faculdade de Direito da UFBA, acima referido, foi possível verificar que 72% (setenta e dois por cento) oferecem a garantia estendida para determinado produto ou serviço (v. gráfico 15). Do percentual de 28% que ainda não disponibiliza a garantia estendida, 86% (oitenta e seis por cento) pretendem oferecê-la (v. gráfico 16) – o que denota que é um instrumento que vem sendo intensamente utilizado no mercado de consumo.

Objetivando estimular os consumidores a contratar a garantia estendida, muitos estabelecimentos comerciais concedem descontos quando é adquirida. Dos funcionários entrevistados, 56% (cinquenta e seis por cento) informaram a incidência daqueles descontos (v. gráfico 17). Isso demonstra o real interesse dos fornecedores de que os consumidores contratem a garantia estendida, pois aumentam a sua margem de lucro e, em contrapartida,

DECORRÊNCIA DE FERRUGEM, A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA É MEDIDA QUE SE IMPÕE. PRELIMINAR CONTRA-RECURSAL PARCIALMENTE ACOLHIDA. APELO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDO. Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Gelson Rolim Stocker, Recurso n. 70037962099, julgado em 30/03/2011, publicado em 05/04/2011.

⁵³⁷ Ver site do Idec.

⁵³⁸ A proteção concedida pelo próprio CDC é adequada e suficiente aos interesses do consumidor, aduz Bessa, motivo pelo qual “É incorreto, inclusive, falar-se em extensão de garantia”. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 173.

⁵³⁹ DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APARELHO CELULAR QUE APRESENTOU DEFEITO DURANTE A VIGÊNCIA DA GARANTIA ESTENDIDA ADQUIRIDA. DESCABIDA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA PELA EMPRESA-APELANTE. CONTRATO DE SEGURO "MAX GARANTIA ESTENDIDA" CELEBRADO NO INTERIOR DE UMA DAS LOJAS DESTA EMPRESA, QUANDO DA AQUISIÇÃO DO APARELHO DEFEITUOSO. APLICAÇÃO DAS TEORIAS DA BOA-FÉ E DA APARÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. FATO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA INDENIZATÓRIA PROPORCIONAL E ADEQUADA AO EVENTO. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO CAPUT DO ARTIGO 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 19ª Câmara Civil, Recurso n. 0360911-48.2010.8.19.0001(apelação), Relator Desa. Denise Levy Tredler, julgado em 19/12/2011, publicado em 19/12/2011.

aqueles não obterão vantagens reais. Ouvidos 200 (duzentos) consumidores sobre a problemática relativa às garantias dos bens, 72% (setenta e dois por cento) informaram que já contrataram a garantia estendida – situação que comprova a larga difusão e aceitação do instituto no mercado (v. gráfico 18). Mesmo que a garantia estendida não traga vantagens reais para o público consumidor, esse tem se inclinado a contratá-la, dispendendo valores extras sob a crença de que estarão melhor protegidos.

Afirmam os comerciários entrevistados que esclarecem efetivamente os consumidores sobre em que consiste a garantia estendida, tendo 78% (setenta e oito por cento) certificado que executam essa atividade (v. gráfico 19). Dos consumidores ouvidos, 71% (setenta e um por cento) afirmam que têm conhecimento do que consiste a garantia estendida, mas, na prática, não possuem domínio de informações sobre as reais intenções dos fornecedores ao oferecerem tais instrumentos - em regra, o enriquecimento ilícito mediante a geração de uma falsa impressão por parte dos consumidores de que estão sendo efetivamente protegidos (gráfico 20). A difusão da garantia estendida tem sido tão marcante que de 50 (cinquenta) profissionais da área jurídica entrevistados, que deveriam melhor conhecer a sua essência, consequências e efeitos, 87% (oitenta e sete) informam que já adquiriram produto ou contrataram serviço com essa agregação. 90% (noventa por cento) dos ouvidos aduzem que sabem em que consiste essa garantia, porém, a maioria nem tem conhecimento de que corresponde a um seguro e quais são as dificuldades enfrentadas pelos consumidores para acioná-lo (gráfico 21).

4.4. VÍCIOS DOS BENS DE CONSUMO: CONCEITOS BÁSICOS

O microssistema consumerista foi estruturado para atender à nova realidade contratual instalada a partir da sociedade massificada e dos contratos de adesão. Fez-se necessária a instituição de normas protetivas em benefício dos consumidores fragilizados pelo abuso de poder econômico, sendo que “a parte 'forte' (predisponente) exerce em prejuízo das partes 'débeis', a si contrapostas no mercado ('aderente')”- enuncia Enzo Roppo⁵⁴⁰. A despersonalização e o automatismo – dois fenômenos que tonificam as relações contratuais massificadas⁵⁴¹ contribuíram para que normas protetivas fossem cunhadas. Perderam-se os prévios laços entre fornecedor e consumidor e nada mais se discute, aplicando-se o formulário padronizado que, em regra, não admite alteração.

⁵⁴⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1947, p. 303.

⁵⁴¹ *Ibidem*, *idem*.

Para se adequar a esse panorama, as normas consumeristas trouxeram uma concepção muito mais ampla sobre os vícios dos produtos e serviços, não se restando ao conceito tradicional de vícios redibitórios. Com a multiplicidade e a complexidade dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo, proteger a parte mais débil não é tarefa tão simples e fácil⁵⁴². Os vícios dos bens de consumo foram previstos para se preservar um mínimo de “justiça contratual”, enquadrando-se em normas de ordem pública úteis à paz social e que não corroborem com a agressão, a hostilidade e a desconfiança⁵⁴³. O contrato deve ser concebido, anuncia Rubén Stiglitz, com uma “mínima dose de sensibilidade, ou, se se prefere, de humanidade”, não devendo ser passível de redução a uma mera operação econômica, tendo como função predominante “satisfazer e tutelar necessidades e interesses humanos legítimos”,⁵⁴⁴.

Os vícios podem ser examinados sob duas óticas: *consequencial* e *circunstancial*, considerando-se, respectivamente, os riscos e prejuízos para os consumidores e as circunstâncias em que são percebidos. Sob o primeiro aspecto, consideram-se quais são os efeitos deletérios causados em prejuízo dos consumidores, ou seja, se adentram apenas no campo econômico ou se alastram para a compleição física e psíquica do consumidor. O segundo fator exige uma análise das circunstâncias, mediante as quais os vícios podem ser visualizados pelo interessado, havendo uma facilidade na sua identificação ou não.

Com base na ótica consequencial, podem ser classificados em *vícios por insegurança*, também nominados de *defeitos*, ou *vícios por inadequação*. *Vícios por insegurança* colocam em risco ou atingem a *incolumidade física e/ou psíquica* dos consumidores, tangenciando ou invadindo a vida, a saúde e a segurança dos usuários. *Vícios por inadequação* geram prejuízos para a *incolumidade econômica* do consumidor, visto que o produto ou serviço não atende às suas expectativas legítimas, não servindo aos fins propostos pelo próprio fornecedor⁵⁴⁵. Os vícios por insegurança ou defeitos geram a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, também denominados de acidentes de consumos, previstos nos arts 12 a 17 da Lei n. 8.078/90; já os vícios por inadequação provocam a responsabilidade disciplinada

⁵⁴² SZAFIR, Dora. *El Consumidor en el Derecho Comunitario*. Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 304.

⁵⁴³ STIGLITZ, Rubén S. *Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 3.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 3.

⁵⁴⁵ Antônio Herman V. Benjamin refere-se a vício intrínseco (incolumidade econômica) e extrínseco ou exógeno (físico-psíquica). BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 27-31. Roberto Senise Lisboa também se refere a tal classificação. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 336.

nos arts. 18 a 25 do CDC⁵⁴⁶.

Em geral, quando um vício por insegurança atinge um produto ou serviço, a sua utilidade também termina sendo afetada – é o que ocorre, *v.g.*, com um equipamento eletrônico que vem a explodir, causando lesões corporais no usuário e deixando de funcionar de modo devido. Por outro lado, um vício por inadequação pode não causar um problema ou prejuízo para a incolumidade física ou psíquica do consumidor, restringindo a causar-lhe apenas consequências negativas no campo econômico e financeiro. De fato, frequentemente, um vício por insegurança provoca a inutilização ou a diminuição da qualidade ou da funcionalidade do bem, sendo, assim, noções que estão imbrincadas nesse sentido.

Quanto às circunstâncias em que os vícios podem ser detectados pelo interessado, é possível a sua classificação em *aparentes*⁵⁴⁷ ou *ocultos*. Aparentes, *exógenos* ou *extrínsecos* são aqueles facilmente visíveis e identificáveis pelo homem médio, que pode ser o próprio consumidor que o adquirira ou quem o esteja utilizando⁵⁴⁸. Não haverá, nessa hipótese, necessidade de realizar-se um exame mais aprofundado do produto ou do serviço para que se constate o problema. Ocultos, *endógenos*, *intrínsecos* ou *latentes*⁵⁴⁹ são os vícios que não são perceptíveis com facilidade pela maior parte dos sujeitos, exigindo-se um exame mais acurado do produto ou serviço.

Na vigência das normas cíveis clássicas, inicialmente, o adquirente de produtos ou o contratante de serviços tinha o dever de empreender todas as possíveis diligências para bem examiná-los, visto que vigia a regra do *caveat emptor*. A partir do desenvolvimento das normas protetivas da coletividade consumerista, surgiram as noções de vícios aparentes e ocultos com o objetivo de não deixar apenas a cargo de um contratante a tarefa de verificar a adequação e qualidade do bem. Sendo o vício aparente, compete ao consumidor verificá-lo logo após a entrega do bem ou do término da prestação do serviço; na ocorrência de problema oculto, não terá como supor ou suspeitar a existência e houve a necessidade de conceder-lhe um prazo, contabilizado a partir da descoberta, para que seja objeto de denúncia.

Em se tratando de vício aparente, a sua exteriorização possibilita ao consumidor visualizá-lo com maior facilidade. Ao consumidor compete a diligência de verificar o estado

⁵⁴⁶ Ao tratar sobre os vícios por inadequação, Le Tourneau afirma que afetam o uso da coisa em si, mas não significa a desconsideração dos que sejam menores. TOURNEAU, Philippe le. *La Responsabilité des vendeurs et fabricants*. Paris: Dalloz, 1997, p. 75.

⁵⁴⁷ Mosset Iturraspe refere-se a vícios ostensíveis ou manifestos. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 44.

⁵⁴⁸ CALAIS-AULOY, Jean. De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité. *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, t. II, p. 61 e ss., sobretudo p. 69 e ss.

⁵⁴⁹ Assevera Philippe le Tourneau que no direito contractual inglês, existe a expressão *latent defect*. TOURNEAU, Philippe le, op. cit., p. 73.

em que se encontra o bem, porém, isso não quer dizer que o fornecedor não está obrigado a informá-lo satisfatoriamente sobre as suas reais condições e características. A confiança é fator que deve estar presente em todo e qualquer negócio jurídico e o consumidor, ao deliberar se adquire certo bem, acredita que o fornecedor encontra-se imbuído do propósito de prestar informações corretas, claras e seguras. É a confiança vista “como bem jurídico; como princípio jurídico e de interpretação; como expectativa genérica de cumprimento” – afirmam Cláudia Lima Marques e Ricardo Lorenzetti⁵⁵⁰. A previsão legal do instituto jurídico do vício aparente não desonera o fornecedor do cumprimento do dever de informação nem do de atender ao princípio da transparência⁵⁵¹.

Oculto é o vício que, para ser identificado, depende da decorrência de certo *lapsus temporis* e, provavelmente, de uma avaliação mais acurada e especializada do bem de consumo⁵⁵². Como não se faz possível a sua identificação no ato da compra ou da conclusão do serviço, a legislação consumerista estabelece um prazo para que, depois de conhecido pelo consumidor, possa ser objeto de delação. Como o vício poderá eclodir depois de muito tempo de uso do bem, para evitar que seja confundido com o desgaste natural do produto ou serviço, desenvolveu-se o critério da *vida útil* para auxiliar na resolução dos conflitos que passaram a eclodir⁵⁵³.

A análise do vício oculto deve perpassar pela averiguação do estado em que se encontra o bem de consumo. Não existe um prazo único caracterizador da vida útil do produto ou do serviço, dependendo da natureza e da essência de cada um deles. Veículos, eletrodomésticos, equipamentos eletrônicos e outros bens duráveis, por sua própria constituição e finalidade, não são adquiridos para durarem num exíguo período de tempo⁵⁵⁴. Embora não exista um prazo preestabelecido para definir a vida útil, apresentando um desses bens vícios, terão que ser considerados o tempo e a forma do uso, pois, não havendo uso impróprio, compete ao fornecedor sanar o vício.

⁵⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Servicios a los Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 48.

⁵⁵¹ DONNA, Luca Di. *Obblighi Informativi Precontrattuali*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 45.

⁵⁵² Diante do vício oculto (*caché*) não informado ao consumidor pelo fornecedor, a garantia legal funciona como uma sanção pelo defeito de informação. CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 55.

⁵⁵³ O Superior Tribunal de Justiça fez uso do citado parâmetro no julgamento, em outubro de 2004, do REsp 442.368, que versava sobre compra de semente de algodão com vício de qualidade.

⁵⁵⁴ Herman Benjamin observa que “o legislador, na disciplina desta matéria, não tinha, de fato, muitas opções. De um lado, poderia estabelecer um prazo totalmente arbitrário para a garantia, abrangendo todo e qualquer produto ou serviço. Por exemplo, seis meses (e por que não dez anos?) a contar da entrega do bem. A vida útil do produto ou serviço será um dado relevante na apreciação da garantia”. BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 134-135.

O desenvolvimento tecnológico e industrial possibilitou a criação de uma multiplicidade de produtos e serviços cuja constituição é conhecida apenas por especialistas. Dificilmente, um sujeito que não seja especialista em determinada área poderá identificar e compreender o que se passa com certo bem complexo que não mais atende, com propriedade, a finalidade a que se destina. Assim sendo, o consumidor, já fragilizado pela estipulação unilateral do contrato de adesão, fica em situação ainda mais débil quando se defronta com produtos e serviços viciados, fruto da alta tecnologia. O desequilíbrio significativo de direitos, nesse caso, é manifesto⁵⁵⁵.

O critério da vida útil dos bens de consumo quanto ao problema dos vícios ocultos não significa que a garantia legal seja eterna, porquanto aqueles possuem uma durabilidade determinada⁵⁵⁶. Se o vício aparece no fim da vida útil do produto, afirma Cláudia Lima Marques, a garantia ainda existe, “mas começa a esmorecer, porque se aproxima o fim natural da utilização deste, porque o produto atingiu já a durabilidade normal, porque o uso e o desgaste como que se escondem da anterioridade ou não do vício”, ou seja, “É a 'morte' prevista dos bens de consumo”.

De acordo com o art. 7º, n.1, da Diretiva 1999/44 CEE, o prazo de duração da garantia será de dois anos a contar da entrega do bem, podendo ser reduzido para um ano por acordo das partes, no caso de bens em segunda mão⁵⁵⁷. Quanto ao “prazo de caducidade” (prescrição) dentro do qual os direitos do comprador devem ser exercidos, cujas existência e duração serão fixadas pelas legislações nacionais, não poderá ser inferior a dois anos, a contar da data da entrega do bem. Dispõe o art. 5º, n. 1, que os Estados membros podem estabelecer um prazo de dois meses para a denúncia da falta de conformidade, a contar da data em que a mesma foi detectada. A Convenção Sobre a Prescrição em Matéria de Venda Internacional de Mercadorias, celebrada em Nova Iorque em 14 de junho de 1974 e em vigor desde 1º de agosto de 1988, dispõe, no art. 10, n. 2, que os direitos por desconformidade prescrevem no prazo de quatro anos a contar da data de entrega dos bens ao comprador⁵⁵⁸.

Se a própria legislação não contém uma definição precisa do que sejam os vícios ocultos e a doutrina enfrenta dificuldades em concebê-los - situação que também ocorre quanto à jurisprudência -, *a fortiori*, aos consumidores, principalmente àqueles que não frequentam os cursos jurídicos. Por essa razão, não se pode admitir que os fornecedores façam

⁵⁵⁵ Sobre o tema, consultar: FIKENTSCHER, Wolfgang. *Schuldrecht*. Berlim: Walter de Gruyter, 1992, p. 130.

⁵⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 685/686.

⁵⁵⁷ FROTA, Mário. *Política de Consumidores na União Europeia*. Plano de Acção Trienal 1999-2001. Coimbra: Almedina, 2003, p. 49.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, *idem*.

uso da garantia contratual como instrumento para obscurecer, ainda mais, a proteção dos consumidores diante dos vícios dos produtos e serviços.

De 200 (duzentos) consumidores ouvidos, 50% (cinquenta por cento) possuem nível superior, 40% (quarenta por cento) finalizaram o Ensino Médio e apenas 10% (dez por cento) cursaram o Ensino Fundamental- o que revela um razoável grau de instrução. Apesar de 91% (noventa e um por cento) afirmarem que têm conhecimento sobre a existência do CDC, 0% (zero por cento) não teve acesso à educação formal referente aos direitos básicos do consumidor (v. gráfico 22) e a maioria também não tem sido beneficiada com atividades informais voltadas para a conscientização das suas prerrogativas legais. 84% (oitenta e quatro por cento) revelam que nunca mantiveram contato com palestras, seminários etc, sobre os direitos básicos do consumidor, resumindo-se a 16% os que tiveram acesso a tais atividades (v. gráfico 23). Por outra via, 74% relatam que nunca tiveram acesso a uma cartilha sobre o CDC⁵⁵⁹ (cf. gráfico 24).

Daqueles consumidores entrevistados, 91% informaram que sabem em que consistem os vícios aparentes que podem afetar os produtos ou serviços, porém, 90% asseveram desconhecer os de natureza oculta (v. gráfico 25). 100% dos consumidores que informaram conhecer os vícios ocultos não têm noção sobre os prazos para a formalização de reclamações (gráficos 26 e 27).

Noventa e dois por cento dos consumidores aduzem que têm concepção sobre em que consiste a vida útil dos bens de consumo. No entanto, o desconhecimento do que seja o vício oculto termina por inviabilizar a busca de proteção dos seus interesses e direitos. 91% informam que sabem em que consiste a garantia legal dos bens de consumo, porém, 93% não conseguem distingui-la da garantia legal – situação que revela que, na prática, não conhecem a verdadeira distinção entre os institutos (v. gráfico 28). Registre-se que dos 7% que afirmam ter conhecimento sobre as notas diferenciadoras das garantias, 100% declaram que não têm condições de discernir como contar os prazos de ambas (gráficos 29 e 30).

Expirado o prazo da garantia contratual, 76% dos consumidores informaram que não têm noção de quais providências adotar para a resolução dos problemas (v. gráfico 31). 74% dos consumidores entrevistados afirmaram que não têm conhecimento de que a não entrega da garantia contratual para o consumidor que adquire um produto ou contrata um serviço constitui infração penal (gráfico 32).

⁵⁵⁹ Do percentual de 26% que tivera acesso a cartilhas sobre o CDC, 61% informa que foi através de meio impresso, 19% via Internet, 10% através da TV e 10% mediante outros instrumentos.

4.5. CONTAGEM DOS PRAZOS DAS GARANTIAS

A garantia contratual é uma benesse concedida pelo fornecedor ao consumidor e, portanto, a forma de seu aproveitamento será ditada pelo próprio estipulante. O prazo, o lugar em que poderá ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor são aspectos estabelecidos pelo fornecedor. Não existe um prazo único para que a garantia contratual seja utilizada, podendo cada fornecedor estabelecê-lo de acordo com as características do produto ou serviço e do seu objetivo em cativar os clientes. De acordo com a pesquisa de campo acima mencionada, em geral os prazos das garantias contratuais são superiores a 3 meses.

Os prazos para o exercício da garantia legal encontram-se no art. 26 do CDC e terão que ser examinados a partir de dois fatores essenciais: o *tipo de vício identificado* e a *natureza do bem e a sua durabilidade*. Configurando-se o vício aparente, conta-se o prazo para reclamar a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução do serviço, conforme dispõe o parágrafo 1º do art. 26 do CDC. Diante de um vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado, atendendo-se aos termos do parágrafo 3º daquele mesmo dispositivo normativo. Com relação ao tipo de bem, o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em 30 (trinta dias), tratando-se do fornecimento de serviço e de produto não duráveis; e em 90 (noventa dias), no caso de fornecimento de serviço e de produtos duráveis, de acordo, respectivamente, com os incisos I e II do *caput* do multicitado artigo⁵⁶⁰.

Bens não duráveis são aqueles cuja essência se exaure após o primeiro uso ou em curto espaço de tempo após a aquisição, como ocorre, *v.g.*, com os gêneros alimentícios, produtos estéticos e de assepsia, medicamentos, serviços de entretenimento, de transporte de pessoas ou objetos, de tratamentos de beleza etc⁵⁶¹. Duráveis serão todos aqueles bens que não se enquadrarem naqueloutra definição, apresentando uma vida útil mais prolongada ainda que não seja infinita, como acontece com os metais preciosos, imóveis, veículos, equipamentos eletrônicos e eletrodomésticos, móveis, serviços de assistência técnica, os de

⁵⁶⁰ Examinar os seguintes Recursos Especiais: REsp 242.192/MA, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 08/05/2000; REsp. 286.202/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 19/11/2001; e REsp. 442.368-MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5/10/2004, Informativo 224.

⁵⁶¹ O Superior Tribunal de justiça, em voto do Min. Sálvio de Figueiredo, desde o julgamento do REsp 114.473, ocorrido em março de 1997, adotou o critério do exaurimento após o primeiro uso para distinguir os produtos duráveis dos não duráveis, reconhecendo que: “Entende-se por produtos não duráveis aqueles que se exaurem no primeiro uso ou logo após sua aquisição, enquanto que os duráveis, definidos por exclusão, seriam aqueles de vida útil e não efêmera”.

oficinas, os de reforma de habitações, os de decoração etc⁵⁶². Os produtos duráveis não possuem uma vida efêmera e devem estar à disposição do fornecedor durante um razoável espaço de tempo.

Os prazos decadenciais, acima descritos, são aplicáveis para os vícios aparentes e ocultos, variando apenas quanto ao termo inicial (*dies a quo*) da contagem. Se forem vícios facilmente perceptíveis, podendo ser detectados pelo consumidor sem maiores esforços ou análise complexa, computa-se o prazo a partir de quando ele tem o contato efetivo com o produto ou com o serviço concluído. A previsão normativa, nesse sentido, justifica-se pelo fato de que o consumidor, ao receber o bem, deve diligenciar para verificar a sua regularidade. Sendo o vício oculto, não se pode exigir que o consumidor pressuponha a sua existência, somente podendo o prazo começar a fluir a partir do real conhecimento do problema⁵⁶³.

A fluência do prazo decadencial poderá ser obstada em razão de dois fatores: *a postura ativa do consumidor questionando o problema* e *as diligências investigativas dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor*. Dispõem os incisos I e II do parágrafo 2º do art. 26 do CDC que obstam a decadência: a) a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca; e b) a instauração de inquérito civil, até seu encerramento⁵⁶⁴.

No que concerne à reclamação do consumidor, são exigidos dois requisitos: um *probatório*, qual seja, a comprovação de que a reclamação realmente foi formalizada; e o outro referente ao *destinatário*, visto que deve ser direcionada para o fornecedor. Não exige o CDC que a reclamação do consumidor seja concretizada por uma via específica, podendo ser protocolizada correspondência escrita, enviada mensagem eletrônica, realizado contato telefônico, ou mesmo, ocorrer o atendimento presencial. Contudo, como se exige que a reclamação tenha sido “comprovadamente” formalizada pelo consumidor, esse deverá precaver-se no sentido de manter consigo cópia da correspondência escrita apresentada ou

⁵⁶² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudio Lima; BESSA, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 131-132.

⁵⁶³ Verifique-se a seguinte ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. APARELHO CELULAR QUE APRESENTOU DEFEITO APÓS ONZE MESES DE USO. VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. SENTENÇA QUE RECONHECEU A DECADÊNCIA DA PRETENSÃO. NÃO CONFIGURADO O DANO MORAL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 6ª Câmara, Recurso n. [0011723-98.2006.8.19.0002](#), Relatora Desembargadora Tereza Castro Neves, julgado em 05/15/2011.

⁵⁶⁴ Sobre o tema, consultar: SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e Decadência nas Relações de Consumo*. São Paulo: RT, 2002, p. 128.

registrar o número do protocolo do atendimento telefônico ou presencial, ou ainda cópia do e-mail enviado⁵⁶⁵.

Quanto à formalização da reclamação perante o próprio fornecedor, entende-se que o consumidor poderá o fazer diretamente em face desse ou de qualquer outro órgão que integre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor. Dessa forma, se o consumidor remete a problemática para um dos órgãos públicos que atuam especificamente nesse campo (v.g., PROCON, CODECON, Delegacia do Consumidor, etc), os efeitos obstativos serão os mesmos. Na realidade, o que se exige do consumidor é uma conduta ativa, para que não se mantenha inerte e pacífico diante da questão. É importante salientar que, inclusive, o consumidor poderá enfrentar óbices para protocolizar a sua reclamação na esfera de atuação administrativa do próprio fornecedor – o que fortalece o argumento de que poderá demonstrar a sua insatisfação perante aqueles órgãos administrativos.

O inquérito civil constitui instrumento investigativo privativo do Ministério Público, conforme se pode depreender da análise do art. 129 da Constituição Federal. É o instrumento através do qual o membro do *Parquet* averiguará se os fornecedores estão agindo de forma abusiva e prejudicial aos consumidores. Poderá ser instaurado em decorrência de representação formalizada pelo consumidor, por ente (associação ou fundação) voltado para a defesa da categoria, de ofício, ou com base em elementos informativos remetidos por outros órgãos. Existe também o procedimento administrativo preparatório para o inquérito civil, utilizado quando o Promotor de Justiça ou o Procurador da República não se depara com elementos tão completos que revelem de imediato a ocorrência do problema. Assim, para se evitar instaurar, de logo, o inquérito civil, poderá ser manejada aquela apuração prévia. Entende-se que qualquer um desses procedimentos, quando instaurado, obstará a fluência dos prazos decadenciais.

Outra questão conflituosa refere-se ao significado do termo “obstar”, entendendo alguns doutrinadores que equivale a “suspender”, enquanto outros defendem que seria “interromper”⁵⁶⁶. Defende-se o posicionamento de que o verbo obstar foi utilizado pelo

⁵⁶⁵ Observe-se o seguinte julgado do STJ: “A reclamação verbal seria suficiente a obstar os efeitos da causa extensiva (decadência) se efetivamente comprovada” (STJ, REsp. 156760/SP, voto do Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 22/03/2004).

⁵⁶⁶ Nelson Nery Júnior, Zelmo Denari e Luiz Antônio Rizzatto Nunes entendem que se trata de suspensão (NERY Jr., Nelson. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 1.819; DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 201; RIZZATTO NUNES, L. A. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 341). Cláudia Lima Marques, Héctor Valverde Santana, Luiz Edson Fachin e Odete Novais Carneiro Queiroz defendem que haverá interrupção (MARQUES, C. L; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antônio Herman. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev.

legislador infraconstitucional para significar interromper, visto que a *ratio legis* é exatamente para proteger efetivamente os interesses e os direitos dos consumidores. Incidindo a suspensão do prazo decadencial, o que fluira anteriormente será contabilizado, gerando-lhes prejuízos; aplicando-se a interrupção, desconsidera-se o prazo transcorrido e o recontar-se-á por completo. Será muito mais vantajoso para o consumidor considerar-se como interrupção e não suspensão e não se pode relegar a um segundo plano que as normas do CDC são de ordem pública e interesse social.

Sofrendo o consumidor os efeitos deletérios dos acidentes de consumo causados pelos vícios por insegurança, terá o prazo de 5 (cinco) anos para formalizar pretensão relativa à reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou do serviço. O prazo mais extenso foi previsto em razão de dois aspectos fundamentais: a *gravidade da situação* e as *dificuldades enfrentadas pelos consumidores para carrear os elementos probatórios*. Tal regra encontra-se prevista no art. 27 do CDC, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria⁵⁶⁷.

Os vícios por insegurança, causadores dos acidentes de consumo, como é cediço, caracterizam-se por afetar a incolumidade física e/ou psíquica do usuário, gerando-lhes sérios prejuízos. A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, em virtude de sua gravidade, fez com que o CDC estabelecesse um prazo maior para que o consumidor pudesse acessar o Poder Judiciário contra o fornecedor. Os danos materiais e morais causados pelos acidentes de consumo são muito mais intensos do que os oriundos dos vícios por inadequação, visto que envolvem a vida, a saúde e a segurança do consumidor⁵⁶⁸. A vulnerabilidade do consumidor, principalmente, em termos informacionais, é outro fator que dificulta a coleta de provas sobre o ocorrido – aspecto que colaborou para a estipulação de um prazo prescricional mais amplo do que o previsto no art. 206, parágrafo 3º, inciso V, do Código Civil, (3 anos).

ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 371; SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e Decadência nas Relações de Consumo*. São Paulo: RT, 2002, p. 128; FACHIN, L. E. Da prescrição e da decadência no Código do Consumidor. *Revista da Procuradoria Geral do Estado – RPGE*, Fortaleza, 10 (12): 29-40, 1993; QUEIROZ, Odete N. C. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: RT, 1998, p. 112).

⁵⁶⁷ Examine-se a decisão, a seguir, transcrita: REPARAÇÃO DE DANOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. REVELIA. OCORRÊNCIA. CONTESTAÇÃO APRESENTADA FORA DO PRAZO LEGAL. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. VÍCIOS OCORRIDOS DURANTE O PRAZO DE GARANTIA E AÇÃO AJUIZADA DENTRO DO PRAZO PRESCRICIONAL. LUCROS CESSANTES. APURAÇÃO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PARÂMETROS FIXADOS. RECURSO NÃO PROVIDO (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Tasso Duarte de Melo, Recurso n. 9109780-72.2007.8.26.0000, julgado em 30/11/2011, publicado em 05/12/2011).

⁵⁶⁸ Os seguintes Recursos Especiais tratam do prazo decadencial para se ajuizar ação indenizatória em razão de acidentes de consumo: REsp. 489.895/SP, Rel. Fernando Gonçalves, DJe 23/04/2010; AgRg no Ag 585.235/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 23/08/2004; REsp. 476.458/SP, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, j. 4/8/2005; REsp 304.705/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13/08/2001; REsp. 255.147/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter; e REsp. 1113403/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 15/09/2009.

A contagem do prazo prescricional inicia-se a partir do conhecimento do dano e da sua autoria⁵⁶⁹. Observe-se que são dois requisitos cumulativos, somente começando a fluir o prazo quando ambos tiverem sido identificados pelo consumidor. Cientificando-se dos prejuízos físicos, psicológicos e/ou morais acarretados por certo produto ou serviço, o consumidor terá o direito de identificar, ao menos, quem teve a maior participação, para que o prazo possa começar o seu transcurso. A complexidade dos produtos e serviços existentes no mercado fabricados a partir da participação de vários sujeitos ou empresas dificulta a localização do verdadeiro responsável.

Sendo os prazos previstos no art. 26 do CDC exíguos, desenvolveram-se, na doutrina, discussões acerca de qual seria o *lapsus temporis* para que o consumidor buscasse a indenização em razão dos danos materiais e morais sofridos quando não houvesse acidente de consumo. Isso porque o dano *circa rem*, ou seja, aquele referente ao próprio produto ou serviço deveria ser questionado naqueles prazos decadenciais, porém, o dano *extra rem* - aquele oriundo dos prejuízos materiais e morais sofridos pelo consumidor em decorrência do problema - suscitaria um período de tempo maior para que fosse objeto de questionamento judicial. Desenvolveu-se o entendimento de que, para as ações indenizatórias, ainda que não resultantes de acidentes de consumo, os consumidores valer-se-iam do prazo prescricional de 05 (cinco) anos⁵⁷⁰. A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o Recurso Especial n. 683.809/RS, atuando como Relator o Min. Luis Felipe Salomão, decidiu nesse sentido⁵⁷¹.

O art. 50 do CDC estabelece que “ a garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito”. A exegese literal desse dispositivo normativo tem conduzido alguns doutrinadores ao entendimento de que o prazo da garantia contratual só inicia o transcurso após o prazo legal de garantia escoar. De outra banda, há quem entenda, com base no art. 446 do NCC, que o prazo de garantia legal não corre enquanto estiver valendo a garantia contratual⁵⁷².

A soma dos prazos das garantias legal e contratual tem sido também outro critério selecionado, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça em vários julgados. A fluência

⁵⁶⁹ Ver o REsp. 304.724/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24/5/2005.

⁵⁷⁰ Nesse sentido: GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. Código Comentado e Jurisprudência. 8. ed. ampl. e atual. São Paulo: Impetus, 2012, p. 241; ALVIM, Thereza. et al. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 172.

⁵⁷¹ Dje 03/05/2010. Consultar também: REsp. 511.558/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 13/4/2004; REsp. 278.893/DF, 3ª Turma, Relª Minª Nancy Andrichi, j. 13/08/2002, DJ 04/11/2002.

⁵⁷² Dispõe o art. 446 que “Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos 30 (trinta) dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência”. Adotam tal posicionamento Leonardo Medeiros Garcia e Felipe Peixoto Braga Neto.

inicial do prazo da garantia que melhor aprouver para a solução dos problemas gerados em razão dos vícios observados nos produtos e serviços é também outra opção discutida no campo doutrinário. Realizar-se-á uma análise de cada uma dessas vertentes para se verificar qual proporciona uma melhor proteção dos interesses e direitos dos consumidores.

Se, no campo jurídico, onde estão presentes os estudiosos do Direito, grassam discussões sobre o tema, imagina-se como ficam os consumidores que desconheçam as normas que regem o setor⁵⁷³. As dificuldades de compreensão dos institutos, dada à ausência de informações adequadas e precisas, conforme já externado, revela a fragilidade dos adquirentes de produtos e serviços⁵⁷⁴. Na medida em que vicejam posicionamentos contraditórios sobre a contagem dos prazos, a situação de vulnerabilidade do consumidor torna-se, ainda mais, inconteste⁵⁷⁵. Assim, indaga-se: como poderá o homem médio ter conhecimento sobre tema tão complexo?

4.5.1 Posicionamentos divergentes sobre a contagem dos prazos das garantias

Estabelecendo o art. 50 do CDC que a garantia contratual é um adendo à legal, desenvolveu-se o entendimento de que a primeira somente começaria a fluir findo o prazo da segunda. Desse modo, se o consumidor adquiriu, por exemplo, um produto eletrônico mediante garantia contratual de 06 (seis) meses para troca direta pelo estabelecimento comercial, havendo vício, ele teria o prazo de 90 (noventa) dias relativo à garantia legal e, depois, poderia ainda usufruir da proteção contratual⁵⁷⁶.

Os instrumentos das garantias contratuais trazem, em regra, o registro do início da vigência do prazo concedido e isso geraria um conflito com aquele entendimento. Outra questão refere-se ao fato de que o prazo para reclamar do vício oculto somente se inicia a partir do momento em que for identificado. Se o consumidor não identificar, por exemplo, nenhum vício, mas tiver o interesse de valer-se da garantia contratual para realizar uma atividade complementar disponibilizada pelo fornecedor, como limpeza, revisão, troca de acessórios por outros mais atualizados etc, aquele posicionamento obstacularizaria a sua pretensão.

⁵⁷³ SISCO, Eduardo E. *El Principio de Responsabilidad sin culpa*. Buenos Aires: Villela Editor, 2001, p. 178.

⁵⁷⁴ FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. 3. ed. actual y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 103.

⁵⁷⁵ FROTA, Mário. *Política de Consumidores na União Européia*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 243.

⁵⁷⁶ Em razão de o art. 50 estabelecer que a garantia contratual é complementar à legal, Jorge Alberto Quadros de Carvalho defende que o prazo da primeira somente pode fluir após o término da segunda. (CARVALHO, Jorge Alberto Quadros de. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 108).

Outra concepção, totalmente, divergente da acima descrita, assenta-se no art. 446 do Código Civil Pátrio. De acordo com tal dispositivo, não correrão os prazos da proteção legal na constância da cláusula de garantia⁵⁷⁷. Os prazos da garantia legal, previstos no art. 445 do NCC, são diversos dos constantes no CDC, atribuindo-se 30 (trinta) dias para coisa móvel e 1 (um) ano para imóvel, contados a partir da efetiva entrega. De acordo com o parágrafo 1º do art. 445 do NCC, se o vício for oculto, o prazo contar-se-á do momento em que o consumidor dele tiver ciência, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis⁵⁷⁸.

Para os que defendem a aplicação daqueles dispositivos legais às relações de consumo, a garantia legal não fluirá enquanto estiver incidindo a garantia contratual⁵⁷⁹. Diferentemente da primeira corrente, defende essa que, primeiro, correrá a garantia contratual para, somente após a proteção legal, iniciar a sua vigência⁵⁸⁰. Dois problemas advêm da aplicação desse entendimento no campo consumerista: a deficitária proteção do interessado quando a garantia contratual não cobrir determinado aspecto que esteja prejudicando o uso do bem; e os prazos distintos constantes no NCC e no CDC.

É possível que a garantia contratual, podendo ser parcial e limitada, não abarque determinados aspectos do bem ou estabeleça certas limitações e, nessa hipótese, se o consumidor aguardar o seu transcurso, para que possa se valer da proteção legal, ficará prejudicado. É o que ocorre com a aquisição de certo aparelho eletrodoméstico cuja garantia contratual cobre problemas com a parte elétrica, mas não abrange o motor do equipamento. Havendo vício no motor do produto, aplicando-se o último citado do posicionamento, o interessado teria que esperar a fluência do prazo da garantia contratual, para que pudesse questionar a proteção dos direitos à luz da Lei n. 8.078/90.

⁵⁷⁷ Nesse sentido, posicionam-se: Rizzatto Nunes (RIZZATTO NUNES. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 385); Sergio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 149); José Luiz Ragazzi, Raquel Honesko e Victor Hugo Honesko (RAGAZZI, Jorge Luiz. et al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 220).

⁵⁷⁸ O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no bojo do Recurso n. 9109780-72.2007.8.26.0000, julgado em 15/03/2011, publicado em 28/03/2011, aplicou o prazo decadencial de 180 dias, previsto no citado dispositivo do Código Civil, para deliberar sobre questão referente à aquisição de bem de consumo (atuou como Relator o Des. Osmando Almeida).

⁵⁷⁹ Afirma Leonardo Medeiros Garcia que: “De acordo com o dispositivo acima, a garantia contratual será complementar à garantia legal, possuindo existência distinta. Nesse sentido, os prazos estipulados no art. 26 (chamados por alguns de prazo de garantia legal) só começarão a correr depois do prazo de garantia que o fornecedor oferecer, de livre e espontânea vontade, ao consumidor (garantia contratual). GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 302.

⁵⁸⁰ O STJ, no exame do Recurso Especial 225.858/SP, adotou tal entendimento.

Optando-se pela incidência das normas cíveis, haveria também um prejuízo para o consumidor devido à exiguidade dos prazos previstos. Analisando a matéria, Cláudia Lima Marques constata que a disciplina do CDC, em relação aos prazos para reclamar dos vícios dos produtos, é bem mais benéfica do que a do CC/1916 e a do CC/2002. Dois fatores são apontados para fundamentar tal assertiva: a inexistência de limite máximo preestabelecido para o surgimento do vício oculto; e a possibilidade de o prazo decadencial ser obstado, de acordo com o § 2º do art. 26⁵⁸¹.

De fato, aqueles argumentos são suficientes para demonstrar que as normas contidas na Lei n. 8.078/90 são mais vantajosas para o consumidor. Uma análise superficial da questão poderia levar a crer que, se o NCC traz prazos maiores que o CDC, deveria prevalecer com relação ao tema das garantias. No entanto, a ausência de um prazo preestabelecido rígido para que o vício oculto possa ser identificado viabiliza uma proteção maior para o consumidor, ainda que a vida útil do bem seja elemento de grande importância para que seja admitida ou não a sua ocorrência. A interrupção do prazo decadencial é instituto que, realmente, fortalece a proteção do consumidor contra o escoar do tempo para que busque o reconhecimento dos seus direitos.

As regras sobre os vícios redibitórios, presentes no NCC, em comparação com as constantes no CDC, não asseguram os interesses e direitos dos consumidores de forma tão ampla. O art. 441 do diploma cível reza que a coisa recebida em virtude de contrato comutativo “pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”. Vícios de menor porte, como, por exemplo, o desatendimento da cor do produto escolhido pelo consumidor não seriam facilmente solucionáveis caso não se aplicasse o CDC. Para a resolução do problema, enquanto o NCC disponibiliza o abatimento do preço ou a redibição do contrato (artigo 442), o CDC traz uma proteção mais ampla. A pretensão indenizatória, no campo cível, é cabível se o alienante tiver agido com má-fé, ou seja, se conhecia a existência do vício e não informou (art. 443) - no campo consumerista, o fornecedor, em regra, será responsabilizado em caráter objetivo, de acordo com o quanto disposto pelo art. 23 da Lei n. 8.078/90.

A soma dos prazos das garantias legal e contratual tem sido outra alternativa proposta pela doutrina⁵⁸² e acatada pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁸³. A ideia de agregar tais prazos

⁵⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 929.

⁵⁸² Antonio Carlos Fontes Cintra, Ezequiel Moraes, Fábio Henrique Podestá e Marcos Marins Carazai adotam tal entendimento (CINTRA, Antonio Carlos Fontes. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Impetus, 2011, p. 166/167;

surgiu antes da vigência do NCC, aduz Cláudia Lima Marques, com o fito de “amenizar a rigidez do antigo prazo decadencial de 15 dias e, desse modo, conferir real proteção ao comprador de bens viciados”⁵⁸⁴. Ainda hoje, esse critério conta com o apoio da doutrina, mas, aduz aquela doutrinadora, para garantir a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais do consumidor, não se faz necessário recorrer à soma dos prazos de garantia contratual e legal⁵⁸⁵. Seria suficiente considerar que, se o vício oculto surgiu no período de vida útil do produto, “é possível, no prazo de 90 dias (produtos duráveis) após a manifestação do defeito, o exercício das alternativas indicadas nos incisos do § 1º do art. 18 do CDC”⁵⁸⁶.

Aquiesce-se com a tese de que o somatório dos prazos das garantias legal e contratual não se faz necessário, eis que a situação concreta é que irá definir o *modus operandi* relativo aos institutos em análise. Estando o vício identificado no produto ou no serviço acobertado pela garantia contratual, deverá ser utilizada; em caso negativo, a proteção legal terá que ser utilizada. Não há prevalência de nenhum dos prazos das garantias legal e contratual e a opção dependerá do caso em análise. Surgindo o vício após ter a garantia contratual expirado, o consumidor não estará desprotegido, incidindo a proteção legal.

O desconhecimento por parte dos consumidores das normas sobre as garantias dos produtos e serviços é outro fator que deve ser agregado ao posicionamento contrário à soma dos prazos, pois, tal procedimento pode acabar gerando uma verdadeira balbúrdia na compreensão do consumidor, causando entraves para a proteção dos seus direitos. A proposta de Cláudia Lima Marques é no sentido de que, não se confundindo as duas garantias, os seus respectivos prazos devem correr paralelamente. Com a transferência do bem, argumenta que

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio H.; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 244/246).

⁵⁸³ Verificar os Recursos Especiais 967.623-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/4/2009, 579.941/RJ e 1021261/RS, bem como a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Comarca de Belo Horizonte, proferida no Recurso n. 1.0024.05.656927-0/001, atuando como Relator o Des. Luciano Pinto, julgado em 03/08/2006, publicado em 31/08/2006.

⁵⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1235 e seguintes. Nesse mesmo sentido, posicionam-se: Leonardo Roscoe Bessa (BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 169 e ss); e Bruno Miragem (MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 254).

⁵⁸⁵ Tratam das garantias legal e contratual, mas não declinam qual corrente a que se filiam: Zelmo Denari (DENARI, Zelmo. et al. *Código Brasileiro do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio Janeiro/São Paulo: Forense, 2011, p. 566 a 568); Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano de Mattos (NUNES JÚNIOR, V. S.; MATOS, Yolanda A. P. Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 141, 241 e 242); Geraldo Magela Alves (ALVES, G. M. A. *Código do Consumidor na Teoria e na Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 93/94); Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito do Consumidor*. 6. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: 2009, p. 39); Eduardo Gabriel Saad (SAAD, E. G. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2002, p. 448/450).

⁵⁸⁶ *Ibidem*, *idem*.

“teria início a garantia legal, cujo prazo para a propositura da ação poderia coincidir com o da garantia contratual ou seria posterior (vício oculto); em regra, teria aí também início a garantia contratual”⁵⁸⁷.

A tese desenvolvida pela multicitada doutrinadora é a que melhor propicia uma maior e mais efetiva proteção para os consumidores. Três justificativas podem ser elencadas para corroborar com esse entendimento: a) o consumidor tem que se valer da garantia que possibilite a resolução do vício; b) a predominância inicial de um dos prazos ou a soma geraria dificuldades para a sua compreensão; c) a população desconhece as regras sobre as garantias dos bens de consumo.

Apesar de o CDC tratar da garantia dos produtos e dos serviços, a maior parte dos consumidores desconhece os seus direitos e, nem mesmo, tem noção do que sejam vícios aparentes e ocultos. Nesta esteira, no exemplo mencionado nas linhas precedentes, caso o refrigerador venha a apresentar, no decorrer da garantia contratual, algum vício por esta acobertado, o consumidor poderia fazer uso desse instrumento. No entanto, havendo um problema não abarcado pela estrutura contratual, o consumidor ficaria com uma série de dúvidas sobre o assunto.

Ora, não obstante disciplinar o CDC o direito de o consumidor reclamar sobre os vícios aparentes naqueles prazos, ao receber a garantia contratual desacompanhada das informações pertinentes sobre a amplitude da sua proteção, termina sendo induzido a uma falsa concepção jurídica. Constatando vícios ocultos, o consumidor fica em uma situação ainda mais desconfortável, pois não tem noção desse conceito normativo e não conhece como exercitar os seus direitos⁵⁸⁸. O próprio CDC não apresenta uma concepção precisa sobre as irregularidades ocultas que podem afetar produtos e serviços e, muito menos, a população tem acesso facilitado aos conceitos.

Importante destacar que, se as duas garantias não puderem fluir conjuntamente, os consumidores terão que enfrentar sérias dificuldades. Caso se faça a opção de defender a primeira corrente, considerando-se que a garantia legal deverá sempre tramitar em primeiro plano, o consumidor não terá como auferir as vantagens concedidas através do beneplácito contratual. A *contrario sensu*, elegendo-se a segunda posição doutrinária, tendo o mesmo que aguardar o decurso do instituto contratual para que possa fazer jus à proteção legal, o

⁵⁸⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança*. Cumprimento Imperfeito do Contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 250.

⁵⁸⁸ DI DONNA, Luca. *Obblighi Informativi Precontrattuali*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 97.

consumidor ficaria privado, por exemplo, de indagar a incidência de vícios que o fornecedor não se comprometeu a sanar.

Admitindo-se que as garantias tramitam ao mesmo tempo, o consumidor terá sempre a possibilidade de questionar todas as irregularidades que o bem adquirido porventura venha a apresentar. Identificados vícios aparentes, não inseridos na garantia contratual, o interessado poderá, logo após a sua percepção, dentro dos prazos decadenciais acima mencionados, questioná-los. Verificado qualquer aspecto indevido açambarcado pela proteção contratual, o consumidor poderá valer-se do instrumento concedido pelo fornecedor.

Reitera-se a observação de que se, no campo jurídico, onde estão presentes os estudiosos do Direito, existem discussões sobre o tema, questiona-se como ficarão os consumidores que desconheçam as normas que regem o setor. As dificuldades de compreensão dos institutos, devido à ausência de informações adequadas e precisas, conforme já externado, revela a fragilidade dos adquirentes de produtos e serviços. Ao passo em que vicejam posicionamentos contraditórios sobre a contagem dos prazos, a situação de debilidade do consumidor torna-se ainda mais vulnerável. Assim, indaga-se: como poderá o homem médio ter conhecimento sobre tema tão complexo?

4.5.2 Análise dos dados da Pesquisa de Campo

Efetivou-se a entrevista de 50 (cinquenta) profissionais da área jurídica, englobando-se advogados, magistrados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e de outras categorias⁵⁸⁹. Não obstante a maior parte dos ouvidos (78%) não atuar diretamente na área consumerista, 70% (setenta por cento) informaram que cursaram a disciplina Direito das Relações de Consumo e mesmo os que não passaram por essa experiência, ou seja, os 30%, já tiveram contato com o CDC⁵⁹⁰. Mesmo sendo profissionais da área jurídica, no entanto, demonstraram dúvidas com relação às garantias dos bens de consumo. Noventa e quatro por cento dos profissionais do setor jurídico informaram que têm conhecimento do que consiste a garantia legal, mas apenas 46% (quarenta e seis por cento) confirmaram que têm conhecimento sobre, a partir de quando, começa aquela fluir. 54% (cinquenta e quatro por cento), ainda que integrantes da área jurídica, não souberam precisar quando a garantia legal tem o início do seu percurso, de acordo com o gráfico 33 inserido no Apêndice.

⁵⁸⁹ 30% dos entrevistados foram advogados, 10% referem-se a magistrados, 10% a membros do Ministério Público, 10% são Defensores Públicos e 40% integrantes de outras categorias profissionais.

⁵⁹⁰ Desse percentual, 40% informaram que realizaram a leitura do CDC, 20% afirmaram que não mantiveram qualquer contato com tal diploma legal e 40% já leram alguns trechos.

Saliente-se que 84% (oitenta e quatro) por cento dos entrevistados informaram que conseguem distinguir a garantia legal da contratual, sendo que 16% (dezesesseis por cento), ainda que sejam bacharéis em Direito, não possuem tal habilidade (v. gráfico 34). No entanto, dos que conseguem distingui-las, 52% (cinquenta e dois por cento) confessam que não possuem aptidão para discernir como contar os prazos de ambas – praticamente metade dos profissionais da própria área jurídica não detêm competência informacional sobre como realizar essa atividade (v. gráfico 35). 53% dos entrevistados, não obstante serem profissionais do setor jurídico, desconhecem que a não entrega da garantia contratual constitui infração penal (v. gráfico 36). Se boa parte dos próprios profissionais da seara jurídica enfrentam dificuldades para a contagem dos prazos concernentes às garantias legal e contratual, com maior razão, pode-se detectar a frágil e desinformada situação dos consumidores.

4.6 RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR EM FACE DA GARANTIA DOS BENS DE CONSUMO

Garantir a qualidade e a eficiência dos bens de consumo é a *ratio essendi* da Política Nacional prevista no art. 4º, incisos I a VIII, da Lei n. 8.078/90, tendo o adquirente e/ou usuário o direito básico de acesso a produtos e serviços que atendam aos seus interesses econômicos, bem como à sua dignidade, saúde e segurança. A inserção de bens no mercado de consumo deve ocorrer *pari passu* com o respeito aos padrões de qualidade vigentes à época da sua disponibilização.

Desrespeitando-se os ditames relativos à qualidade dos bens de consumo, os fornecedores serão responsabilizados de acordo com as normas que regem a matéria, dispostas pelos arts. 8º a 25 daquela mesma *lex*. Vícios que coloquem em risco a vida, a saúde ou a segurança dos consumidores, ou seja, a sua incolumidade física e/psíquica, ou os seus anseios e objetivos econômicos, darão origem, respectivamente, à responsabilidade pelo fato ou por vício do produto e/ou do serviço.

A garantia dos bens de consumo envolve a proteção ao consumidor não somente contra vícios que inviabilizem o seu eficiente e qualificado uso, mas também no que concerne aos possíveis acidentes que coloquem em risco ou afetem a sua estrutura física, psíquica e moral. Quando os consumidores adquirem um produto ou contratam um serviço, recebendo ou não a garantia contratual, possuem a expectativa de que esse atenderá ao seu objetivo e não lhe causará problemas. Detectando-se vícios nos bens de consumo, providências devem ser adotadas com base nas normas vigentes.

Aprender o conteúdo do instituto da garantia dos bens de consumo abrange o exame dos vícios que podem os macular e da responsabilidade de todos aqueles que integram a cadeia de fornecimento. É preciso descortinar os tipos de máculas que podem impregnar os produtos e serviços existentes nas diversas áreas econômicas e comerciais e o papel de cada participante da estrutura que lhes dera origem.

No presente tópico, far-se-á uma avaliação das normas que tratam da qualidade dos bens de consumo, dos vícios que podem os impregnar e da responsabilidade dos fornecedores. Consistirá em uma análise dogmática dos ditames legais que compõem o CDC, tendo a qualidade de produtos e serviços e a prevenção e a reparação dos danos como objeto. Na interpretação das normas acerca do tema, a hermenêutica reflexiva e consciente balizará a atividade a fim de que sejam tecidas críticas salutares.

4.6.1 Segurança dos Produtos e Serviços

Dispõe o art. 8º do CDC que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. A regra geral é que todo bem, para que possa ser disponibilizado para o público, atenda aos parâmetros de qualidade e não sujeitem os consumidores a sofrerem danos físicos, psíquicos e/ou morais. Entretanto, existem bens de consumo que, por sua própria essência e características, são perigosos e trazem ínsitos riscos para a saúde e a segurança daqueles que os utilizam – assim, a noção de segurança e perigo são fundamentais para a apreensão do conteúdo daquela norma jurídica⁵⁹¹.

O conceito de segurança é relativo e atrela-se, diretamente, com as informações sobre o uso ou fruição do bem de consumo⁵⁹². A complexidade hodierna dos produtos e serviços, causada pela intensa evolução científica e tecnológica, faz com que informações relativas ao *modus* de seu uso sejam fundamentais para que não causem problemas aos consumidores. Nenhum bem pode ser absolutamente seguro, se não estiver acompanhado de explicações fundamentais concernentes ao seu adequado aproveitamento. A partir dessas considerações,

⁵⁹¹ Sobre o tema, consultar: MORÁN, Luis González. El Derecho a la Salud y a la Seguridad de los Consumidores y Usuarios. In: ARCE, Alicia de León; GARCÍA, Luz María García (coords). *Derechos de Consumidores y Usuarios*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, tomo I, p. 1.158 a 1208.

⁵⁹² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 190.

pode-se inferir que a segurança não será jamais um conceito absoluto e vai depender não somente do respeito às normas regulamentares vigentes, mas também da orientação devida aos consumidores no que tange à utilização do bem.

A segurança dos bens de consumo compõe-se de dois elementos essenciais: a) *o cumprimento das normas técnicas e regulamentares vigentes*; e a b) *a prestação de informações sobre o seu adequado manejo e fruição*. Com base nos componentes da concepção de segurança, três características sobressaem: a *relatividade*, a *temporiedade* ou *transitoriedade* e a *heterogeneidade*. Observe-se que não há um conceito pronto e acabado de segurança dos produtos e serviços, podendo-se afirmar que consiste na sua adequação aos padrões aceitos como próprios em determinado período de evolução científico-tecnológica, acompanhada da completa e clara informação sobre a apreensão e exaurimento da sua essência.

O respeito às normas técnicas e regulamentares vigentes sobre os bens de consumo é a primeira etapa para que a segurança seja respeitada. As normas editadas pelo Poder Público devem ser obrigatoriamente cumpridas pelos fornecedores de produtos e serviços; já as instituídas por instituições privadas, como a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, são de caráter facultativo. Trata-se, na primeira hipótese, da *regulamentação*, ou seja, do próprio aparato público, que, após pesquisas e estudos realizados por profissionais especializados, estabelece normas de caráter compulsório⁵⁹³. No segundo caso, as orientações normativas servem de parâmetro para a produção de bens de consumo sem um caráter obrigatório, denominando-se de *normalização*. Na ausência de regulamentação sobre determinado bem de consumo, pode-se exigir que o fornecedor cumpra as normas técnicas vigentes, ainda que facultativas, pois o que não se pode admitir é que um padrão mínimo de qualidade seja desprezado⁵⁹⁴. É importante registrar que existem normas editadas pela ABNT que são reconhecidas pelo Poder Público como obrigatórias, passando a integrar o que se denomina de *regulação*.

Quando o consumidor depara-se com um problema em certo produto ou serviço, deve ter o cuidado de pesquisar se existe regulamento ou norma técnica sobre o tema – situação que demonstra a vulnerabilidade da categoria, visto que há, conforme aduz Gerard Cas, “uma multiplicidade e complexidade de textos normativos e regulamentares”⁵⁹⁵. Se, por um lado, a

⁵⁹³ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 190.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, *idem*.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, *idem*.

confluência de normas e regulamentos sobre os múltiplos bens de consumo exige que os consumidores inteiram-se do seu conteúdo, por outro, no estágio atual da evolução humana, seria impossível dispensar-se a regulamentação e a normalização – *a contrario sensu*, a segurança estaria ameaçada.

Encontrando-se o produto ou serviço em consonância com os ditames técnicos, para que se cumpram os pressupostos da noção de segurança, deve o fornecedor prestar informações sobre o seu uso ou fruição. Em se tratando de produto industrializado, o fabricante tem o dever de prestar as informações devidas, através de impressos apropriados que acompanharão o produto, conforme prevê o parágrafo único do art. 8º. O processo de industrialização modifica recursos naturais e dá origem a bens transformados por meio da ação humana, competindo a quem os produziu ou fabricou informar ao público consumidor sobre todas as suas características e a forma de uso. Aqueles que comercializam bens industrializados devem ter o cuidado de verificar se as advertências necessárias os acompanham, pois, se houver problemas posteriores com a saúde e a segurança dos consumidores, podem ser responsabilizados em caráter solidário⁵⁹⁶.

Os padrões técnicos modificam-se de acordo com a evolução científica e tecnológica, fazendo com que o conceito de segurança seja temporário ou transitório - o que seria seguro em certo momento, após aprofundamentos no campo da pesquisa, pode ser considerado não mais satisfatório para a saúde e a segurança dos consumidores⁵⁹⁷. É o que acontece, *v.g.*, com um medicamento que, depois de estudos mais avançados, venha a ser identificado como nocivo para os usuários. O conceito de segurança é *heterogêneo*, não sendo extraído apenas das normas jurídicas, estendendo-se para o campo dos ditames técnicos e científicos e a sua relatividade decorre da inegável conexão com o dever de informação.

O direito do consumidor à informação deriva da proteção constitucional que lhe foi conferida pelos arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Carta Magna Brasileira⁵⁹⁸. O fornecedor de produtos e serviços goza de autonomia privada para reger os seus negócios jurídicos, mas não pode se furtar à obrigação de prestar informações sobre o modo seguro de uso e fruição dos bens de consumo. Não mais prevalece a tradicional dicotomia entre o privado e o público, afirmando Lorenzetti que há um ponto de colisão entre tais esferas; “para

⁵⁹⁶ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 190.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 181.

⁵⁹⁸ Ghersi alerta sobre a proteção constitucional que a defesa do consumidor tem na Argentina e em diversos outros países do mundo. GHERSI, Carlos A. El Derecho de los Consumidores y las Políticas Económicas de la Década de los Noventa. In: STIGLITZ, Gabriel (dir.). *Derecho del Consumidor*. Rosario: Editorial Juris, 2003, p. 39.

establecer la solución hay que establecer un juicio de ponderación entre los derechos fundamentales, las reglas institucionales, principios, valores y garantías”⁵⁹⁹. Por mais que a livre iniciativa e o poder de autodeterminação dos fornecedores sejam reconhecidos e respeitados, o dever de informação é o resultado da mescla entre os campos privado e público diante do direito fundamental do consumidor.

A pós-moderna teoria contratual enfatiza o fator segurança dos bens de consumo e não se limita apenas a tratar dos elementos tradicionais, admitindo, segundo Ricardo Lorenzetti, três níveis de análise e perspectivas: *contratual*, *sistemática* e *institucional*⁶⁰⁰. No primeiro plano, no âmbito interno, além dos elementos clássicos, a responsabilidade dos participantes da relação contratual e as garantias dos bens de consumo são importantes aspectos considerados. No segundo prospecto, internamente, as relações entre as partes devem estar pautadas na informação e na lealdade. Por fim, o derradeiro aspecto envolve a funcionalidade, a eficácia e a eficiência da contratação, sem dispensar o ambiente econômico e social – não se poderia, nesse plano, desprezar a segurança dos bens de consumo e os cuidados imprescindíveis com a vida, a saúde e a segurança dos usuários.

4.6.2 Teoria da Qualidade dos Bens de Consumo

Resultado das transformações que marcaram o surgimento da sociedade massificada e dos contratos padronizados, a Teoria da Qualidade dos produtos e serviços é o tema nuclear que vai reger todas as relações de consumo⁶⁰¹. No sistema norte-americano, em que o primeiro clamor ecoou para a proteção do consumidor, os riscos e os danos causados por bens defeituosos foram objeto de discussões e de análise⁶⁰², bem como a qualidade em geral dos produtos e serviços. A Comunidade Econômica Europeia, de forma similar, preocupou-se também com a qualidade e a conformidade dos bens de consumo, prevendo normas sobre o assunto.

No Brasil, com a edição do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a citada

⁵⁹⁹ “para establecer a solución há que establecer un juicio de ponderación entre os derechos fundamentales, as reglas institucionales, principios, valores e garantías” (traduziu-se). LORENZETTI, Luis Ricardo. El daño a la persona. In: ITURRASPE, Jorge Mosset; SESSAREGO, Carlos Fernández; LORENZETTI, Luis Ricardo; CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Daño a la Persona*. Pautas Jurisprudenciales. Montevideo: Ediciones Del Foro, 1996, p. 71.

⁶⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Servicios a los Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 17.

⁶⁰¹ Gerard Cas apresenta uma “Esquisse d’une théorie de la qualité”, ou seja, a estrutura de Teoria da Qualidade. CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaire de France, 1986, p. 182 e ss.

⁶⁰² PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998. p. 55 e seguintes.

teoria foi absorvida pelo ordenamento jurídico local, fazendo-se presente, de modo marcante, em toda a Lei n. 8.078/90⁶⁰³. Assinala Norbert Reich que a responsabilidade devido à deficitária qualidade dos bens de consumo “is a remedy under civil or common law by which the user of a product (be it a professional user or a private consumer), having suffered because of a defective product, can acquire compensation in the form of damages”⁶⁰⁴. A qualidade dos produtos e serviços tem sido objeto de tratamento nos ordenamentos jurídicos dos países que deram guarida à proteção e à defesa dos consumidores.

Apesar de o título do mencionado capítulo IV do título I do CDC trazer expressamente menção à qualidade dos produtos e serviços, tal exigência dilui-se por todo o diploma legal. Os arts. 4º e 6º, que disciplinam, respectivamente, os princípios das relações de consumo e os direitos básicos dos consumidores, contemplam a qualidade dos bens de consumo e tratam sobre o atendimento às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida. Sobre a temática, devem ser consultados os incisos II, “d”, V, e VII, do art. 4º desse Código, do mesmo modo que os incisos I, IV e X do art. 6º. Os capítulos acerca da proteção contratual, administrativa e penal também contêm normas referentes à qualidade dos produtos e serviços. Assim sendo, quando se trata da Teoria da Qualidade dos Bens de Consumo, não se pode ignorar que se espalha por todo o microsistema consumerista.

Examinar a qualidade dos bens de consumo significa realizar um percurso sobre a noção de segurança, que sempre deve caracterizá-los, as espécies de periculosidade que podem denotar e os tipos de vícios passíveis de serem detectados. Objetivando facilitar a compreensão desses aspectos, serão divididos nos tópicos estruturados a seguir. Saliente-se que o problema desta tese diz respeito ao direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos bens de consumo, para que possa usufruir dos benefícios por esta assegurados, sendo de extrema importância o exame dos aspectos relacionados à periculosidade ou nocividade dos produtos e serviços ofertados no mercado.

A noção de segurança dos bens de consumo é relativa, surgindo, assim, espécies de periculosidade que variam de acordo com o tipo de produto ou serviço em análise. Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin enumera a *periculosidade inerente, exagerada* e a

⁶⁰³ Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin, ao comentar o CDC, trata da Teoria da Qualidade dos Bens de Consumo. Conferir: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 38-43.

⁶⁰⁴ “é um remédio de direito civil ou comum pelo qual o usuário de um produto (seja um profissional ou um consumidor privado), tendo sofrido em razão do defeito de um produto, poderá adquirir compensação em forma de danos” (traduziu-se). REICH, Norbert. In: COSSU, Cipriano (a cura di). *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore*. Milano: Edizioni Cedam – Padova, 1990, p. 204.

*adquirida*⁶⁰⁵. Inexistindo a possibilidade de se produzir um bem de consumo seguro em caráter absoluto, indica-se também a *periculosidade informativa* para compor aquela classificação, posto que existam produtos e serviços que não são perigosos em si, mas a ausência ou deficiência de informações sobre o seu aproveitamento coloca em risco a integridade do consumidor⁶⁰⁶.

Nocividade e periculosidade são conceitos próximos, mas que não se confundem, diferenciando-se quanto ao seu conteúdo léxico. Produto ou serviço nocivo é aquele danoso, pernicioso, ruinoso por sua própria constituição e natureza; perigoso é o bem de consumo que, a depender do uso indevido, poderá causar danos à vida, saúde e segurança do usuário. Constata-se que o bem nocivo por si somente e independente da forma de uso e fruição já carrega a danosidade em sua essência; já o perigoso depende do modo de operacionalização para que possa causar danos ao consumidor. Todo produto ou serviço nocivo é perigoso, mas, *a contrario sensu*, nem todo bem de consumo perigoso é nocivo, englobando a nocividade a noção de periculosidade, porém, não ocorre vice-versa.

A nocividade encontra-se presente, *v.g.*, em produtos químicos como os raticidas e os inseticidas, em serviços de dedetização – nessas hipóteses, o bem, em si, é nocivo e deve ser utilizado e fruído com os cuidados necessários. Na aplicação daqueles produtos químicos e na prestação de serviços dessa espécie, consumidores devem ser afastados do local durante o período necessário para que a vida, a saúde e a segurança não venham a ser atingidas. Equipamentos elétricos, como a motosserra, instrumentos cortantes, dentre os quais o facão, o serrote etc são produtos perigosos; do mesmo modo, serviços de instalação de cercas elétricas, de aquecedores de água etc. Nesses casos, o bem, em si, não é nocivo e a sua periculosidade encontra-se associada aos seus caracteres que exigem um uso moderado e responsável.

O conceito de *periculosidade ou nocividade inerente* localiza-se no art. 9º do CDC e origina-se da “The abnormal danger doctrine” do sistema norte-americano⁶⁰⁷. O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, em conformidade com aquele dispositivo normativo, deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito das suas características ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de

⁶⁰⁵ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 38-43.

⁶⁰⁶ Sobre o assunto, examinar: GARCÍA, Javier Avilés. Las garantías derivadas de la venta de bienes de consumo. Garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos. In: ARCE, Alicia de León; GARCÍA, Luz María García (coords). *Derechos de Consumidores y Usuarios*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, tomo I, p. 940 a a 1030.

⁶⁰⁷ A Section 519 do Restatement 2D of Torts states estabelece que “aquele que exerce uma atividade anormalmente perigosa está sujeito à responsabilidade por danos à pessoa, à terra ou aos bens móveis, resultante da atividade, apesar de ter exercido o maior cuidado para evitar o dano”.

outras medidas cabíveis em cada caso concreto⁶⁰⁸. Produtos e serviços naturalmente perigosos são aqueles que a sua própria essência e condição podem colocar em risco a saúde e a segurança dos consumidores e, por isso, devem ser acompanhados de informações específicas sobre as suas características⁶⁰⁹.

Diante desses bens de consumo, o fabricante tem a obrigação legal de alertar ao consumidor sobre a sua nocividade ou periculosidade através de impressos contendo informações claras, legíveis e precisas⁶¹⁰. A prestação de informações sobre bens de consumo perigosos ou nocivos embasa-se em norma cogente ditada pelo Poder Público e que não pode ser objeto de desleixo e, muito menos, de exoneração por parte do fornecedor⁶¹¹. Ao fabricante de produtos e serviços dessa natureza não cabe optar ou não por informar e advertir os consumidores acerca dos efeitos maléficos que podem provir das circunstâncias de seu emprego ou aproveitamento – o seu dever é manifesto.

Além de informar ao público consumidor, o fornecedor deve adotar “outras medidas cabíveis em cada caso concreto”, conforme reza a parte final do art. 9º do CDC, para a proteção dos legítimos interesses consumidores⁶¹², como afirma J. Koendgen. Se apenas a informação não é suficiente para que a nocividade e a periculosidade dos bens de consumo não causem danos para os usuários, o fornecedor deve lançar mão de outros expedientes, como, por exemplo, restringir a venda de raticidas, pesticidas e insetidas para aqueles que estejam habilitados para o seu uso, ou disponibilizar um serviço adicional de aplicação direta *in loco* de tais produtos – tudo isso com o fito de melhor proteger os interesses e os direitos dos consumidores.

Existem bens de consumo que são altamente nocivos ou perigosos para a saúde ou segurança dos indivíduos e que não poderão ser colocados no mercado – é o que se denomina de *periculosidade* ou *nocividade exagerada*. Estabelece o art. 10 do CDC que, se o fornecedor sabe ou deveria saber que o produto ou serviço apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade, não poderá inseri-lo no setor mercadológico. A oferta de medicamento que contenha produto químico cancerígeno, por exemplo, não poderá ser admitida por se tratar de

⁶⁰⁸ Entende o STJ que “o cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso” (STJ, Resp. 1113804, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 24/06/2010).

⁶⁰⁹ PHILLIPS, Jerry J. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998. p. 55 e seguintes.

⁶¹⁰ “O fabricante de massa de tomate que coloca no mercado produto acondicionado em latas cuja abertura requer cuidados, sob pena de risco à saúde do consumidor, e sem prestar a devida informação, deve indenizar os danos materiais e morais daí resultantes” (STJ, Resp. 237964/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 08/03/2000).

⁶¹¹ ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*. 3. ed. rev. e atual. Madrid: Dykinson S.L., 2007, p. 294.

⁶¹² KOENDGEN, Johannes. *Selbstbindung ohne Vertrag: zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*. Tübingen: Mohr, 1981, p. 132.

bem intensamente nocivo. Outro exemplo bastante citado pela doutrina brasileira é a venda de brinquedos, contendo peças minúsculas, para crianças com tenra idade⁶¹³. Tendo o fornecedor conhecimento da situação, ou devendo ter ciência devido ao tipo de atividade que desenvolve, não poderá disponibilizar essa espécie de bem⁶¹⁴.

Atendendo-se à mencionada regra geral, o fornecedor está coibido de disponibilizar bens de consumo exageradamente perigosos ou nocivos, desde que tenha conhecimento ou deva sabê-lo. Caso venha a tomar conhecimento após a sua introdução no mercado de consumo, deverá imediatamente comunicar o fato às autoridades competentes e aos consumidores mediante anúncios publicitários, de acordo com o parágrafo 1º do art. 10 do CDC⁶¹⁵. Trata-se do instituto norte-americano denominado de *Recall*, ou seja, o chamamento para a readequação do bem de consumo, regulamentado pela Portaria 487, de 15 de março de 2012, expedida pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, atual Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor – SENACON, órgão integrante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça⁶¹⁶.

Não foi prevista uma ordem cronológica para a comunicação ao poder público e aos consumidores e o ideal é que o fornecedor o faça, ao mesmo tempo, em presença de ambos. Exigem-se duas comunicações diversas: para as autoridades competentes e aos consumidores. A primeira far-se-á através de documentação escrita, contendo três blocos dados, atendendo-se ao parágrafo 1º do art. 2º da citada Portaria, quais sejam: a) sobre o *fornecedor do produto ou serviço*; b) acerca do *defeito detectado* e dos *riscos* que gera; e c) as *providências cabíveis* e as já adotadas. A segunda, conforme será descrito *infra*, realizar-se-á por meio de anúncios publicitários veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço, de acordo com § 2º do art. 10 do CDC⁶¹⁷.

A comunicação endereçada às autoridades públicas deverá conter, além de outras informações que se fizerem necessárias, os dados acima citados. Com relação à identificação do fornecedor do produto ou serviço objeto do chamamento, deve-se apresentar a razão

⁶¹³ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 67.

⁶¹⁴ Como acentua Ripert, as leis de ordem pública são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares – é o que se verifica com o CDC. Nessa senda, coibir o fornecedor de colocar bens altamente nocivos ou perigosos no mercado de consumo constitui providência salutar que atende aos anseios sociais por segurança. RIPERT, Georges. L'ordre économique et la liberté contractuelle. In: *Mélanges offertes à Geny*, Paris, 1959, p. 347.

⁶¹⁵ A relação consumerista já é caracterizada pelo “desequilíbrio significativo de direitos” entre os contratantes e o dever de informar o público consumidor sobre a nocividade ou periculosidade adquirida é de extrema importância. FIKENTSCHER, Wolfgang. *Schuldrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1992, p. 130.

⁶¹⁶ Tal ato normativo substituiu a Portaria n. 789, de 24 de agosto de 2001.

⁶¹⁷ Sobre o instituto do recall, consultar: STJ, AgRg no Ag 555049/PB, Rel. Aldir Passarinho Júnior, DJ 23/08/2004.

social; o nome fantasia; o ramo de atividade; o CNPJ/CPF; o endereço físico e o eletrônico, se houver, o telefone, fax e o nome dos administradores responsáveis, com a respectiva qualificação⁶¹⁸. No que diz respeito ao problema detectado, exige-se a descrição pormenorizada do defeito detectado, da data (dia, mês e ano) e do modo pelo qual foi identificado, acompanhado das informações técnicas que esclareçam os fatos, bem como dos riscos que apresenta, especificando todas as suas implicações. Ademais, a quantidade de produtos e serviços sujeitos ao defeito e como estão distribuídos geograficamente no mercado de consumo pelos Estados da Federação são dados numéricos imprescindíveis⁶¹⁹.

Caso o fornecedor tenha conhecimento da ocorrência de acidentes decorrentes do defeito do produto ou serviço que originou o chamamento aos consumidores, com danos materiais ou à integridade física, deverá também prestar informações complementares. São necessários dados sobre: a) o local e a data desses acidentes; b) nome, telefone, endereço físico e eletrônico e demais meios de localização das vítimas; c) descrição dos danos materiais e físicos ocorridos nos acidentes; d) existência de processos judiciais, decorrentes do acidente, especificando as ações interpostas, o nome dos autores e dos réus, as Comarcas e as Varas em que tramitam e os números de cada um deles; e) as providências adotadas em relação aos danos materiais e físicos sofridos pelas vítimas⁶²⁰.

Dentre as informações sobre as providências condizentes, compete ao fornecedor indicar o universo de consumidores que deverá ser atingido pelo chamamento, descrevendo pormenorizadamente o modo de realização da campanha publicitária. Desse modo, o denominado Plano de Mídia deverá ser composto por informações relativas a: a) data de início e de fim da veiculação publicitária (duração); b) meios de comunicação utilizados, horários e frequência de veiculação; c) modelo de aviso de risco de acidente ao consumidor, a ser veiculado na imprensa, rádio e televisão, incluindo a imagem do produto, sem prejuízo de inserção na Internet e mídia eletrônica; d) custos da veiculação, respeitado o sigilo quanto às respectivas informações⁶²¹.

A informação sobre a periculosidade ou nocividade do produto ou serviço colocado no mercado deverá ser concretizada mediante ampla e eficiente campanha publicitária para atingir o maior número possível de consumidores. A Portaria n. 487/2012 inovou ao instituir que o fornecedor deverá também apresentar o Plano de Atendimento ao Consumidor, de acordo com o seu art. 4º, incisos I a IV. Esse Plano deverá informar as formas de atendimento

⁶¹⁸ Consultar o parágrafo 1º, inciso I, do art. 2º, da Portaria MJ 487/2012.

⁶¹⁹ Consultar o parágrafo 1º, incisos II a VI, do art. 2º, da Portaria MJ 487/2012.

⁶²⁰ Conforme dispõe o § 2º daquele mesmo artigo.

⁶²¹ Verificar o art. 3º, incisos I a IV, daquela Portaria.

ao consumidor, os locais e horários em que será realizado, a duração média, bem como o plano de contingência e estimativa de prazo para adequação completa de todos os produtos e serviços afetados. Outra modificação prevista pela Portaria trata-se do modelo do aviso de risco ao consumidor, constante no inciso IX do art. 2º, que deverá informá-lo sobre o produto ou serviço afetado, o defeito existente, as medidas preventivas e corretivas a serem adotadas, os locais onde poderá ser atendido, a gratuidade do procedimento e outros dados que objetivem resguardar a segurança do público⁶²².

O fornecedor deverá apresentar ao DPDC, aos PROCONs e às demais autoridades competentes, relatórios de acompanhamento da campanha de chamamento aos consumidores, com intervalo máximo de 60 (sessenta) dias⁶²³. Como os consumidores encontram-se localizados, em geral, em várias unidades federativas, deve o fornecedor informar aos órgãos administrativos das unidades federativas onde a maioria desses estiver situada. Nesse relato descritivo, constarão informações sobre o universo de consumidores atendidos (quantidade de produtos ou serviços efetivamente reparados ou trocados) até aquele momento, e sua distribuição pelos Estados da Federação⁶²⁴. O DPDC poderá solicitar a apresentação dos relatórios de acompanhamento em periodicidade inferior à estipulada, bem como, a qualquer tempo, expedir notificação solicitando informações adicionais referentes à campanha de chamamento aos consumidores⁶²⁵.

Finda a campanha publicitária, deverá o fornecedor apresentar relatório final ao DPDC onde conste as seguintes informações, além de outras que se fizerem necessárias: a) quantidade de consumidores atingidos em número e percentual, em termos globais e por unidades federativas; b) justificativa e medidas a serem adotadas em relação ao percentual de produtos ou serviços não recolhidos ou reparados; e c) identificação da forma pela qual os consumidores tomaram conhecimento do aviso de risco⁶²⁶. É importante ressaltar que o fornecedor não se desobriga da reparação ou substituição gratuita do produto ou serviço, mesmo findo o prazo da campanha de chamamento, assim preconiza o art. 9º daquela Portaria. Realizado o chamamento dos consumidores, aqueles que não comparecerem por não terem tomado conhecimento ou por não terem tido tempo hábil, podem instar posteriormente o fornecedor a cumprir os ditames legais. É lógico que o consumidor tem o dever de colaborar com o procedimento de chamamento, motivo pelo qual, em caso de veículos, o art. 4º da

⁶²² Verificar o art. 5º, parágrafo 1º, incisos I a VII, da Portaria 487/2012.

⁶²³ Assim dispõe o art. 7º, inciso I, da aludida Portaria.

⁶²⁴ Esta exigência encontra-se inserida no art. 4º daquela Portaria.

⁶²⁵ Consultar o parágrafo único do art. 7º da Portaria.

⁶²⁶ Exigências previstas no inciso II do art. 7º da multicitada Portaria.

Portaria conjunta nº 69 do Ministério da Justiça e Denatran, que iniciou vigência a partir de 17/3/2011, determina que “As informações referentes às campanhas de recall não atendidas no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de sua comunicação, constarão no Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo”⁶²⁷.

O não cumprimento às determinações da multicitada Portaria sujeitará o fornecedor às sanções previstas na Lei nº 8078/90 e no Decreto nº 2.181/97, em conformidade com o art. 8º de tal ato normativo. O fornecedor, ao tomar conhecimento de que determinado produto ou serviço apresenta-se nocivo ou perigoso, não deve quedar-se inerte, agindo com decência, solidariedade e cooperação⁶²⁸. O “moralismo contratual” que predomina, segundo Denis Mazeaud, nos tempos hipermodernos não permite que o fornecedor se omita em cumprir o seu dever de informar ao consumidor sobre os riscos que corre com relação a bens de consumo nocivos ou perigosos⁶²⁹.

O dever de chamamento dos consumidores, em caso de periculosidade ou nocividade de produto ou serviço detectada após a sua inserção no mercado, terá que ser cumprido ativamente pelos fornecedores⁶³⁰. No entanto, sempre que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, deverão informá-los a respeito e adotar providências para que os fornecedores realizem o indispensável *recall*⁶³¹. São deveres nucleares⁶³² que, se desrespeitados pelos fornecedores, não podem passar despercebidos pelo poder público através dos seus órgãos e pessoas jurídicas incumbidos da proteção dos consumidores – o mesmo se pode afirmar com relação ao Ministério Público. Mantendo-se o fornecedor inerte quanto à campanha de chamamento, cabe a tais entes convocá-lo para que administrativamente a realize; se não houver aquiescência nesse sentido, em caráter de urgência, o problema será encaminhado para as vias judiciais.

⁶²⁷ Consulte o site www.denatran.gov.br e acesse “Veículo habilitação recall”. Acesso em 23.07.2012.

⁶²⁸ MAZEAUD, Denis. et al. Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?. *L'avenir du droit. Mélanges en hommage a François Terré*. Paris: Dalloz/Presses Universitaires de France/Editions du Juris-Classeur, 1999, pp. 611, 616 e 168.

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 624.

⁶³⁰ Observem-se as seguintes decisões sobre o tema: “A circunstância de o adquirente não levar o veículo para conserto, em atenção ao recall, não insenta o fabricante da obrigação de indenizar” (STJ, Resp. 1010392/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, Dje 13/05/2008). “Não se pode pleitear danos morais pelo simples fato de o fornecedor “chamar” o consumidor para sanar o vício do produto” (STJ, AgRg no Ag 675.453-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 14/2/2006. Informativo 274).

⁶³¹ Conforme prevê o § 3º do art. 10 do CDC.

⁶³² CANARIS, Claus. Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1983, A, I, dicembre, p. 802. p. 19.

4.6.3 Responsabilidade do Fornecedor diante do descumprimento da garantia dos bens

Desrespeitando-se a garantia legal dos bens de consumo, o fornecedor será responsabilizado com base nas normas que regem a matéria. Detectando-se vícios por insegurança ou defeito, aplicam-se as normas sobre acidentes de consumo ou responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, previstas nos arts. 12 a 14 da Lei n. 8.078/90; ocorrendo vício por inadequação, incidem as normas estatuídas pelos arts. 18 a 22 do CDC. Além de prestar informações sobre a proteção legal instituída em prol dos consumidores diante de vícios que afetam os produtos e serviços, os fornecedores serão responsáveis pelos problemas advindos em razão da existência dessas irregularidades.

A tradicional classificação da responsabilidade em contratual e extracontratual foi substituída, no âmbito das relações de consumo, por uma novel terminologia, qual seja a *responsabilidade pelo fato do produto e do serviço* ou *acidente de consumo* e a *responsabilidade pelo vício do produto e do serviço*. Aquela divisão clássica baseava-se na fonte do dever jurídico violado, configurando-se a responsabilidade contratual quando houvesse o descumprimento de um dever relativo ao liame contratual e à responsabilidade extracontratual, quando a transgressão não estivesse vinculada a um atributo do *vinculum juris*⁶³³. Hodiernamente, a responsabilidade decorre de uma única e indiscutível fonte: o direito⁶³⁴ e não somente da lei, vez que é possível fundamentar a responsabilidade em outras bases jurídicas.

O princípio geral e universal da responsabilidade objetiva - argumenta Geneviève Viney - é o moralismo⁶³⁵ e a responsabilidade do fornecedor de bens de consumo será examinada de acordo com o interesse jurídico protegido. Sendo o fato relativo à vida, à saúde e à segurança, incide a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço; estando em pauta a incolumidade econômica do consumidor, aplicar-se-ão as normas sobre responsabilidade pelo vício do produto ou serviço. Antes de adentrar na análise daquelas normas, é premente uma breve digressão sobre os pressupostos da responsabilidade civil.

Agindo ou omitindo-se em dissonância com as normas consumeristas, o fornecedor de produtos e/ou de serviços será responsabilizado dentro da nova concepção de contrato. Os

⁶³³ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon & TUNC, André. *Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: EJEA, 1961, p. 119.

⁶³⁴ É a chamada responsabilidade unitária. CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. El Sistema Dualista de Responsabilidad Contractual y Extracontractual en Argentina. Reflexiones sobre la Inconveniencia de su Supervivencia. Tercera Jornada El Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: actualidad y utilidad de la distinción. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, marzo 2008, p. 69.

⁶³⁵ VINEY, Geneviève. Les obligations. La responsabilité: conditions. In: GUESTIN, Jacques (dir.). *Traité de Droit Civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, p. 8.

pressupostos tradicionais da responsabilidade civil foram revisitados à luz de paradigmas protetivos específicos para a promoção e a defesa dos legítimos interesses dos consumidores. O direito do consumidor, lecionam Peter Bülow e Markus Artz, baseia-se na ideia de compensar relações contratuais desequilibradas pela vulnerabilidade⁶³⁶, por isso a responsabilidade do fornecedor será fixada por meio de critérios gerais e de outros próprios do setor.

A conduta do autor, corporificada em uma ação ou omissão, o resultado prejudicial, o nexo de causalidade e o elemento subjetivo (a culpa) são os pressupostos clássicos da responsabilidade civil⁶³⁷ - o nexo de imputação também passou a ser considerado um dos requisitos para a sua delimitação⁶³⁸. No campo das relações de consumo, permanecem aqueles pressupostos, exceto a culpa que foi submetida ao processo de objetivação, não mais sendo necessária a apreensão do fator subjetivo ou volitivo⁶³⁹. A liberdade contratual, que antes vigorava de forma absoluta, foi sendo mitigada pela boa-fé objetiva do consumidor até chegar ao patamar da responsabilidade objetiva, como visto no capítulo primeiro⁶⁴⁰.

4.6.3.1 Conduta e resultado

Ação ilícita é toda manifestação da força humana sob a forma de uma conduta violadora das normas jurídicas, como, *v.g.*, colocar no mercado de consumo mercadoria em desacordo com as normas regulamentares vigentes. Omissão é a ausência de ação no cumprimento do dever, ou seja, inércia ou desídia – é o que se verifica quando o fornecedor deixa de informar ao consumidor sobre a forma de uso ou a fruição adequada de certo produto perigoso ou nocivo⁶⁴¹. A ação ou a omissão é o primeiro requisito a ser observado para a definição da responsabilidade do fornecedor – sem ele, não há que se considerar necessária a sua punição.

⁶³⁶ BÜLOW, Peter; ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, p. 2.

⁶³⁷ Pessoa Jorge conceitua pressupostos da responsabilidade civil como sendo “os fatos e condições que, em conjunto, produzem essa modalidade de obrigação de indenizar. JORGE, Fernando Sandy Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 9.

⁶³⁸ O nexo de imputação é o vínculo que se estabelece entre determinado fato e sua atribuição a certa pessoa. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109.

⁶³⁹ ZWEIGERT, Konrad; KOETZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts II*. Tübingen: Mohr, 1984, p. 433.

⁶⁴⁰ KOETZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. *Europäisches Vertragsrecht*. Tübingen: Mohr, 1996, p. 200.

⁶⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 2, p. 197.

A responsabilidade jurídica pressupõe, necessariamente, a existência de um prejuízo, enunciam Henri e Leon Mazeaud⁶⁴², ou seja, deve-se constatar uma modificação do estado físico, psíquico, moral e/ou econômico do consumidor. O mal ou prejuízo causado a alguém ou a inutilização de coisa alheia são aspectos tradicionais que, com a massificação dos contratos, foram objeto de um repensar crítico. O dano, antes visto sob uma ótica estrita, passou a ser concebido por duplo ângulo: *intrínseco* e *extrínseco*, não ficando restrito apenas à análise do bem em si, mas também levando-se em conta as consequências indesejáveis causadas ao consumidor.

O dano intrínseco ou *circa rem*, afirma Llambías, é a privação do bem que é o objeto da prestação devida; o extrínseco ou *extra rem* “es el que sufre el acreedor en sus otros bienes, como consecuencia del incumplimiento de la obligación”⁶⁴³. Quando um consumidor tem o seu veículo, *v.g.*, acometido por um vício que o impeça de utilizá-lo, tem-se um dano intrínseco, visto que afeta o próprio bem em si. Contudo, além de ficar privado do bem viciado, o consumidor sofre prejuízos exteriores e complementares, pois, nessa hipótese, terá que providenciar outro automóvel, alugando-o, ou fazer uso de táxi ou de transporte público. Atividades da vida cotidiana e profissional do consumidor, provavelmente, serão prejudicadas, sofrendo, assim, danos de ordem econômica e moral. Dessa forma, o consumidor terá direito de solucionar o problema do vício do produto (dano intrínseco) e de ser indenizado pelos prejuízos materiais e morais sofridos (dano extrínseco). Ressalte-se que a substituição do produto viciado ou a devolução do valor pago, mesmo que atualizado, não elimina o direito do consumidor de ser indenizado.

A depender da esfera atingida, os danos podem ser classificados como *materiais* ou *patrimoniais* e *morais*. Os danos materiais são prejuízos econômicos resultantes da violação ao direito alheio; enquanto os danos morais constituem ofensas à personalidade do sujeito lesado⁶⁴⁴. Os primeiros são, em geral, passíveis de demonstração mais facilitada, referindo-se a uma parte da estrutura patrimonial do consumidor reduzida em virtude da conduta do fornecedor, envolvendo também os ganhos que não foram obtidos devido à mesma

⁶⁴² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Santiago: Editorial Parlamento, 2008, p. 12.

⁶⁴³ “é o que sofre o credor em seus outros bens, como consequência do descumprimento da obrigação” (traduziu-se). LLAMBÍAS, Jorge J. *Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado* (Estudios sobre responsabilidad por daños). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1980, p. 346.

⁶⁴⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, tomo I, volume I, p. 424.

ocorrência⁶⁴⁵. Os segundos, previstos no art. 5º, inciso V, da CF/88 e no art. 186 do CC, podem ser *danos corporais* ou *à saúde e danos anímicos*, também chamados de *danos morais em sentido estrito*⁶⁴⁶.

Os danos corporais ou à saúde afetam a integridade psíquico-física do indivíduo, podendo abranger lesões corporais, eliminação da vida e prejuízos em órgãos ou funções do corpo humano⁶⁴⁷. Os danos morais, em sentido estrito, atingem a seara afetiva, social ou cultural do ser humano, o seu estado anímico e os seus sentimentos. Diferentemente dos danos materiais, os prejuízos morais não são tão fáceis de identificação e de mensuração, inexistindo critérios econômicos para a sua fixação. Jorge Mosset Iturraspe indica cinco aspectos importantes para a fixação do dano moral: a) a relevância biológica; b) a social; c) a cultural; d) a estética; e e) a privacidade⁶⁴⁸. A vida humana constitui-se, em essência, um valor não mensurável em termos de ressarcimento pecuniário, e, desse modo, lembra Eduardo Sisco, “las indemnizaciones pueden fijarse tomando en consideración la edad, el sexo, el núcleo familiar, la aptitud para el trabajo, etcétera”⁶⁴⁹.

No Brasil, vigora o princípio da reparação integral dos danos, sendo cabível a cumulação de danos materiais com os morais, tendo a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça pacificado a celeuma anteriormente existente. Não se admite a estipulação de valores padronizados para a indenização dos consumidores, como acontece na Comunidade Econômica Europeia, através da Resolução 85/374. Na prática judicial brasileira e dos demais países sulamericanos, entretanto, os valores identizatórios nem sempre são condizentes com o respeito à dignidade humana, eis que, consoante enuncia Iturraspe, tem-se diminuído o valor da vida humana, “aceptamos reparaciones simbólicas, adoptamos topes de variada índole, volvemos al 'reproche de conciencia' y ponemos en las espaldas del sino o de la mala suerte perjuicios que tienen autores conocidos”⁶⁵⁰.

⁶⁴⁵ MAZEUD, Denis. Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual: el futuro de la distinción en el Derecho Francés. Trad. Carmen Domínguez Hidalgo. Tercera Jornada El Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: actualidad y utilidad de la distinción. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, marzo 2008, p. 13-25.

⁶⁴⁶ De acordo com a Súmula 227 do STJ, a pessoa jurídica pode também sofrer dano moral.

⁶⁴⁷ “cabe a cada vítima pesar um valor que se conta e se mede, quer dizer a moeda, essa coisa complicada, diferente e sem preço que se chama vida” (tradução livre). TOULEMON, André; MOORE, Jean. *Le préjudice corporel et moral en droit commun*. Paris: Sirey, 1968, p. 250.

⁶⁴⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. Parte geral, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 56.

⁶⁴⁹ “as indenizações podem fixar-se tomando em consideração a idade, o sexo, o núcleo familiar, a aptidão para o trabalho, etc.”. SISCO, Eduardo E. *El Principio de Responsabilidad sin culpa*. Arts. 1.069 y 1.113 del Código Civil. Buenos Aires: AD HOC S.R.L. Villela Editor, 2001, p. 78.

⁶⁵⁰ “aceitamos reparações simbólicas, adotamos tópicos de variada índole, volvemos à 'reprovação de consciência' e colocamos nas espaldas da sina ou da má sorte prejuízos que têm autores conhecidos”.

O risco ou a *probabilidade da ocorrência* do dano são fatores que também ocasionam a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços. É claro que a não ocorrência do dano para os consumidores amenizará a responsabilidade do fornecedor, mas não a extirpará, pois se colocou no mercado um produto ou serviço em desacordo com as normas vigentes, deve ser punido para que não se sinta estimulado a repeti-lo em outras oportunidades. Os próprios irmãos Mazeaud, que enumeram o dano como um dos pressupostos por excelência da responsabilidade civil, lecionam que os prejuízos podem ser de natureza diversa, pois ora atingem uma pessoa determinada, ora, a ordem social e, muitas vezes, ambas⁶⁵¹. A sociedade tem que se defender de todos “los hechos que la ocasionen un perjuicio, es decir, que amenacen el orden sobre el cual está establecida” - complementam⁶⁵².

Para impedir que o autor de um ato ou omissão que coloque em risco a situação do consumidor venha a cometer “un nuevo y para evitar que los demás se sientan inclinados a imitarlo”, deve ser castigado, aduzem os Mazeaud⁶⁵³. Examinando-se o problema em caráter individualizado, pode-se concluir que, sempre que houver uma ação ou omissão indevida do fornecedor, ter-se-á um dano para o consumidor. Se, por exemplo, um consumidor adquire um televisor e esse vem a explodir, ferindo-o, sofrerá danos físicos, psíquicos, morais e econômicos - não tendo o consumidor sido lesionado, o prejuízo econômico persistirá.

Tendo o fornecedor inserido no mercado de consumo um medicamento contendo substância imprópria para o consumo, vindo a ser identificado pelo órgão fiscalizatório competente, ainda que não tenham os consumidores sofrido danos, deverá ser responsabilizado. O simples fato de ter agido de modo desidioso, ofertando no mercado produto indevido para o consumo humano, já é suficiente para que seja punido com finco nas normas vigentes. A Lei n. 8.078/90, no art. 6º, inciso VI, prevê, dentre os direitos básicos dos consumidores, a reparação pelos danos materiais e morais individuais, coletivos e difusos. Não está o fornecedor obrigado a arcar tão somente com os danos sofridos pelos consumidores, mas também, diante de ocorrências que não atinjam especificamente alguém, mas coloquem em risco, de forma difusa, a sociedade como um todo.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. Parte geral, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 110.

⁶⁵¹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Santiago: Editorial Parlamento, 2008, p. 12.

⁶⁵² “os fatos que ocasionam um prejuízo, ou seja, que ameaçam a ordem sobre a qual está estabelecida” (traduziu-se). MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Santiago: Editorial Parlamento, 2008, p. 12.

⁶⁵³ “um novo e para evitar que os demais se sintam inclinados a imitá-lo”. *Ibidem*, *idem*.

Para a configuração do dano moral coletivo e a consequente condenação do fornecedor, não podem ser buscados os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil pelo Poder Judiciário⁶⁵⁴. O nexo causal entre dano e consequência tornar-se-á difícil de ser demonstrado, porém, não se deve descaracterizar a ocorrência da lesão à coletividade. Consistindo em uma injusta lesão à esfera moral de uma comunidade, ou seja, como aduz Carlos Alberto Bittar Filho, uma “violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”⁶⁵⁵, será de difícil ilação a busca de comprovação dos prejuízos causados. Todavia, deve o Estado-Juiz compreender que houve violação à cultura da comunidade sob o aspecto imaterial, sendo imprescindível a responsabilização do agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)⁶⁵⁶.

Não obstante o uso da malfadada expressão, deve-se atentar que a configuração do dano prejudicial à coletividade não se encontra atrelado, como enuncia Leonardo Roscoe Bessa, a “qualquer afetação ou abalo à integridade psicofísica da coletividade”⁶⁵⁷. O que se pretende, através da condenação por tal espécie de dano, é que o fornecedor seja punido pela prática nefasta e seja condenado a pagar por um valor para que não seja incentivado a continuar agindo dessa maneira. Nessa esteira, para a previsão do dano moral coletivo, não se averigua se a coletividade sofreu algum prejuízo em seu estado anímico, mas, sim, a natureza da conduta perpetrada pelo fornecedor, a sua gravidade e a imperiosidade de fazê-lo compreender que não deverá reiterá-la.

A condenação do fornecedor pelo dano moral coletivo não tem por meta ressarcir a comunidade pelos prejuízos sofridos, pois, como dito acima, seria inviável tentar quantificá-los. A função da sanção pecuniária encontra assento na “técnica do valor de desestímulo”, assemelhando-se à natureza da pena de caráter criminal⁶⁵⁸. Vitor Fernandes Gonçalves, ao discorrer sobre o tema, defende o aspecto essencialmente punitivo da indenização em face da transgressão aos direitos da coletividade e expõe uma comparação com o instituto

⁶⁵⁴ Vislumbrem-se as ponderações de Roscoe Bessa: “A correta compreensão *dano moral coletivo* não se deve vincular, como já se destacou, a todos os elementos e racionalidade próprios da responsabilidade civil nas relações privadas individuais. Na verdade, o objetivo de se prever, ao lado da possibilidade de indenização pelos danos materiais, a condenação *por dano moral coletivo* só encontra justificativa pela relevância social e interesse público inexoravelmente associados à proteção e tutela dos direitos metaindividuais”. BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 59, p. 78-108, jul.-set. 2006.

⁶⁵⁵ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 12, out-dez, 1994, p. 55.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, *idem*.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, *idem*.

⁶⁵⁸ GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 45-46.

denominado de *punitive damages*, oriundo do *common law*⁶⁵⁹. Através da condenação do fornecedor ao pagamento pelo dano moral causado difusamente, tutela-se uma verdadeira responsabilidade preventiva que tem por móvel desestimulá-lo para o cometimento de ulteriores ações ou omissões prejudiciais à sociedade⁶⁶⁰.

A responsabilidade civil exerce *função compensatória* ou *ressarcitória* quando o fornecedor é obrigado a indenizar o consumidor pelos danos sofridos. Emergem as *funções preventiva* e *admonitória* (de advertência) na medida em que, não tendo havido dano, a conduta ou omissão nociva coloca em risco a coletividade. É a função preventiva que prevalece quando não há dano individualizado, ou seja, de atuação *ex ante* de que o dano ocorra, para se evitar que prejuízos sucedam⁶⁶¹. Na realidade, o princípio latino *honeste vivere, suum cuique tribuere, alterum non laedere* ordena que não se gere prejuízos para outrem e a responsabilidade civil sem dano atende a tal máxima⁶⁶².

4.6.3.2 Nexo de causalidade

Entre a ação ou omissão e o resultado obtido terá que existir um liame lógico denominado de nexos causal ou relação entre a fonte propulsora e os efeitos ocasionados⁶⁶³. É um tema polêmico que vem sendo objeto de questionamentos doutrinários em vista das dificuldades de se identificar a causa propulsora de certo evento, principalmente quando várias concorrem ao mesmo tempo. O assunto deu origem a diversas teorias⁶⁶⁴, destacando-se três: a) *Teoria da equivalência dos antecedentes*; b) *Teoria da causalidade adequada* e c) *Teoria do dano direto e imediato*.

A Teoria da *equivalência dos antecedentes*, também intitulada de *equivalência das condições* ou da *conditio sine qua non*, criada pelo alemão Von Buri, defende que todas as

⁶⁵⁹ Afirma Iturraspe que, em primeiro plano, o ressarcimento cobre a perda da utilidade ou ganância esperada, sempre que elas forem certas; em segundo, o resarcimento cobre o risco ante um dano futuro, que o melhor é que jamais não ocorra". ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. Parte geral, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 264.

⁶⁶⁰ TALCIANI, Hernán Corral. Responsabilidad civil de los periodistas. Primera Jornada La Responsabilidad del Profesional Liberal. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, agosto 2006, p. 78.

⁶⁶¹ MORENO, Claudio Contreras. *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago: Editorial Parlamento Ltda, 2009, p. 17.

⁶⁶² CORDECH, Pablo Salvador; PALOU, Maria Teresa Castiñeira. *Prevenir y Castigar*. Libertad de Información y Expresión: Tutela del Honor y Funciones del Derecho de Daños. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 87.

⁶⁶³ GAZMURI, Iñigo de la Maza; WILSON, Carlos Pizarro. *Responsabilidad Civil*. Casos Prácticos. 2. ed. Santiago: LexisNexis, 2006, p. 79.

⁶⁶⁴ Como não trata a presente abordagem de exposição específica acerca da responsabilidade civil, somente serão tratadas as teorias que mais têm sido objeto de discussão no campo doutrinário e de aplicação na seara jurisprudencial. Acerca das demais teorias sobre a pluralidade de causas, consultar: CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 690.

possíveis causas de certo evento (as concausas), devem ser concebidas como aptas para ocasioná-lo⁶⁶⁵. Para se identificar a verdadeira razão da ocorrência, ter-se-ia que considerar a supressão de cada uma delas e quando se observasse que o resultado não seria produzido diante da retirada de certa causa, essa seria a verdadeira propulsora. Na equivalência de condições, assevera Le Tourneau, “todos os elementos, que têm condicionado o dano, são equivalentes e faltando qualquer um deles, o dano não teria se produzido” - a causa é, então, toda condição *sine qua non* que eliminada, a consequência desaparece⁶⁶⁶.

Cita-se como exemplo a seguinte situação: um determinado restaurante, situado em um edifício, faz uso de botijões de gás para a elaboração de gêneros alimentícios e, em determinada oportunidade, ocorre uma explosão, vindo a matar pessoas e a lesionar diversas outras⁶⁶⁷. Naquelas hipóteses, as seguintes causas são levantadas: 1) o proprietário mantinha no local quantidade inapropriada de gás liquefeito de petróleo (GLP), gerando o seu acúmulo; 2) os órgãos públicos competentes não fiscalizaram o local, não evitando o evento; 3) os funcionários do restaurante deixaram aberto o botijão em uso; 4) o edifício não adotou um sistema de gás industrial, evitando que os estabelecimentos utilizassem gás individualizado. De acordo com a citada teoria, todas essas causas devem ser consideradas e a que, após a retirada da cadeia, não produzisse o evento, seria a principal. Ora, se o fornecedor não tivesse acumulado no local grande quantidade de GLP, o acidente não teria acontecido. Assim sendo, mesmo que o edifício adotasse o sistema industrializado, o problema ocorreria; o mesmo pode-se afirmar se o poder público fiscalizasse o local e, após, o fornecedor tivesse acumulado o GLP. Se tal irregularidade não tivesse se verificado, mesmo que a válvula do botijão em uso não tivesse sido fechada, o evento nefasto não viria à tona.

A *Teoria da causalidade adequada*, desenvolvida por Von Kries na segunda metade do século XIX, propugna que, dentre as causas identificadas como vinculativas de certo evento, seja selecionada aquela apta a produzir o resultado em condições normais⁶⁶⁸. Propõe tal concepção teórica que a causa apropriada seja eleita através da eliminação das demais

⁶⁶⁵ Os irmãos Mazeaud afirmam que “todos los acontecimientos que han 'condicionado' el daño son equivalentes, en el sentido de que todo ellos son, por igual, la causa del mismo” (todos os acontecimentos que tenham ‘condicionado’ o dano são equivalentes, no sentido de que eles são, por igual, a causa dele mesmo). MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda, volume II, p. 313.

⁶⁶⁶ LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A. p. 79.

⁶⁶⁷ Em 13 de outubro de 2011, uma explosão no Restaurante “Filé Carioca”, localizado na Praça Tiradentes, no centro do Rio de Janeiro, eliminou a vida de 03 pessoas: o chefe de cozinha, o sushiman e um transeunte que passava pelas imediações, bem como lesionou mais 17 outros indivíduos. Segundo o Corpo de Bombeiros, a explosão foi causada devido ao acúmulo indevido de gás. Verificar o site: <http://www.g1globo.com/rio-de-janeironoticia2013/07>. Acesso em 23.07.2013.

⁶⁶⁸ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: RT, 1980, p. 314.

concausas existentes por meio de um juízo de probabilidade que terá como base o exame das circunstâncias concretas. A causa somente será concebida como adequada se capaz de produzir, em qualquer situação, o evento e não apenas em circunstâncias especiais⁶⁶⁹. Somente podem ser considerados como causas de um prejuízo os acontecimentos que deveriam produzi-lo normalmente. Afirmando os Mazeaud que “se exige que a relação entre o acontecimento e o dano resultante seja 'adequada' e não simplesmente 'fortuita'”.⁶⁷⁰

Nessa teoria, não se admite que todos os antecedentes tenham um mesmo papel, pois, verbera Le Tourneau “há causalidade adequada quando uma condição é, por natureza, no curso habitual das coisas e segundo a experiência da vida, capaz de produzir o efeito que for realizado (...)”⁶⁷¹. No exemplo acima citado, após a análise das concausas, ter-se-ia que, optar pela que seja mais adequada para causar o acidente. Ao invés de suprimir cada uma delas, seria escolhida aquela que mais se aproximasse do resultado⁶⁷²; dessa maneira, o acúmulo indevido de GLP no restaurante é a causa que diretamente se liga ao evento. A ausência de um sistema industrializado no edifício onde estava situado o restaurante não é a causa direta do acontecimento – o mesmo se pode afirmar com relação a não fiscalização por parte do poder público e ao fato de ter algum funcionário deixado aberta a válvula do gás em uso⁶⁷³.

A Teoria do *dano direto* ou *imediate*, também conhecida como *interrupção do nexo causal*, ou *teoria da causa próxima*, originou-se da doutrina francesa e, no Brasil, tem assento no art. 403 do NCC.⁶⁷⁴ Segundo tal corrente teórica, dentre as concausas existentes, a que originou o dano seria aquela que, se fosse eliminada, o dano não existiria. Isso significa afirmar que, se em dada cadeia de acontecimentos, houvesse rompimento exatamente no ponto em que certa causa estivesse presente e o resultado não adviesse, esse seria o fator propulsor do evento. Afirma Bruno Miragem que “a teoria do dano direto e imediato

⁶⁶⁹ Para Larenz, a causa não será adequada “quando se mostrar estranha ou indiferente à causação de um determinado dano”. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. I, p. 200.

⁶⁷⁰ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Santiago: Editorial Parlamento, 2008.

⁶⁷¹ LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A, p. 81.

⁶⁷² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, A. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. 4, p. 1-28.

⁶⁷³ Para Bruno Miragem, o CDC adota implicitamente a teoria da causalidade alternativa, visto que estabelece a solidariedade da cadeia de fornecimento e aceita a não-colocação do produto como causa de exclusão da responsabilidade. MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 76.

⁶⁷⁴ ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1987.

responde, de modo preciso, à questão do defeito como pressuposto do dever de indenizar do fornecedor”⁶⁷⁵.

Com base no exemplo multicitado, a aplicação dessa última teoria acarretaria tantas interrupções do nexos causal quantas fossem as supostas concausas, até que se alcançasse a causa direta ou imediata do evento. É como se existisse uma linha reta, contendo vários pontos e, ao fim, o resultado, sendo necessária uma interrupção para cada causa. Iniciando-se o processo de análise, seria interrompido o liame com relação à inexistência de um sistema industrializado no edifício multicitado e observar-se-ia que o acidente teria acontecido. Situação similar verificar-se-ia quanto à interrupção referente à ausência de fiscalização pelo poder público e o fato de ter a válvula do gás em uso sido deixada aberta. Todavia, quando se interrompe a cadeia no momento em que o fornecedor acumula indevidamente GLP *in loco*, constata-se que o resultado maléfico não teria sido gerado, sendo essa a causa do acidente.

Não obstante as três teorias proporcionarem resultados similares, os métodos propostos para se alcançar a causa que ensejara o ocorrido são diversos e estimularam críticas doutrinárias. Quanto à primeira teoria acima referida, questiona-se que alarga demasiadamente a cadeia de acontecimentos e não se finca em critérios ou limites que facilitem a identificação da relação causa-efeito⁶⁷⁶. A segunda teoria, mesmo tendo vários doutrinadores como adeptos⁶⁷⁷ e sendo mencionada pela jurisprudência⁶⁷⁸, deixa ao arbítrio do juiz a seleção da causa adequada, pecando por “um excessivo grau de discricionariedade”⁶⁷⁹. A derradeira teoria, a interrupção do nexos causal, tem sido também

⁶⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 274.

⁶⁷⁶ Bruno Miragem adota esse posicionamento. *Ibidem*, p. 76.

⁶⁷⁷ Seguem essa teoria: COSTA, Mário Júlio Almeida. *Aspectos modernos do direito das obrigações*. Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 634; VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 928-9; VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil* (Les obligations, la responsabilité: effets). Paris: LGDJ, 1988, p. 412; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na Relação de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr/jun. 95. SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁶⁷⁸ Examinar: STJ, REsp. 617.101/SP, 3ª Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07.12.2004, DJU 11.04.2005, p. 293.

⁶⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 274.

bastante aceita pela doutrina⁶⁸⁰ e “dada a sua utilidade prática, tem sido utilizada pelos adeptos daqueloutra”⁶⁸¹.

Todas as aludidas teorias terminam possibilitando alcançar o fator que realmente causou certo resultado, pois o que as diferencia é a metodologia empregada para esse fim. Acredita-se que a *teoria do dano direto* ou *imediato* ou da *interrupção do nexa causal* seja a que mais facilmente contribua para que o aplicador do direito consiga identificar, no universo das concausas existentes, aquela que, de fato, foi a força motriz do evento. Ela não deixa um arbítrio demasiado para o aparato judiciário nem coloca todas as concausas em um mesmo patamar, como se notou respectivamente com as teorias da causalidade adequada e com a equivalência das causas.

4.6.3.3 Dispensa do elemento subjetivo: objetivação da responsabilidade

A sociedade massificada e a contratação padronizada, frutos das transformações sociais, econômicas e tecnológicas examinadas no capítulo segundo, não mais poderiam conviver com o sistema tradicional de responsabilidade civil com base na culpa do fornecedor dos bens de consumo⁶⁸². A responsabilidade subjetiva, lastreada na culpa - ou na *faute* do Código Civil francês de 1804, atendeu ao período em que o individualismo kantiano dominava e estava de acordo com razões econômicas. A visão humanística da sociedade, fundada no livre arbítrio, pregava sempre uma análise do motivo subjetivo de determinada conduta. A predominância do elemento subjetivo também facilitava o espírito de iniciativa e impulsionava a ação no campo econômico, estimulando os empreendimentos⁶⁸³.

Com as alterações vivenciadas no decorrer do desenvolvimento industrial e do galopante capitalismo, a máxima: “nenhuma responsabilidade sem culpa”, ou como ensinava Rudolf Von Ihering “sem culpa, nenhuma reparação”, não mais podem prosperar⁶⁸⁴. A responsabilidade civil, atrelada ao individualismo liberal do século XIX, tinha como

⁶⁸⁰ Adotam-na Orlando Gomes (Obrigações, 15. ed. RJ: Forense, 2002, p. 275); Gustavo Tepedino (“Notas sobre o nexa de causalidade”. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, t.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 63-81), BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 9, jan.mar. 1998, p. 5-52.

⁶⁸¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 76.

⁶⁸² Afirma Pessoa Jorge que as dificuldades para a demonstração da culpa do agente conduziram à objetivação da responsabilidade. JORGE, Fernando Sandy Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

⁶⁸³ LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A. p. 27/28.

⁶⁸⁴ Consultar: VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

pressuposto a conduta dolosa, negligente ou imprudente, que causava malefícios para os interessados. Na pós-modernidade, a responsabilidade civil associou-se ao solidarismo, à cooperação e à eticidade, não mais sendo imprescindível a descoberta de quem tenha sido o autor direto da conduta nem o motor subjetivo que o impulsionou a agir ou a omitir-se, prejudicando ou colocando em risco outrem⁶⁸⁵.

A objetivação da responsabilidade não foi um fenômeno repentino e subreptício, leciona Jossierand que “é a história e o triunfo da jurisprudência e, também, de alguma forma, da doutrina; é, mais geralmente, o triunfo do espírito do senso jurídico”⁶⁸⁶. As normas não foram modificadas com rapidez e facilidade para a recepção da responsabilidade objetiva - o direito foi evoluindo “sob uma legislação imóvel” e “o juiz foi a alma do progresso científico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas velhas do direito tradicional”⁶⁸⁷. Os acidentes de consumo, que se tornaram tão frequentes e as constantes reclamações dos contratantes diante dos vícios por inadequação dos produtos e serviços, foram fortes fatores para a mudança de paradigmas. As dificuldades para se identificar o “autor anônimo” da conduta causadora do problema, havendo uma constante transferência de responsabilidade entre os integrantes da cadeia de fornecimento, fez com que a responsabilidade fosse objetivada⁶⁸⁸.

Sendo o Direito um “modo de resolver casos concretos”, afirma Canaris que “ele sempre teve uma particular aptidão para aderir à realidade: mesmo quando desamparado pela reflexão dos juristas, o Direito foi, ao longo da história, procurando as soluções possíveis”⁶⁸⁹. Dessa forma, o contrato teve que se transformar para adequar-se “à objectividade e impessoalidade do moderno sistema de relações económicas”⁶⁹⁰. Raymond Saleilles, Louis Jossierand e Georges Ripert elaboraram obras pioneiras sobre a teoria objetiva da responsabilidade civil⁶⁹¹, defendendo a necessidade de substituição da culpa pela causalidade, mediante interpretação da palavra *faute* do art. 1382 do Código Civil francês, sem indagação do elemento psicológico.

No final do século XIX, período em que a evolução industrial, científica e tecnológica

⁶⁸⁵ Examinar: WRIGTH, Richard W. *Right, Justice and Tort Law*. Philosophical Foundations of Tort Law. Oxford University Press, 1995.

⁶⁸⁶ Confira-se: JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *RF*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 539, abr., 1941, *passim*.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, *idem*.

⁶⁸⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. Parte geral, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 56.

⁶⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. XXIV.

⁶⁹⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1947, p. 309.

⁶⁹¹ SALLEILES, Raymond. *De la declaracion de volenté*. Paris: Rousseau, 1.901, p. 76.

avançava e, paralelamente, os acidentes de consumo aconteciam, os juristas franceses desenvolveram a teoria do risco, visando fundamentar e justificar a responsabilidade objetiva. Como aduz Le Tourneau, “toda actividad que provoque un riesgo para otro torna a su autor responsable del perjuicio que dicha actividad pueda causar, sin que tenga que probar una culpa como origen del daño”⁶⁹². Resume-se a teoria com a seguinte assertiva: todo e qualquer prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, mesmo que não tenha agido com culpa. A valorização da pessoa humana, que se traduz por uma menor resignação das vítimas, acompanhada de uma maior solidariedade frente aos eventos danosos, afirma Le Tourneau, conduz a não se tolerar mais que “una víctima quede sin recursos luego de un daño, bajo el pretexto de que su autor no está identificado o es insolvente, no solo cuando la víctima es perfectamente inocente, sino cuando ella há cometido una falta que haya concurrido al accidente”.⁶⁹³

O risco tornou-se objeto de estudos daqueles que pregavam a responsabilidade objetiva para substituir a culpa como anterior elemento vinculativo. A culpa era ligada ao ser humano, sendo por isso pessoal e subjetiva, pressupondo o “complexo de operações do espírito humano, de ações e reações”; o risco arrima-se ao serviço, à coisa, à atividade empresarial, “ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e objetivo”⁶⁹⁴. A criação da teoria do risco decorreu da inaptidão da doutrina da responsabilidade subjetiva, mesmo com presunção de culpa anunciada.

Risco é perigo, probabilidade de dano e aquele que exerce uma atividade deve assumi-lo e reparar os danos dela decorrente, uma vez que aceitou a possibilidade de sua verificação⁶⁹⁵. A responsabilidade pelo risco, anuncia Karl Larenz, trata-se de uma imputação mais intensa desde o ponto de vista social, de “uma distribuição de riscos de dano inerentes a uma determinada atividade segundo os padrões ou medidas, não da imputabilidade e da culpa, senão da assunção de risco àquele que o cria ou domina, ainda que somente em geral”⁶⁹⁶

⁶⁹² “toda atividade que provoque um risco para o outro torna o seu autor responsável pelo prejuízo que dita atividade possa causar, sem que tenha que provar uma culpa como origem do dano” (traduziu-se). LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A., p. 35.

⁶⁹³ “uma vítima que sem recursos sofre um dano, apesar do pretexto de que seu autor não está identificado ou é insolvente, sendo ela perfeitamente inocente, senão quando ela houver cometido uma falta que haja concurrido com o acidente” (tradução livre). Ibidem, p. 41.

⁶⁹⁴ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930, p. 661.

⁶⁹⁵ BARRENA, Cristian. *El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual y Extracontractual*. Valparaíso: Editorial Libromar, 2001, p. 41.

⁶⁹⁶ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t. II, p. 665.

Com o desenvolvimento da teoria do risco, foram sendo incrementadas diversas concepções sobre a sua essência, sobressaindo o *risco profissional*, o *risco excepcional*, o *risco criado*, o *risco integral* e o *risco-proveito*. Não compete, nesta exposição, fazer um detalhamento aprofundamento de todas essas visões e, muito menos, das demais existentes, visto que seria matéria pertinente a um trabalho específico sobre responsabilidade civil. Calha, porém, o registro de sucintas observações sobre cada espécie acima citada.

Em conformidade com o *risco profissional*, toda ocorrência prejudicial que esteja interligada ao labor ou profissão do lesado justifica a sua indenização. Essa teoria foi criada para proteger os empregados que sofriam acidentes de trabalho e enfrentavam dificuldades para a produção de elementos probatórios⁶⁹⁷. Não há como aplicá-la às relações de consumo, visto que os defeitos e vícios dos produtos e serviços podem não ter qualquer relação com a atividade profissional do consumidor e esse não mantém vínculo trabalhista com o fornecedor.

Propugna a teoria do *risco excepcional* que os prejuízos causados por atividades que trazem ínsita uma nocividade ou periculosidade, como, por exemplo, redes elétricas de alta tensão, serviços de dedetização, devem ser indenizados pelos exploradores, independentemente da análise da culpa⁶⁹⁸. No campo consumerista, tal concepção não satisfaria o propósito da objetivação da responsabilidade, uma vez que acidentes de consumo e vícios por inadequação podem emergir, mesmo em face de produtos e serviços que não sejam altamente perigosos ou nocivos ou que não tragam tais características de modo inerente.

Embasa-se a teoria do *risco criado*, como afirma Caio Mário da Silva Pereira na concepção de que “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo”.⁶⁹⁹ No âmbito consumerista, nem sempre o fornecedor cria um risco deliberadamente quando disponibiliza certo produto ou serviço e, mesmo quando o insere no mercado de consumo, sem ter noção de que contém certo grau de nocividade ou de periculosidade, responderá pelos danos causados aos usuários.⁷⁰⁰ Deve-se atentar que, ao colocar, no mercado, determinado bem de consumo, mesmo que o fornecedor comprove que se cercou de todas as providências devidas para que não ocorra um evento danoso, ainda

⁶⁹⁷ TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A. p. 35.

⁶⁹⁸ Ibidem, idem.

⁶⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Forense, 1992, p. 24.

⁷⁰⁰ “A responsabilidade por risco criado restringe ou limita a área de responsabilidade objetiva e recorre a um fundamento suficientemente válido e razoável: o risco criado” (traduziu-se). ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por Daños*. Parte geral, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 183.

assim, não pode evadir-se da responsabilização objetiva - nessa esteira, a teoria em tela não se adequa ao cerne das relações de consumo⁷⁰¹.

A teoria do *risco integral* é uma vertente extrema que considera viável a responsabilização, ainda que o nexo entre causa-efeito não seja visualizado⁷⁰². Mesmo que existam causas que elidem a responsabilidade, como culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior ou não colocação do produto no mercado ou não prestação do serviço, o dever de indenizar persistirá⁷⁰³. Por ser uma concepção extremada e prejudicial injustificadamente para o fornecedor, a teoria citada não tem sido facilmente aceita no campo prático. O nexo causal, um dos pressupostos da responsabilidade civil, não pode ser desprezado para que não seja o fornecedor responsabilizado impropriamente e injustamente.

Tendo como parâmetro a máxima latina *ubi emolumentus, ibi onus*, ou seja, “onde está o ganho, aí reside o encargo”, a teoria do *risco-proveito* define como responsável pelos defeitos e vícios dos bens de consumo aquele que auferir proveito do empreendimento econômico. Se determinada pessoa jurídica ou física cria uma atividade para a prestação remunerada de serviços ou venda de bens, responderá pelas ocorrências prejudiciais que cause para os indivíduos, mesmo que não seja constatada imprudência, negligência ou imperícia. Se o risco é a contingência ou a proximidade de um dano, enuncia Barassi, “é imputável a quem conhece e domina, em geral, a fonte do risco”⁷⁰⁴. Para essa teoria, não há necessidade de provas de que a empresa ou o fornecedor individual tira proveito econômico da atividade, bastando identificar-se se é remunerada, mesmo que não lucrativa, e que aqueles são os seus gestores. Despreza-se o elemento subjetivo e não há que se investigar se o fornecedor obtém lucros com atividade, visto que, *a contrario sensu*, somente os comerciantes e industriais seriam abarcados⁷⁰⁵.

O atuar humano, segundo Jossierand, leva implícito o próprio risco e perigo, “cargando

⁷⁰¹ Para Ripert e Boulanger, “a ideia de risco criado equivale à causalidade material”, que se confunde “com a mera causalidade externa ou física” (traduziu-se). RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Trad. Delia García Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1964, t. V, n. 907, p. 31.

⁷⁰² TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A. p. 35.

⁷⁰³ Dispõe o parágrafo 3º, incisos I a III, do art. 13 do CDC: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. O parágrafo 3º, incisos I a III, do art. 14 reza que: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

⁷⁰⁴ BARASSI, Lodovico. *La teoria generale della obbligazione*. Milão: Giuffrè, 1954, t. II, p. 504.

⁷⁰⁵ Afirma Guillermo Garau que “o dano causado pelo produto defeituoso deve recair sobre a pessoa que há criado o risco, o fabricante é o que está em melhor posição para controlar a qualidade e a segurança do produto (‘the best risk bearer’, ‘the cheapest cost avoider’)” (traduziu-se). GARAU, Guillermo Alcover. *La Responsabilidad Civil del Fabricante* (Derecho Comunitario y Adaptacion al Derecho Español). Madri: Editorial Civitas S.A., 1990, p. 25.

el agente con el riesgo ínsito 'en la propiedad y en la industria'; ' a cada uno según sus actos y sus iniciativas, a cada uno la responsabilidad que lógicamente atrae sobre el la autoridad y la fiscalización de que dispone...'»⁷⁰⁶. A teoria do risco-proveito consiste na eliminação da ideia de culpa na responsabilidade por admitir que todo risco criado deve ser suportado pela atividade que o criou⁷⁰⁷. Se dessas atividades colhem os autores os proveitos, é justo e racional que suportem os encargos e ônus e que respondam pelos riscos⁷⁰⁸. O fornecedor tem a obrigação de disponibilizar produtos e serviços com segurança e de assumir os riscos e danos que porventura venham à tona⁷⁰⁹.

Na seara consumerista, a teoria do risco-proveito é a que melhor atende aos princípios e às normas que integram o microsistema contido na Lei n. 8.078/90. A responsabilidade objetiva – norte de toda a legislação protetiva do consumidor - é justificada e fortalecida por essa concepção. A posição negocial do fornecedor⁷¹⁰ lhe confere o poder de ditar as regras contratuais através de instrumentos padronizados; por outro lado, a vulnerabilidade jurídica, técnica e fática do consumidor o coloca em uma situação de fragilidade⁷¹¹. O desequilíbrio de forças entre os contratantes sedimenta a responsabilização independentemente do elemento subjetivo e aquele que tira proveito do empreendimento terá que suportar o ônus e os encargos resultantes⁷¹².

5 GARANTIA DOS BENS DE CONSUMO DIANTE DOS VÍCIOS POR INSEGURANÇA E POR INADEQUAÇÃO

Os juristas perguntam a si próprios donde pode provir juridicamente a obrigação de reparação que pesa sobre uma pessoa inocente de toda a culpa. Discutem apaixonadamente sobre as noções de presunção, de contrato, de guarda. Não querem ver a verdade, isto é, o poder duma ação política que desloca o risco para proteger a

⁷⁰⁶ “arcando o agente como risco ínsito 'na propriedade e na indústria'; ' a cada um segundo seus atos e suas iniciativas, a cada um a responsabilidade que logicamente atrai sobre a autoridade e a fiscalização de que dispõe...” (traduziu-se). JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Trad. S. Cunchillos y Manterola. Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I, ps. 447 e seg.

⁷⁰⁷ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 122.

⁷⁰⁸ LIMA, Alvaro. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 119.

⁷⁰⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. Teoría General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005 p. 598.

⁷¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 256.

⁷¹¹ CABANA, Roberto M. López. Responsabilidad Civil por Daños al Consumidor en el Mercosur. In SZAFIR, Dora; CABANA, R. M. L. *El Consumidor en el Derecho Comunitario*. Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 173.

⁷¹² LORENZI, Valeria. *Classificazioni Dogmatiche e Regole Operazionali in Tema di Responsabilità Contrattuale*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1981, p. 26.

fraqueza e abater a riqueza. Não quero dizer com isto que a extensão dos casos de responsabilidade civil não tenham tido felizes resultados⁷¹³.

O progresso industrial, científico e tecnológico possibilitou a criação e o desenvolvimento de produtos e serviços diversificados e complexos para o atendimento às necessidades e comodidades humanas. As inovações estimularam o consumo e, ao mesmo tempo, foram atraindo um público cada vez maior, interessado em se deleitar com as benesses incorporadas ao mercado de consumo. O aumento da produção e do consumo de bens industrializados foi sendo seguido por acontecimentos que marcaram períodos históricos, como visto no primeiro capítulo. A garantia legal dos bens de consumo, instituída pela Lei n. 8.078/90, tem por escopo assegurar aos adquirentes e utentes de produtos e serviços com qualidade e segurança, evitando-se ocorrências que afetem a vida, a saúde e a segurança daqueles e a adequação esperada.

A garantia legal dos produtos e serviços tem por escopo proteger os consumidores perante os vícios que podem impregná-los e, nessa toada, é de fundamental relevância conceitua-los e expor as suas características para a melhor compreensão do objeto dessa tese.

5.1 VÍCIOS POR INSEGURANÇA E OS ACIDENTES DE CONSUMO

Em resposta aos acontecimentos nefastos decorrentes do uso ou da fruição de bens de consumo, revolucionaram-se os pilares da responsabilidade civil, abandonou-se a investigação do elemento subjetivo e foram cunhadas normas específicas para a proteção dos consumidores. A Lei n. 8.078/90 denominou responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, o conjunto normativo voltado para os defeitos ou vícios por insegurança, que coloquem em risco a vida, a saúde ou a segurança dos consumidores, ou que lhes causem danos. A expressão “acidente de consumo”, argumenta Marc Fallon, serve melhor para significar tal responsabilidade, não somente pela “extensão desejável da perspectiva de caracterizar uma atividade humana e não o fato de um bem, mas também pela perenidade do consumerismo e por sua institucionalização”⁷¹⁴.

Segurança e prevenção são os valores que norteiam as normas sobre acidentes de consumo, guiando o legislador infraconstitucional a estruturar um regime específico de

⁷¹³ RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 332-333.

⁷¹⁴ FALLON, Marc. *Les accidents de la consommation et le droit*. Bruxelas: Bruylant, 1982, p. 222.

responsabilidade civil.⁷¹⁵ Quando aqueles valores são ameaçados ou violados, a vida e a saúde do consumidor são tocadas e a sua integridade física, psíquica, moral e, em geral, econômica, colocadas em risco ou mesmo prejudicadas pela iniciativa privada econômica⁷¹⁶. Entre as normas cujo objetivo prioritário é evitar a produção de danos tem especial relevância, aduz Parra Lucan, “la que establece la obligación de los empresarios de introducir en el mercado productos seguros en condiciones normales o previsibles de utilización”⁷¹⁷. As normas, que serão objeto de exame nos próximos tópicos, integram uma política de caráter preventivo direcionada para estimular os fornecedores a modificarem a técnica de produção a fim de evitarem ulteriores eventos danosos⁷¹⁸.

De um modelo individualista e autônomo, em que a autonomia privada espargia sem maiores freios, transpôs-se para um modelo dualista e coletivo, afirma Thierry Bourgoignie⁷¹⁹. O direito das relações de consumo, dentro dessa estrutura, desempenha duas funções principais: (i) “corrigir as falhas do mercado, mais a título de meio do que como um fim em si mesmo;” (ii) “e responder às preocupações sociais de uma política ativa de consumo que vise à redução de custos atribuídos à coletividade em razão do comportamento privado dos atores econômicos”⁷²⁰. Garantir ao consumidor, através dos ideais democráticos e igualitários, um mínimo de proteção imperativa e intangível⁷²¹ é a razão das normas sobre acidentes de consumo.

5.1.1 Produto e Serviço defeituoso

Produtos e serviços defeituosos são aqueles que não oferecem a segurança que dele legitimamente se espera, conforme dispõem, respectivamente, os arts. 12 e 14 do CDC e respectivos parágrafos. A ausência de segurança pode dar-se em decorrência de defeitos na própria estrutura do produto ou na prestação do serviço ou pela ausência de informações adequadas sobre o seu uso ou fruição. Desse modo, podem os defeitos ser classificados em

⁷¹⁵ Ibidem, idem.

⁷¹⁶ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La Responsabilità del Produttore*. 4. ed. Milão: Dott. A Giuffrè, 1999, p. 1.

⁷¹⁷ “a que estabelece a obrigação dos empresários de introduzir no mercado produtos seguros em condições normais ou previsíveis de utilização”. PARRA LUCAN, Maria Angeles. *Daños por Productos y Proteccion del Consumidor*. Barcelona: Bosch Editor S.A. 1990, p. 635.

⁷¹⁸ Ibidem, p. 32.

⁷¹⁹ BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*. Bruxelles: Story Scientia, (Coll. « Droit et consommation », XVI) 1988, p.156.

⁷²⁰ (traduziu-se) Ibidem, p. 165.

⁷²¹ Ibidem, idem.

três espécies: a) de *planejamento*; b) de *operacionalização*; e de c) *informação*⁷²².

As duas primeiras espécies são *vícios* ou *defeitos intrínsecos*, já que, afirma Calvão da Silva, “inerentes à própria estrutura do produto”. Os defeitos de informação ou de instrução⁷²³, diferentemente dos demais, correspondem a *vícios* ou *defeitos extrínsecos*, “resultantes do não cumprimento ou cumprimento imperfeito do dever de advertir ou instruir (*warnings or instructions*)” - não são, pois, ínsitos ao produto⁷²⁴.

Defeitos de *planejamento* são aqueles que surgem no momento em que estão sendo projetados os produtos e os serviços. É a fase preliminar da produção de certo bem de consumo e deve ser realizada com cuidado e zelo com vistas a promover a segurança aguardada pelo público consumidor⁷²⁵. O projeto do produto ou serviço deve ser confeccionado por profissionais experientes e em harmonia com as normas regulamentares vigentes. Nessa etapa, serão definidos as metas e os objetivos relativos ao bem de consumo e a sua posterior estrutura terá que atender aos padrões de qualidade, eficiência e, principalmente, segurança.

Na fase de *operacionalização*, o fornecedor executará as atividades necessárias para que o produto seja materializado ou o serviço prestado. É o momento no qual o projeto ganha corpo e dá origem ao bem de consumo através de atividades diversas, que precisam ser guiadas pela atenção daqueles que as desenvolvem⁷²⁶. A fabricação, a construção e a montagem são modalidades de criação de produtos. A execução e a manipulação de fórmulas correspondem a outras atividades que viabilizam a elaboração de produtos; do mesmo modo, a apresentação e o acondicionamento desses. No que concerne aos serviços, no decorrer da sua concretização, podem advir vícios por insegurança ou defeitos que descumpram o dever de segurança⁷²⁷.

⁷²² Afirma Jerry Phillips que “É dito frequentemente que existem três tipos de defeitos relacionados aos produtos: 1) defeitos de fabricação ou produção; 2) defeitos de design; 3) inadequadas instruções e avisos”. PHILLIPS, Jerry. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998, p. 5.

⁷²³ Os alemães os denominam de *Instruktionsfehler*. Consultar: JAUERNIG, Othmar; MANSEL, Peter. et al. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 11. ed. Munique: Beck, 2004.

⁷²⁴ CALVÃO DA SILVA, João. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 659.

⁷²⁵ “Em 1997, o Instituto de Direito Americano adotou o *Restatement 3d of Torts: Products Liability*, dividindo os defeitos dos produtos em: defeitos de fabricação (quando produtos se afastam do seu projeto original), defeitos de design e inadequadas instruções ou avisos” PHILLIPS, Jerry., op. cit., p. 29.

⁷²⁶ “A defesa da pessoa humana e o respeito a sua dignidade são o fim supremo da sociedade e o Estado de Direito o que alberga a regra de não gerar danos por defeitos dos produtos que são colocados no mercado” (tradução livre). CÁCERES, Silvia Roxana Sotomarino. *Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*. Peru: Ara Editores, 2007, p. 325.

⁷²⁷ Afirma Le Tourneau que os fabricantes e os vendedores têm obrigação de velar pela boa fé e pela segurança dos consumidores. TOURNEAU, Philippe le. *La Responsabilité des vendeurs et fabricants*. Paris: Dalloz, 1997, p. 12.

Pronto o produto ou executado o serviço, compete ao fornecedor prestar informações completas, claras e ostensivas sobre a sua utilização ou fruição e riscos. Se um bem de consumo foi devidamente planejado e executado, mas não forem prestados esclarecimentos suficientes ou adequados sobre o seu manejo e aproveitamento, surge o *defeito por informação*. É possível que um acidente de consumo aconteça não em razão da estrutura física do bem, mas, sim, devido à falta de informação necessária⁷²⁸. O produto pode não oferecer a segurança legitimamente esperada porque seu fabricante o pôs em circulação sem as adequadas instruções sobre o modo do seu emprego, assinala Calvão da Silva, “sem as advertências para os perigos que o seu uso incorreto comporta, sem a menção das contra-indicações da sua utilização, sem as informações sobre as suas propriedades perigosas”⁷²⁹.

O dever de informação ao consumidor é uma obrigação contratual acessória de caráter fundamental para se evitar acidentes de consumo. Cabe ao fornecedor adverti-lo sobre as vantagens e os riscos do produto ou serviço, assim como de todas as demais circunstâncias importantes. Adverte Le Tourneau que todas as relevantes nuances do bem de consumo devem ser expostas pelo fornecedor para que o consumidor tenha uma concepção prévia daquilo que lhe está sendo ofertado.⁷³⁰ É essa informação prévia que, se for realmente prestada a contento e de modo condizente com o produto ou serviço, vai evitar que acidentes aconteçam e que danos sejam ocasionados. Seria, como anuncia De Cupis, “una reacción del derecho para facilitar la represión del daño”⁷³¹.

Identificar a espécie de defeito ou vício por insegurança, que macula certo produto ou serviço pressupõe a consideração de circunstâncias relevantes, para que se possa realmente verificar qual a expectativa criada no público consumidor. A *apresentação do produto* ou o *modo de fornecimento do serviço* é fator de grande relevância; a *época em que foi disponibilizado* e as *consequências e riscos* que razoavelmente dele se esperam devem ser examinados a fim de que o defeito venha a ser ou não constatado⁷³². Assevera Calvão da Silva que o juiz, na valoração do caráter defeituoso do produto, deve atender também às expectativas objetivas do público em geral, “isto é, à segurança esperada e tida como normal nas concepções do tráfico do respectivo setor de consumo, v.g., de adultos, de menores, de

⁷²⁸ Sabrina Ianni salienta o direito fundamental do consumidor à informação e a sua vulnerabilidade. IANNI, Sabrina. *América Latina e Tutela del Consumatore*. Le Prospettive del Mercosur tra Problemi e Tecniche di Unificazione del Diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 65.

⁷²⁹ CALVÃO DA SILVA, João. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 636.

⁷³⁰ TOURNEAU, Philippe le., op. cit., p. 17.

⁷³¹ “uma reação do direito para facilitar a repressão do dano”. DE CUPIS, Adriano; SARRIÓN, Angel Martinez. *El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 1975, p. 15.

⁷³² Consultar os incisos I a III do parágrafo 1º do art. 12 e os incisos I a III do parágrafo 1º do art. 14 do CDC.

deficientes etc.”⁷³³

Todo e qualquer produto, após ser fabricado, deve ser de alguma forma apresentado no mercado de consumo, para que os interessados tomem conhecimento da sua existência. A apresentação envolve dois aspectos: um *intrínseco* ao próprio produto e o outro *extrínseco*. O primeiro diz respeito à embalagem ou acondicionamento do produto e as informações prestadas através de invólucros, etiquetas ou outro material que venha acompanhando a sua apresentação. O segundo refere-se à publicidade sobre a essência, a qualidade e as características do bem de consumo, ou seja, divulgações acerca desse produto. Para se evitar que o defeito informacional seja configurado, deve o fornecedor diligenciar no sentido de anunciar todos os dados essenciais para o uso seguro do produto pelo homem médio – aquele que “tem patamar mínimo de conhecimento, educação e cultura”⁷³⁴.

Cada serviço é executado de acordo com as especificidades da sua natureza e o modo de seu fornecimento é um fator de indiscutível relevância na averiguação de defeitos que coloquem em risco ou atinjam a incolumidade dos consumidores. Um serviço de dedetização, por exemplo, para que seja prestado de modo seguro, requer diligências específicas, como, *v.g.*, aplicar substâncias adequadas e solicitar a retirada dos moradores e demais pessoas que estejam no local, ficando apenas os técnicos responsáveis. A advertência de que tais indivíduos não façam uso do imóvel imediatamente, em virtude dos riscos alérgicos devido às substâncias químicas empregadas é outro cuidado necessário. Dessa forma, se o modo de fornecimento do serviço não se encontrar condizente com as normas técnicas e regulamentares vigentes ou se não forem prestadas informações adequadas, o vício por insegurança estará presente⁷³⁵.

A época em que o produto foi ofertado ou o serviço prestado constitui *fator temporal e histórico* de inegável relevância na avaliação dos possíveis defeitos que podem acometê-los. Os conhecimentos científicos e tecnológicos dos diversos ramos da atividade humana evoluem e transformam-se ao passo em que novas pesquisas e investigações são empreendidas⁷³⁶. Os bens de consumo seguem os meandros das evoluções no campo do saber

⁷³³ CALVÃO DA SILVA, João. *A Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990, p. 636.

⁷³⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Direito à Informação nos Contratos Relacionais de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35/118, São Paulo: RT, 113-122.

⁷³⁵ SERRANO, Laura Gázquez. La Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos en el Ámbito de la Unión Europea: Derecho Comunitario y de los Estados Miembros. In: MONTEIRO, António Pinto (dir.) *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, n. 04, 2004, p. 253-277.

⁷³⁶ Sobre o tema, examinar: ALARCÃO, Rui de. Globalização, Democracia e Direito do Consumidor. In: MONTEIRO, António Pinto (Dir.). *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, n. 08, 2006/2007, p. 18-27.

e as características que atualmente possuem não coincidem com as de outrora - assertiva que conduz a, diante de qualquer acidente de consumo, averiguar qual foi o momento em que o produto foi utilizado e o serviço usufruído⁷³⁷.

Um produto disponibilizado há muito tempo atrás, ou um serviço prestado em período remoto, pode, à época, ter cumprido as normas vigentes e os padrões de segurança conhecidos e aceitos até aquele momento. Com o evoluir dos tempos, investigações podem concluir que aquele bem de consumo, não era tão seguro quanto se pensava, sofrendo os consumidores, que utilizaram o produto ou se beneficiaram do serviço, danos em sua saúde e segurança. Trata-se dos chamados “riscos do desenvolvimento” que, nos Estados Unidos, foram objeto de discussões quando o medicamento fabricado pelo Laboratório *Abbot*, em um primeiro momento, evitou que várias mulheres sofressem abortos, entretanto, posteriormente, gerou tumores malignos nos órgãos sexuais das usuárias⁷³⁸.

Se a deficiência não era previsível no momento da concepção, da fabricação ou da colocação em circulação do produto ou da prestação do serviço, afirma Marc Fallon, não há como responsabilizar o fornecedor, pois a situação é realmente “totalmente imprevisível ao estado de conhecimento técnico e científico”⁷³⁹. Nesse mesmo sentido, Jerry Phillips aduz que “There are some products which, in the present state of human knowledge, are quite incapable of being made safe for their intended and ordinary use (...)”⁷⁴⁰. Se o estágio tecnológico e científico mais avançado no momento em que o produto foi ofertado ou o serviço concretizado não havia como prever que problemas aconteceriam, não há como atribuir responsabilidade ao fornecedor. Caso contrário, produtos e serviços novos, mais complexos e proveitosos, não seriam lançados no mercado pelo receio de que posteriores pesquisas poderiam taxá-los como inseguros – isso seria um desestímulo ao progresso.

A importância do *fator temporal* é premente para se examinar as situações em que um produto de melhor qualidade seja colocado no mercado de consumo ou um serviço passe a ser executado mediante novas técnicas. Em ambas as circunstâncias, o anterior produto ou o serviço findo não é considerado defeituoso, conforme dispõem os arts. 12, § 2º, e 14, § 2º, do

⁷³⁷ “Tal menção deve significar que a apreciação da segurança que cabe legitimamente esperar deve fazer-se segundo as circunstâncias existentes ao momento da colocação em circulação de um produto. Isso quer dizer que se deve valorar o tempo transcorrido desde quando foi posto em circulação e o uso do mesmo, dado que há que contar com sua inevitável deterioração” (tradução livre). TAPIA, Carlos A. Manque. *Derecho del Consumidor. Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos en la Ley n. 19.496*. Santiago: Librolex Ediciones Jurídicas, 2006, p. 74.

⁷³⁸ PHILLIPS, Jerry. *Products Liability*. 5. ed. St. Paul, Minn. West Group, 1998, p. 22.

⁷³⁹ FALLON, Marc. *Les accidents de la consommation et le droit*. Bruxelas: Bruylant, 1982, p. 10.

⁷⁴⁰ “Existem alguns produtos que, no presente estado do conhecimento humano, são bastante incapazes de serem seguros para o uso pretendido e comum” (traduziu-se). PHILLIPS, Jerry J., op. cit., p. 22.

CDC. Um veículo, por exemplo, vendido antes do *airbag* ter sido lançado, não pode ser considerado defeituoso quando o novo modelo trouxe esse instrumento. Um serviço de jardinagem realizado com os produtos químicos existentes à época, não será defeituoso se, *a posteriori*, puder ser executado com novas substâncias menos tóxicas.

O *uso* e os *riscos* que razoavelmente se esperam do produto é outra relevante circunstância no tratamento dos acidentes de consumo. Quanto ao tema, importância similar possuem o *resultado* e os *riscos* que o consumidor aguarda do serviço que lhe foi prestado. O consumidor tem o direito de obter todas as informações pertinentes para o uso seguro do produto ou o gozo do serviço⁷⁴¹, porém, em contrapartida, tem o dever de, respectivamente, empregá-lo e de usufruí-lo de acordo com as instruções expostas. Produtos e serviços nocivos e perigosos precisam ser manipulados e fruídos com cautela e responsabilidade, precavendo-se o consumidor de eventos nefastos⁷⁴². Prestadas todas as informações e os conselhos adequados sobre o produto ou serviço, o consumidor terá que, de acordo com os riscos já declarados, agir de acordo com as orientações e advertências dadas.

5.1.2 Responsáveis pelos Acidentes de Consumo

Em caso de acidentes de consumo na oferta de produtos ou na prestação de serviços, a responsabilidade do fornecedor, quer seja pessoa física ou jurídica será, em regra, objetiva, conforme visto em tópico anteriormente exposto⁷⁴³. Contudo, tratando-se de profissionais liberais, dispõe o art. 14, parágrafo 4º, do CDC, que a responsabilidade será apurada mediante a verificação de culpa, através da análise do elemento subjetivo diante das especificidades da relação contratual fincada entre as partes.

No atual estágio de evolução econômica e mercadológica, no entanto, dificilmente o consumidor consegue adquirir um produto ou contratar um serviço que tenha sido originado

⁷⁴¹ TOURNEAU, Philippe le. *La Responsabilité des vendeurs et fabricants*. Paris: Dalloz, 1997, p. 17.

⁷⁴²“Finalmente, cremos que, em geral, causam maiores prejuízos morais os atos que têm uma manifesta externalidade social e produzem constrangimento ou repúdio. O homem é um animal social e sua vida transcorre neste meio. Deteriorar esse aspecto de sua vida tem efeitos deploráveis, porque compromete um dos aspectos essenciais para o curso de sua existência e seu projeto de vida” (tradução livre). GREZ, Pablo Rodríguez. *Responsabilidad Extracontractual*. 2. ed. act. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 339.

⁷⁴³ ASCENÇÃO, José Oliveira. Direito Civil e Direito do Consumidor. In: MONTEIRO, António Pinto (Dir.) *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, n. 08, 2006/2007, p. 29-49. Verifique-se também a seguinte decisão do STJ: “Veículo novo. Defeito. Aplicação do art. 18. Responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor” (STJ, REsp.554.876-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17/2/2004. Informativo 199). No mesmo sentido: STJ, REsp. 821.624-RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 19/10/2010. Informativo 452.

por apenas uma pessoa física ou jurídica. A complexidade dos bens de consumo reclama a conjugação de esforços de um grupo de fornecedores que vão laborar dentro das suas esferas profissionais específicas para que o bem de consumo seja finalizado. Foi essa realidade, marcada principalmente pelas dificuldades de descoberta do autor do fato⁷⁴⁴, que encetou a solidariedade entre os integrantes da cadeia de fornecimento⁷⁴⁵.

É possível que um consumidor compre um produto *in natura*, v.g., frutas e verduras, em mãos daquele que diretamente o plantou, adubou, regou e colheu, entretanto, em geral, até mesmo tais gêneros naturais, atualmente, são facilmente adquiridos em mercados e passam pelo crivo não somente do agricultor. A presença de mais de um fornecedor na cadeia econômica e produtiva tornou-se ocorrência comum e constante, razão pela qual é fundamental o exame da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço com base na verificação dos agentes que se encontram envolvidos no caso concreto. Nos próximos itens, será delineada a responsabilidade das figuras que podem participar da cadeia de fornecimento, destacando-se a situação do comerciante; em seguida, tratar-se-á dos profissionais liberais e das pessoas jurídicas que atuam em conjunto.

5.1.3 Participantes da Cadeia de Fornecimento

O *produtor* ou *fabricante* são pessoas físicas ou jurídicas que, a partir de matéria-prima, engendram, maquinam, inventam ou fabricam produtos ou efetuam serviços. A fábrica é o estabelecimento industrial que reúne mão de obra especializada e é equipado com maquinário e instalações próprias para produzir bens de consumo. Leciona Ugo Carnevali que aquele que tem nas suas mãos “o controle da produção e as alavancas da oferta, isto é, que representa a real contraparte do adquirente – o fabricante do produto industrial” é o *responsável real* pelos defeitos dos produtos e serviços⁷⁴⁶. Responsabilizar o produtor, aduz Calvão da Silva, é fazer deste “a *contraparte jurídica do consumidor* – a que se eximira pela cisão entre a produção e o comércio -, como que reconstituindo uma operação econômica unitária”⁷⁴⁷. Complementa o autor que os “verdadeiros e substanciais pólos são o produtor e o consumidor, seccionados pela cadeia distributiva em vários estádios ou relações sucessivas

⁷⁴⁴ RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 73-74.

⁷⁴⁵ No Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, a solidariedade entre os fornecedores encontra-se prevista nos arts. 7º, e 25, parágrafo 1º.

⁷⁴⁶ CARNEVALI, Ugo. *La Responsabilità del Produttore*. Milão: Dott. A Giuffrè, 1974, p. 5/6.

⁷⁴⁷ CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 93.

juridicamente autônomas”⁷⁴⁸.

Na condição de criador do produto ou gestor do serviço, o produtor ou o fabricante é reconhecido como verdadeiro responsável pelos acidentes de consumo, aplicando-se, segundo Guido Alpa, uma regra geral reconhecida pela Comunidade Econômica Europeia.⁷⁴⁹ Foram eles que tiveram a ideia primeva de institucionalizar um projeto e concretizá-lo, gerando um bem de consumo e, por isso, não podem ficar alheios à esfera da responsabilização.⁷⁵⁰ Assim sendo, seria “enormemente chocante que aqueles sujeitos que se apresentam no mercado como produtores não fossem legitimados passivamente frente aos prejudicados”⁷⁵¹.

O *construtor* pode ser a pessoa física ou jurídica que se volta para a construção, reforma ou reparação de imóveis: edifícios, casas, estradas, pontes etc., através de obras de engenharia, montando e organizando estruturas físicas que se combinam para criar um todo seguro e adequado⁷⁵². Ao originar uma edificação, readaptá-la ou reestruturá-la, o construtor, sediado no próprio Brasil ou no estrangeiro, tem que seguir literalmente as normas de segurança, verificando, inclusive, a qualidade e a adequação dos materiais utilizados no seu empreendimento. Havendo defeitos na construção, o construtor será responsável juntamente com os demais participantes da cadeia de fornecimento diante dos riscos e danos que porventura ensejarem no mercado de consumo.

O *importador*, denominado de *responsável presumido* ou *fictício*, é aquele que realiza o ato ou efeito de introduzir, em um país, produtos ou mercadorias provenientes de outro, cumpridas as exigências legais. A equiparação do importador ao produtor, assevera Calvão da Silva, buscou proteger o consumidor, evitando que demande em país distante e estranho⁷⁵³. A responsabilidade dos importadores se deve ao fato de que são eles que introduzem os bens advindos de mercados estrangeiros, devendo zelar para que não contenham defeitos que violem as normas tutelares dos consumidores e usuários⁷⁵⁴. Quando o consumidor adquire ou usufrui de um produto importado, o faz em virtude de alguém ou de alguma empresa tê-lo

⁷⁴⁸ CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 93.

⁷⁴⁹ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 9. ed. rev. e atual. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2002, p. 401.

⁷⁵⁰ “Ao invés, na contemporânea sociedade de bem-estar, em que o fabricante exerce uma atividade econômica lucrativa e cria o alto risco de produzir e pôr em circulação produtos defeituosos, é havido como mais justo que seja o produtor a responder pelos *incommoda* (leia-se, danos) dela decorrentes do que deixá-los a cargo das próprias vítimas (...).” CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 503.

⁷⁵¹ ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*. 3. ed. rev. e atual. Madrid: Dykinson S.L, 2007, p. 289.

⁷⁵² STÜRMER, Ulrich; KOEPKE, Jack Edward; REISCHEL, Benno. *New EEC Product Liability*. The U.S. in Comparison. Cologne: Gerling-Konzern Globale Rückversicherungs-AG, 1988, p. 123.

⁷⁵³ CALVÃO DA SILVA, João, op. cit., p. 557.

⁷⁵⁴ FARINA, Juan M. *Defensa del Consumidor y del Usuario*. 3. ed. act. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 111.

introduzido no mercado nacional e a esse será atribuído o louvor pelas qualidades do bem e incorporará também a responsabilidade pelos defeitos que possuir⁷⁵⁵.

O comerciante é considerado *responsável aparente* ou *subsidiário*, pois, de acordo com o art. 13 do CDC, incisos I a III, será responsável apenas em três hipóteses: a) produto anônimo; b) produto precariamente identificado; c) produto perecível não conservado⁷⁵⁶. Quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador do produto não puder ser identificado, diz-se que o bem de consumo é anônimo, conforme a primeira situação. Se o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador, configura-se a segunda hipótese. Produtos suscetíveis à deterioração terão que ser mantidos em estado adequado de conservação pelo comerciante e, havendo falhas nessa atividade, aquele será responsável pela ocorrência danosa⁷⁵⁷.

Sendo o acidente de consumo um evento grave que viola a vida, a saúde e/ou a segurança do fornecedor, o legislador infraconstitucional, ao redigir o CDC, objetivou punir realmente aqueles que estejam diretamente vinculados à situação concreta. Não tendo o comerciante contribuído para que a ocorrência indesejável venha à tona, a exegese literal do citado artigo termina por excluí-lo do rol dos envolvidos. Com a edição do Novo Código Civil, cuja vigência iniciou-se em 2002, restou estabelecida a responsabilidade objetiva dos empresários individuais e das empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação, consoante dispõem os arts. 927, parágrafo único, e 931, tornando-se possível, através do diálogo das fontes, a incidência desses dispositivos legais às relações de consumo⁷⁵⁸. Aplicando-se aquela regra cível, os interessados poderão ingressar com demandas contra os integrantes da cadeia de fornecimento, incluindo-se o comerciante –

⁷⁵⁵ *Ibidem*, *idem*.

⁷⁵⁶ Verifique-se a seguinte decisão do STJ: “A conduta do comerciante que expõe à venda matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/1990 c/c o art. 18, parágrafo 6º, da Lei n. 8.078/90, sendo despiciendo, para tal, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido” (STJ, HC n. 9768/SP, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 13/12/1999).

⁷⁵⁷ Para Zelmo Denari, “a responsabilidade do comerciante nos acidentes de consumo é meramente subsidiária, pois os obrigados principais são aqueles elencados no art. 12”. DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 169. Nesse mesmo sentido, considerando a responsabilidade do comerciante subsidiária: LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; e CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Cidadania e Justiça*, n. 7, Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2º semestre de 1999, p. 20-31.

⁷⁵⁸ Reza o art. 927, parágrafo único, do NCC: “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”. Dispõe o art. 931 do NCC: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

situação que fortalece a defesa do consumidor, visto que amplia o rol de legitimados⁷⁵⁹.

A responsabilização direta do comerciante, com arrimo naquelas regras cíveis, tem suscitado dissensos doutrinários, porém,⁷⁶⁰ adota-se o entendimento de ser cabível e profícua a inserção do comerciante na lide causada por acidente de consumo, devendo o aparato jurisdicional examinar e julgar a sua verdadeira participação no caso⁷⁶¹. Quanto ao prazo prescricional, defende-se que o fato de serem aplicadas regras cíveis, não afasta o *lapsus temporis* previsto no art. 27 do CDC (5 anos). A confluência de normas cíveis e consumeristas é perfeitamente possível e salutar para a defesa dos interesses dos consumidores que, pela vulnerabilidade presumida, estão constantemente em desvantagem perante o fornecedor. Assim sendo, não haveria necessidade e nem obrigatoriedade de se recorrer ao art. 206, parágrafo 3º, inciso V, do NCC, cujo prazo prescricional é de 3 anos, bem menor do que aquele⁷⁶².

Quando o consumidor adquire um produto ou contrata um serviço, mantém contato direto com o comerciante e não com o produtor, fabricante ou demais figuras que podem participar da cadeia de fornecimento. Acredita o consumidor, principalmente, aqueles que não possuem um nível informacional maior, que o comerciante, com base na teoria da aparência, estará obrigado, juntamente com os demais, diante de um acidente de consumo⁷⁶³. Não se

⁷⁵⁹ Afirma Leonardo Medeiros Garcia que, por outro lado, alguns autores têm entendido que “a responsabilidade do comerciante seria solidária, principalmente, porque o art. 13 aduz que o comerciante “é igualmente responsável” nos termos do art. 12. Assim, o comerciante responderia solidariamente com o fabricante, produtor, construtor e o importador”. GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. Código Comentado e Jurisprudência. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 157. Nesse mesmo sentido: NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 275. ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62. O STJ também se posiciona assim: “O indeferimento do pedido de denúncia à lide de incorporadora falida, pela sua sucessora, na comercialização das unidades imobiliárias, está baseado na responsabilidade solidária do comerciante, prevista no art. 13 do CDC, na possibilidade do direito de regresso (art. 13, parágrafo único, do CDC); na vedação à denúncia da lide (art. 88, CDC) e na ocorrência de prejuízo aos consumidores pelo deslocamento da ação para o juízo universal da falência (STJ, AgRg no Ag 364178/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrigli, DJ 11/06/2001).

⁷⁶⁰ Afirma Paulo de Tarso Sanseverino que “Ocorre que uma interpretação ampla e irrestrita do disposto no art. 931 do CC, que fixou um regime de responsabilidade objetiva para os empresários pelos ‘danos causados pelos produtos postos em circulação’, praticamente inviabilizaria alguns setores empresariais (v.g. Fabricante de facas)”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

⁷⁶¹ Aduz Gustavo Tepedino que a responsabilidade do comerciante somente se justifica nas hipóteses dos incisos do art. 13, pois, na maioria dos acidentes de consumo, os defeitos se dão quando da fabricação, produção ou construção, e não quando da simples comercialização. TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade por acidentes de consumo na ótica Civil – Constitucional*, Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 245.

⁷⁶² Complementa Sanseverino que “Além disso, o prazo prescricional de cinco anos do art. 27 do CDC, contado do conhecimento do dano e de sua autoria pelo consumidor, é muito mais vantajoso do que o reduzido lapso temporal de três anos, estabelecido pelo art. 206, parágrafo 3º, V, do CC/2002, para a prescrição da ‘pretensão de reparação civil’”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit., p. 58.

⁷⁶³ Ricardo Lorenzetti e Cláudia Lima Marques discorrem sobre a teoria da aparência na obra: LORENZETTI, Ricardo Luis; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Servicios a los Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 176.

pode estabelecer *a priori* um elenco taxativo de dados fáticos que contribuem para a determinação da aparência dos envolvidos em determinada questão jurídica – afirma Rodolfo Sacco⁷⁶⁴. As concepções alemã, francesa e italiana da teoria da aparência admitem a eficácia do ato praticado por quem não é o verdadeiro titular sempre que este, investido em um título formal, suscita no contratante a falsa convicção sobre a sua condição⁷⁶⁵. Aduz Canaris que a responsabilidade pela aparência é apenas uma das variadas aplicações do princípio da confiança, ou seja, uma espécie de subprincípio⁷⁶⁶. De acordo com a concepção francesa, haveria um *error communis*, e, realmente, no caso do comerciante, o consumidor acredita que seria também responsável⁷⁶⁷. A vertente italiana vincula a aparência ao princípio da proteção do terceiro de boa-fé, escusada em situação de fato objetivamente idônea de suscitar engano a qualquer pessoa⁷⁶⁸.

No sistema norte-americano, o comerciante não é qualificado como um responsável subsidiário. O *Restatement (2nd) of Torts*, no parágrafo 402-A, no item 1, estabelece que aquele que vende um produto defeituoso e irrazoavelmente perigoso para o usuário ou consumidor, ou para a propriedade destes, é responsável pelos danos físicos e patrimoniais causados ao último usuário ou consumidor, “se (a) o vendedor é profissional na venda de tal produto; e (b) se é justa a expectativa de que chegue ao usuário ou consumidor sem alterações substanciais nas condições como foi vendido”⁷⁶⁹. Em seguida, o item 2 dispõe que a regra estabelecida na subsecção anterior é aplicável ainda que: (a) o vendedor tenha empregado toda a diligência possível na preparação e venda de seu produto; e b) o usuário ou consumidor não tenha comprado o produto diretamente do vendedor, não mantendo com ele qualquer relação contratual⁷⁷⁰.

Outra hipótese em que a teoria da aparência serve como instrumento para definir a responsabilidade do comerciante refere-se ao fato deste, na condição de distribuidor ou grossista, apor a sua firma, marca ou símbolo distintivo, em produtos que não produziu ou

⁷⁶⁴ SACCO, Rodolfo. *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*. Torino: SPE, 1949, p. 54.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, *idem*.

⁷⁶⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 96-99.

⁷⁶⁷ MAZEUD, Henri. et al. *Leçons de droit civil: obligations, théorie générale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 885.

⁷⁶⁸ GOMES, Orlando. Aparência do direito. In: GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980

⁷⁶⁹ SPANOGLE, John A; ROHNER, Ralph J.; PRIDGEN, Dee; SOVERN, Jeff. *Consumer Law. Cases and Materials*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2007, p. 197.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, *idem*.

fabricou, ou seja, os denominados “produtos brancos”⁷⁷¹, induzindo, assim, o consumidor em erro, quanto à origem ou proveniência do bem, dando-lhe a aparência de ser ele próprio o produtor real⁷⁷². É muito comum redes de supermercados realizarem tal procedimento, e, para efeitos de efetivação de responsabilidade objetiva por produtos defeituosos, o comerciante é equiparado ao produtor real, tornando-se o quase produtor ou produtor aparente⁷⁷³.

5.1.4 Profissionais liberais

Dispõe o art. 14, parágrafo 4º, do CDC que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. A compreensão dessa norma requer a análise de três aspectos fundamentais: a) a identificação do denominado profissional liberal; b) os motivos pelos quais a sua responsabilização dar-se-á por meio do exame do elemento subjetivo; c) a verificação se há diferenciação do regime de responsabilização, a depender do tipo de obrigação assumida.

A evolução científica e tecnológica propiciou a realização de estudos específicos sobre temas diversos e a formação de profissionais qualificados para atuarem nesses setores. Diante da especialização de tais atividades, os profissionais que as realizavam deveriam ter formação e registro habilitatório. Em Roma, os trabalhos profissionais eram denominados “*operae liberales*”, consistindo em tarefas ou serviços remunerados desempenhados por médicos, advogados, professores, agrimensores, etc⁷⁷⁴. Os trabalhos que não dependiam de conhecimentos técnicos especializados, consistentes em meras atividades manuais, eram denominados de mercenários e a retribuição financeira era intitulada de “*merces*” ou salário.

Durante o século XVI e até meados do século XVII, as profissões liberais desenvolveram-se bastante e vivenciaram o seu apogeu e aqueles que as exerciam tinham privilégios e integravam, em geral, a classe da nobreza. Contudo, no decorrer da Revolução Francesa (1789-1799), as isenções de contribuições e de taxas tributárias desapareceram, visto que a burguesia assumiu o poder e o ideal iluminista pregava a igualdade de todos perante a lei. No século XIX, as categorias profissionais estruturaram-se, organizando seus regulamentos

⁷⁷¹ Aduz Carlos Álvarez que essa prática é muito comum e frequente nos estabelecimentos comerciais de grande porte. ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*. 3. ed. rev. e atual. Madrid: Dykinson S.L, 2007, p. 289.

⁷⁷² AFONSO, Maria; VARIZ, Manuel. *Da Responsabilidade Civil Decorrente de Produtos Defeituosos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 27.

⁷⁷³ Ibidem, idem.

⁷⁷⁴ GLISSEN, John. *Introdução Histórica do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 78.

internos e consolidando-se no cenário mercadológico⁷⁷⁵.

Profissional liberal é aquele que exerce uma profissão intelectual específica, de forma autônoma e livre, sem qualquer subordinação com determinada chefia. Segundo Oscar Ivan Prux, é uma categoria de pessoas que, no exercício de suas atividades laborais, difere-se pelos conhecimentos técnicos reconhecidos em diploma de nível superior, não se confundindo com a figura do trabalhador autônomo, não sendo funcionário de um empregador⁷⁷⁶. Para Fernando Antonio Vasconcelos, profissão liberal é aquela que se caracteriza pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos especializados “concernentes a bens fundamentais do homem, como a vida, a saúde, a honra, a liberdade”⁷⁷⁷.

A exigência de diploma universitário para a caracterização do profissional liberal veio sendo mitigada através dos tempos. Para Paulo Luiz Neto Lôbo, profissional liberal será “todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinadas pela lei ou pela divisão social do trabalho”⁷⁷⁸. Segundo esse conceito, para o citado doutrinador, encontram-se açambarcadas todas aquelas profissões, que exigem ou não graduação universitária, ou apenas formação técnica⁷⁷⁹. Nesse mesmo sentido, Fernando Antônio Vasconcelos considera profissional liberal aquele que “adquiriu certa preparação cultural, normalmente através de cursos ou estágios e que, em decorrência da profissão que abraçou, passa a prestar um serviço de natureza específica”.

O Estatuto da Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL, aprovado pela Assembleia Geral Extraordinária do Conselho Deliberativo, realizada em 08/11/97, conceitua o profissional liberal no parágrafo único de seu art. 1º, como “aquele legalmente habilitado a prestar serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional, com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente do vínculo da prestação de serviço”⁷⁸⁰. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-1 pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Maurício Correa,

⁷⁷⁵ GLISSEN, John. *Introdução Histórica do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 78.

⁷⁷⁶ PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 367 p.

⁷⁷⁷ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2003. 187 p.

⁷⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e o novo Código Civil*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 8 dez. 2003; _____. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. São Paulo: Brasília Jurídica, 1996; _____. *Responsabilidade civil do advogado*. Disponível em: jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=663>. Acesso em: 24 ago. 2013; _____. Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais e o ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, nº 26, p. 159-165. 1998.

⁷⁷⁹ Ibidem, idem.

⁷⁸⁰ Consultar site da Confederação Nacional dos Profissionais Liberais: <http://www.cnpl.org.br/novoportal>. Acesso em 11 de agosto de 2013.

ao exarar o seu voto, refere-se apenas ao “preparo científico, técnico e profissional”, não havendo exigência de diploma de nível superior⁷⁸¹.

O exercício das profissões liberais apresenta características peculiares e Fernando Azevedo Vasconcelos enumera as seguintes: a) habitualidade; b) regulamentação; c) habilitação; d) presunção de onerosidade; e) autonomia técnica; e f) vinculação a alguma corporação ou sindicato. O profissional liberal faz da sua profissão a sua “maneira de viver”, gerando a habitualidade; as atividades são desenvolvidas não com base em um simples regulamento, exigindo-se a sua normatização. O seu exercício pressupõe uma habilitação prévia e não será gratuito, havendo remuneração que será recebida e usufruída pelo próprio profissional, não se verificando subordinação de natureza empregatícia ou trabalhista. Por fim, ressalta que determinadas profissões exigem filiação obrigatória à entidade de classe ou sindicato, outras deixam ao livre arbítrio do profissional⁷⁸².

A contratação *intuitu personae* é outra característica inerente aos serviços prestados pelos profissionais liberais, visto que o consumidor o escolhe com base na confiança depositada na sua qualificação e eficiência - a pessoa do contraente é considerada como elemento determinante do vínculo jurídico estabelecido. Com o passar do tempo, a estruturação de planos de saúde, convênios, cooperativas e outras pessoas jurídicas prestadoras de serviços nessa área, levou muitos consumidores a desconsiderar o elemento da personalidade na contratação⁷⁸³.

A previsão da responsabilização subjetiva dos profissionais liberais decorre ainda de outro aspecto concernente ao tipo de obrigação assumida. Em geral, tais profissionais não se comprometem a conseguir certo resultado, mas apenas diligenciar para obtê-lo, assegurando uma obrigação de meio e não de resultado. Segundo Ruy Rosado de Aguiar Jr., a obrigação de meio é aquela em que o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência “exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos de que dispõe e, com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a

⁷⁸¹ Pesquisar site do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 11 de agosto de 2013.

⁷⁸² VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 156.

⁷⁸³ De fato, atualmente, muitos consumidores, usuários de planos de saúde, não procuram profissionais liberais pelo liame da personalidade e da confiança, mas, sim, são os contratados, credenciados ou referenciados indicados. No entanto, a responsabilização subjetiva do profissional liberal decorre exatamente desse laço prévio de crença do contratante na sua capacidade, honestidade e presteza. Por essa razão, quando o consumidor opta pelo atendimento por parte de certo profissional, a responsabilidade desse, em caso de acidente de consumo, será subjetiva. Não havendo, porém, a possibilidade de escolha pelo contratante, a personalidade esvai-se e a responsabilidade será objetiva.

obtenção de um certo resultado”⁷⁸⁴. Por outro lado, na obrigação de resultado, o profissional garante ao contratante o que será atingido⁷⁸⁵.

Quando um médico é contratado por um paciente para cuidar da sua saúde, não pode se comprometer a mantê-la em caráter absoluto, assumindo uma obrigação de meio; o mesmo acontece com o advogado, quanto à causa do seu cliente, pois não sabe se obterá êxito ou não⁷⁸⁶. A responsabilidade, nesses casos, será subjetiva, devendo ser avaliada a presença da culpa, ou seja, se o profissional agiu com imperícia, imprudência ou negligência. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o Recurso Especial 731.078/SP, tendo como relator o Min. Castro Filho, em julgado datado de 13.12.2005 (DJU 13.02.2006), reconheceu a responsabilidade subjetiva dos médicos⁷⁸⁷.

Tendo o médico sido contratado para a realização de uma cirurgia ou outro procedimento estético, a obrigação será de resultado; do mesmo modo, quando o advogado é contratado para se fazer presente em determinado ato judicial ou extrajudicial e não comparece injustificadamente. Comprometendo-se a cumprir uma obrigação de resultado, havendo falhas que caracterizem vícios por inadequação, a responsabilidade do profissional liberal será objetiva, mesmo que não haja previsão legal expressa nesse sentido⁷⁸⁸. Nessa mesma linha de pensamento, podem ser vislumbrados os seguintes Recursos Especiais julgados pelo Superior Tribunal de Justiça: REsp 326.014/RJ⁷⁸⁹; REsp 473.085/RJ⁷⁹⁰; e REsp 419.026/DF⁷⁹¹. O STJ vinha aplicando o seguinte entendimento: “Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade (STJ, Resp. 81101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 31/05/1999).

No entanto, em vários julgados, o STJ vem aplicando a responsabilidade subjetiva, mesmo nas hipóteses de obrigação de resultado, importando somente em presunção de culpa

⁷⁸⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na Relação de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr/jun. 95.

⁷⁸⁵ Maria Costanza afirma que “não é crível que um regramento contratual seja o resultado de um livre acordo entre as partes, mormente quando ele se apresenta pouco equilibrado e amplamente favorável a uma delas”. COSTANZA, Maria. *Profili dell' interpretazione del contratto secondo buona fede*. Milão: Giuffrè, 1989, p. 32-33.

⁷⁸⁶ Sobre as obrigações de meio, consultar: VARELA, J.M. Antunes. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, p. 4.

⁷⁸⁷ Examinar também o REsp 196.306/SP, 4ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 03.08.2004, DJU 16.08.2004.

⁷⁸⁸ Sobre o conceito de obrigação de resultado, consultar: PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 105.

⁷⁸⁹ STJ, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.08.2001, DJU 29.10.2001.

⁷⁹⁰ STJ, 3ª Turma, rel. Min. Castro Filho, j. 14.06.2004, DJU 23.05.2005.

⁷⁹¹ STJ, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.10.2004, DJU 21.02.2005.

(inversão do ônus da prova)⁷⁹². De acordo com o STJ, quando houver dano decorrente de cirurgia estética e reparadora ao mesmo tempo, deve ser analisada de forma fracionada a responsabilidade do médico. Nesse sentido, “a relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias de natureza mista – estética e reparadora -, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora” (STJ, Resp. 1097955/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3a T., Dje 03/10/2011).

Contudo, quando o profissional liberal mantém vínculo jurídico com determinada pessoa jurídica, tem-se entendido que será responsabilizado de modo subjetivo, enquanto a atuação da pessoa jurídica continuará sendo avaliada sob a ótica objetiva⁷⁹³.

Relembrem Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin que o parágrafo 4º do art. 14 apenas se aplica ao caso de defeito no serviço, ou seja, falhas na segurança deste⁷⁹⁴, sendo que “As falhas de adequação dos serviços dos profissionais continuam reguladas pelo art. 20 do CDC, com sua responsabilidade solidária e de estilo contratual, logo, sem culpa”. Já as pessoas jurídicas formadas por médicos ou outros profissionais “perdem este privilégio, devendo ser tratadas como fornecedores normais, elas mesmas não profissionais liberais. Aqui privilegiado não é o tipo de serviço, mas a pessoa (física) do profissional liberal”⁷⁹⁵. Justifica-se, assim, o fato de o legislador infraconstitucional ter previsto a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.

⁷⁹² RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia (STJ, Resp. 1180815/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Dje 26/08/2010). Nesse mesmo sentido: STJ, Resp. 236708/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, Quarta Turma, Dje 18/05/2009.

⁷⁹³ Examine-se a decisão no seguinte Recurso Especial: STJ, REsp 258.389/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.06.2005, DJU 22.08.2005, p. 275.

⁷⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 248/249.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, *idem*.

5.2 VÍCIOS POR INADEQUAÇÃO DOS BENS DE CONSUMO

Existem situações em que a incolumidade econômica do consumidor é violada, ao mesmo tempo em que a sua vida, a saúde e a segurança, quando acidentes de consumo danificam ou inutilizam o produto ou serviço usufruído. No capítulo primeiro, ao serem tratadas as espécies de vícios que podem afligir os bens de consumo, afirmou-se que, em geral, os defeitos estão coligados aos vícios por inadequação. Problemas com o funcionamento de produtos ou a prestabilidade de serviços, sem que acidentes ocorram, são também intensamente frequentes e ocupam rotineiramente as esferas administrativas e judiciárias competentes.

O microsistema de proteção ao consumidor situa-se dentro de uma política de intervenção ativa de integração e de auxílio para essa categoria vulnerável⁷⁹⁶, não se limitando a assegurar meios eficazes para que apenas a sua incolumidade física e psíquica seja resguardada, mas garantindo-lhe, também, o respeito à sua condição econômica. Um “processo de institucionalização”, afirma Thierry Bourgoignie, engajou-se, originando o Direito das Relações de Consumo, permitindo aos consumidores exprimirem suas necessidades coletivas e zelarem pela salvaguarda dos seus interesses.⁷⁹⁷ Ao “processo de institucionalização”, complementa o autor, deve necessariamente corresponder um “processo de mobilização” e de integração da coletividade consumerista para que o movimento não se transforme em um fenômeno de burocratização, que venha petrificar a sua evolução⁷⁹⁸.

Após a análise das normas que regem a responsabilidade do fornecedor pelos vícios dos produtos e serviços, observar-se-á que, no plano fático, muitas são descumpridas e os consumidores precisam constantemente recorrer às vias judiciárias para que os seus interesses econômicos sejam resguardados. A incrementação daquele “processo de mobilização” deve ser mantida em prol da tentativa de concretização dos ditames normativos estabelecidos para o equilíbrio dos vínculos jurídicos entre os consumidores e os fornecedores. O efeito vinculante do contrato – um dos pilares do microsistema consumerista-, não tem sido de fácil atendimento por parte dos fornecedores, dando margem a uma série de contendas administrativas e judiciais.

O efeito vinculante do contrato firmado entre fornecedores e consumidores

⁷⁹⁶ BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*. Bruxelles: Story Scientia, (Coll. « Droit et consommation », XVI) 1988, p. 149.

⁷⁹⁷ Ibidem, idem.

⁷⁹⁸ Ibidem, idem.

fundamenta-se na ideia de *ordem pública econômica*, leciona Alterini⁷⁹⁹, agregando a exigência de se realizar certas condutas impostas legalmente, procurando “impor de maneira positiva certo conteúdo contratual”, aduz Ghestin⁸⁰⁰. A confiança depositada pelo consumidor no cumprimento do contrato pelo fornecedor, aduz Alterini, obriga a quem a tenha defraudado responder pelo dano causado por razões legais e filosóficas: “El carácter social del hombre le impone confiar en los demás”⁸⁰¹.

O conceito de contrato, enuncia Roppo, “não pode ser entendido, a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica”⁸⁰². O contrato não é uma realidade dotada de “autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito”; muito pelo contrário, os conceitos jurídicos “refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental”⁸⁰³. Por essa razão, ao ser examinada a responsabilidade pelo vício dos produtos e serviços, críticas, baseadas nessa realidade, devem ser tecidas sobre a fragilidade da concretude das normas que a regem.

5.2.1 Vícios de Qualidade dos Produtos

Produtos viciados são aqueles *impróprios* ou *inadequados* para o uso e o consumo humanos, conforme dispõem o art. 18, *caput* e o seu parágrafo 6º, incisos I a III, do CDC. O termo *impróprio* é amplo e abrange todo e qualquer produto viciado, inclusive os *inadequados*, ou seja, aqueles que não atendem às legítimas expectativas dos interessados e nem aos fins a que se destinam, havendo um descompasso com os termos contratuais.⁸⁰⁴ A avaliação da impropriedade da coisa exige um juízo sobre a sua constituição e determinados fatores externos que a acompanham, conforme *infra* exposto⁸⁰⁵.

⁷⁹⁹ “O carácter social do homem lhe impõe confiar no dos demais”. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. Teoría General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 18-20.

⁸⁰⁰ GHESTIN, Jacques. *Conformité et garanties dans la vente* (produits mobiliers). Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 201.

⁸⁰¹ “O carácter social do homem lhe impõe confiar nos demais”. ALTERINI, Atilio. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p.17, jul./set. 1999.

⁸⁰² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p.78.

⁸⁰³ *Ibidem*, *idem*.

⁸⁰⁴ Ver o inciso III do parágrafo 6º, do art. 18 do CDC.

⁸⁰⁵ PICOD, Yves; DAVO, Hélène. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris: Sirey Université, Dalloz, 2010, p. 274.

Assim, os produtos impróprios podem ser subdivididos em: a) *produtos intrinsicamente viciados* e b) *produtos extrinsicamente viciados*. Os primeiros referem-se às máculas que afetam a própria essência ou natureza do bem, subclassificando-se em: a) *produtos submetidos à manipulações ilícitas*; b) *produtos nocivos ou perigosos*; e c) *produtos em desacordo com as normas regulamentares*. Os segundos são concernentes às deficiências que não dizem respeito ao produto em si, mas a fatores exógenos, englobando: a) *produtos com validade vencida*; e b) *produtos em disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária*.

Produtos que passaram pelo crivo de alterações abusivas são os *alterados, adulterados, falsificados, corrompidos, fraudados, avariados ou deteriorados*. A alteração de um produto é um conceito amplo que envolve ações como modificar ou transtornar a sua essência, bem como adulterar, falsificar, corromper e fraudar a sua composição. É uma ação humana que tem por escopo alterar a qualidade original do bem, fazendo-se passar por outro, deixando de prestar ao fim ao qual se destinava e colocando em risco a saúde ou a segurança do consumidor⁸⁰⁶. Produto avariado é aquele danificado, estragado, que não mais possui a utilidade desejada para cumprir destinação mercadológica.⁸⁰⁷ Deteriorado é aquele produto cuja qualidade ou condição primitiva foi modificada por causas naturais, podendo ou não acarretar risco à saúde⁸⁰⁸.

Os conceitos de nocividade e de periculosidade foram externados anteriormente, quando iniciado o tratamento da matéria referente aos defeitos ou vícios por insegurança, sendo despicienda a sua reiteração. O descumprimento dos regulamentos ou de normas técnicas sobre a fabricação, distribuição ou apresentação dos produtos também foi objeto de análise anterior, não havendo razões para repetir o exame. As intervenções normativas investidas pelo legislador infraconstitucional, ao criar o microsistema consumerista assentam-se na “tutela social”, “preservação mínima do princípio jurídico da justiça” e na “*economic policy* para a eficiência do mercado”, afirma Joaquim de Sousa Ribeiro⁸⁰⁹. O consumidor, sujeito presumidamente vulnerável, necessita contar com normas que coíbam a colocação de produtos altamente perigosos e nocivos no mercado, competindo aos fornecedores o cumprimento dos padrões regulamentares vigentes⁸¹⁰.

⁸⁰⁶ CINTRA, Luis Daniel Pereira. “Anotações sobre os vícios, prescrição e decadência”. *Revista de Direito do Consumidor* 8/118-145.

⁸⁰⁷ *Ibidem*, *idem*.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, *idem*.

⁸⁰⁹ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 48.

⁸¹⁰ *Ibidem*, *idem*.

Produtos com validade vencida são aqueles não duráveis cujo prazo para uso, previsto pelo fornecedor, expirou, não sendo mais aconselhável a continuidade da sua oferta. Cada bem de consumo tem um período adequado para o uso e o aproveitamento e, ao cabo deste, não mais poderá continuar sendo disponibilizado e vendido no mercado de consumo. Havendo a aquisição ou o uso de produto que não mais se encontre dentro do prazo de validade, o fornecedor será responsabilizado pelo vício por inadequação, independentemente de o consumidor ter sofrido danos físicos ou psíquicos. Cabe ao fornecedor indicar precisamente o prazo de validade do produto e ao vendedor, com base nessa informação, não negligenciar para que continue acessível ao consumidor após a sua expiração⁸¹¹.

Os deveres de informação são elementos necessários para formar e se conseguir um correto consentimento contratual, “desempenhando, pois, um papel ativo e positivo”⁸¹². Por isso, a disparidade da essência do produto com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária constituem vícios extrínsecos. Para ser conforme ao contrato, o bem deve ser próprio ao uso habitualmente atendido por um bem semelhante e, no caso, assevera Yves Picod, adequado e correspondente à descrição dada pelo vendedor, possuindo as qualidades das declarações públicas feitas pelo produtor ou pelo vendedor por meio da publicidade ou etiquetagem.⁸¹³ A adoção de medidas preventivas de controle sobre a qualidade dos produtos ocupa-se não somente da constituição do bem em si, mas também da sua conformidade com as informações anunciadas para o público consumidor, precavendo-se o fornecedor da responsabilidade pelo vício⁸¹⁴.

A colocação de produtos viciados no mercado caracteriza abuso de contrato e se confronta com três grandes exigências que dominam a matéria: “a exigência moral”; “a exigência social” e “a exigência de fidelidade”, verbera Stoffel-Munck⁸¹⁵. Complementa o autor que “o desrespeito à lealdade denomina-se abuso” - a falta de decência configura o abuso e a disponibilização de produtos viciados é uma das formas de agir dessa maneira. Aduz ainda que “O uso da liberdade contratual em detrimento dos fracos ou da ordem econômica concorrencial intitula-se abuso” - ter autonomia e liberdade não significa que o fornecedor possa atuar em prejuízo dos mais debilitados, ofendendo os valores sociais e

⁸¹¹ LOVECE, Graciela; OCIO, Alejandro Mario García. *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 31.

⁸¹² ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*. 3. ed. rev. e atual. Madrid: Dykinson S.L, 2007, p. 108.

⁸¹³ PICOD, Yves; DAVO, Hélène. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris: Sirey Université, Dalloz, 2010, p. 274.

⁸¹⁴ IANNI, Sabrina. *America Latina e Tutela del Consumatore*. Le Prospettive del Mercosur tra Problemi e Tecniche di Unificazione del Diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, p. 84 a 93.

⁸¹⁵ STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'Abus dans le Contrat*. Paris: L.G.D.J, 2000, p. 594.

morais. Por fim, orienta que deve o fornecedor ter a hombridade de proporcionar ao consumidor bens não inquinados de vícios⁸¹⁶.

5.2.2 Alternativas perante os Vícios dos Produtos

Viciado o produto, tem o consumidor direito de solucionar o problema, conforme disposto pelos parágrafos 1º a 4º, do art. 18 do CDC. Dispõe o parágrafo 1º, incisos I a III, desse dispositivo, que não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: a) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; ou c) o abatimento proporcional do preço⁸¹⁷. Atente-se que para exercer o direito de opção contemplado no parágrafo 1º, decidiu o STJ que o consumidor não necessita notificar formalmente o fornecedor sobre o aparecimento do vício, sendo suficiente a prova de que o fornecedor teve conhecimento do vício e que não houve a sanção do mesmo no prazo de 30 dias (STJ, REsp. 435852/MG, Rel. Min. Castro Filho, DJ 10/09/2007).

Com relação ao mencionado prazo, duas observações preliminares devem ser registradas: a quem deve o consumidor recorrer e se aquele período temporal sempre terá que ser aguardado para que esse possa recorrer às alternativas propostas pelo CDC. Aplicando-se a solidariedade na cadeia de fornecimento e vigendo a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, o adquirente ou usuário do produto pode dirigir-se ao estabelecimento comercial onde foi comprado, à assistência técnica ou diretamente ao fabricante ou produtor, ou quaisquer outros participantes do processo de produção. No entanto, em geral, o consumidor comparece no local em que o produto foi adquirido e é imediatamente remetido para a assistência técnica, como se o comerciante não tivesse nenhuma responsabilidade em face da

⁸¹⁶ *Ibidem*, *idem*.

⁸¹⁷ O consumidor tem direito a escolher uma das alternativas sem que o fornecedor imponha restrições, conforme vários julgados do Superior Tribunal de Justiça: STJ, REsp n. 554.876/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, DJU de 17/02/2004; REsp. n. 554.876/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, DJU de 17/02/2004. Outros precedentes: REsp. 185.836-SP, DJ 22/3/1999; REsp. 109.294-RS, DJ 12/5/1997; REsp. 991.985-PR, Min. Castro Meira, j. 18/12/2007. Informativo 343; REsp. 109294/RS, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, 4ª T., j. 18/02/1997, DJU 12/05/1997, p. 18.814; REsp. 185836, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 23/11/1998, DJU 22/03/1999, p. 11. Para Marinoni, “o consumidor somente pode exercer esse seu direito de opção se houver solicitado a substituição das partes viciadas. De modo que a reclamação de substituição das partes viciadas não constitui opção, mas antes verdadeira obrigação, que somente pode ser excepcionada nas hipóteses do parágrafo 3º do art. 18”. MARINONI, Luis Guilherme. A Tutela Específica do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, n. 50/100. No entanto, como visto, tal posicionamento apresenta-se minoritário.

questão⁸¹⁸.

Quando o fabricante ou produtor tem rede de assistência técnica, o consumidor a procura e o produto fica retido para análise que perdura normalmente um longo espaço de tempo. Em determinadas circunstâncias, o fabricante ou produtor sequer possui assistência técnica, ou não a disponibiliza no local em que reside o consumidor, tendo o interessado que remeter o produto, via postal, para a empresa – muitas, inclusive, não custeiam os gastos para essa diligência⁸¹⁹. Alguns fornecedores contam com os serviços de um número reduzido de assistências técnicas, ou mesmo, apenas uma para grandes capitais, fazendo que o consumidor fique aguardando tempo demasiado para o primeiro atendimento e passe pelas agruras de um serviço ineficaz e desqualificado⁸²⁰. Essa realidade tem sido um grande entrave para que os consumidores solucionem, a contento, os vícios que acometem os produtos que adquirem.

Comerciantes e fabricantes deveriam manter um canal de comunicação para que pudessem tratar dos vícios dos produtos que respectivamente vendem e produzem, facilitando, inclusive, o acesso dos consumidores às assistências técnicas, não permanecendo aqueles alheios ao problema, como se nenhuma responsabilidade lhes fosse atribuída. Por outro lado, é dever essencial do fornecedor colocar à disposição do consumidor assistências técnicas em número suficiente e compatível com a quantidade de produtos que circulam no mercado e são vendidos, proporcionando-lhe um atendimento rápido, qualificado e eficaz. Contudo, o panorama atual não se coaduna com esse dever e o consumidor continua sendo tratado com desprezo e em revelia à sua dignidade⁸²¹.

É possível fazer uso imediato daquelas alternativas, estabelece o § 3º do art. 18, quando a *extensão do vício*, a *substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou as características do produto*, *diminuir-lhe o valor* ou *se tratar-se de produto essencial*. Três são as hipóteses em que a lei admite o desprezo daquele *lapsus temporis*, sendo as duas primeiras vinculadas ao *tipo de vício* e a última, à *natureza do produto*. A depender da extensão do vício, de nada adiantará encaminhá-lo para a assistência técnica e esperar o transcurso daquele prazo – é o que ocorre, *v.g.*, com um refrigerador cujo motor venha a explodir e atinja as demais partes adjacentes e acessórias. Existem situações em que a substituição da parte viciada é possível, mas a qualidade do produto termina sendo afetada,

⁸¹⁸ Verificar denúncias de consumidores apresentadas no site reclameaqui (<http://www.reclameaqui.com.br>. Acesso em 11 de agosto de 2013), assim como na Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado da Bahia (<http://www.sjcdh.ba.gov.br>. Acesso em 11 de agosto de 2013).

⁸¹⁹ Verificar denúncias de consumidores apresentadas no site reclameaqui (<http://www.reclameaqui.com.br>. Acesso em 11 de agosto de 2013), assim como na Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado da Bahia (<http://www.sjcdh.ba.gov.br>. Acesso em 11 de agosto de 2013).

⁸²⁰ *Ibidem*, *idem*.

⁸²¹ O número de reclamações vem cada vez mais crescendo, de acordo com dados constatados naqueles sites.

como acontece, por exemplo, com um computador cuja peça trocada afete a sua velocidade. Em outros casos, a dita substituição pode atingir os seus caracteres ou reduzir o seu valor de mercado – um móvel, *v.g.*, que tenha um componente externo viciado, não mais fabricado, se for complementado com outro, terá o seu modelo ou perfil alterado e o seu valor será depreciado.

O conceito de produto essencial pode ser examinado sob o duplo ângulo: *geral* e *especial*. Existem produtos qualificados como essenciais para todo e qualquer consumidor, incidindo, pois, no espectro geral, dentre os quais, os aparelhos celulares, cuja utilidade e necessidade são reconhecidos pela jurisprudência⁸²². São produtos básicos e imprescindíveis para a comunicação humana e que interferem nas atividades cotidianas, profissionais e familiares dos consumidores. Sob a esfera especial, estão aqueles produtos que, a depender das características e especificidades do usuário, são capitais, fundamentais e indispensáveis para o seu estado vital, vida privada ou profissional. Pode-se citar, como caso ilustrativo, um aparelho para nebulização usado por pessoa asmática. Para os demais consumidores, não acometidos por tal moléstia, o equipamento não é substancial, mas a importância e a necessidade para aquela pessoa são inquestionáveis.

Importante salientar que Leonardo Roscoe Bessa defende que o consumidor não está obrigado a esperar o prazo de 30 (trinta) dias para fazer opção pelas alternativas que, a seguir, serão examinadas⁸²³. Mesmo que o produto não seja essencial ou que a substituição de partes não comprometa a sua funcionalidade e qualidade, entende o doutrinador que não teria o consumidor que suportar aquele período, desde que isso não se configure como abuso de direito. Se o vício no produto não justificar a substituição imediata, como, por exemplo, um arranhão em parte de um eletrodoméstico que pode ser trocada, seria vilipendiador o consumidor não tolerar que aquele prazo escoe. Outro exemplo citado pela doutrina é o caso de um veículo que apresenta o seu retrovisor avariado e o consumidor deseja a sua substituição imediata – seria uma conduta abusiva e desproporcional⁸²⁴.

⁸²² É importante ressaltar que o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor – DPDC/SENACON, através da Nota Técnica 62/2010, de 15 de junho de 2010, reconhece que os aparelhos celulares são produtos essenciais, na medida em que se prestam a viabilizar o acesso ao serviço de telecomunicações SMP (Serviço Móvel Pessoal) (consultar site do DPDC: Acesso em 11 de agosto de 2013).

⁸²³ BESSA, Leonardo Roscoe. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 203.

⁸²⁴ Sobre o tema, ver as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: STJ, REsp. 991985/PR, 2ª Turma, Relator Ministro Castro Meira, j. 18/02/2007, DJ 11/02/2008; REsp. 1002801/DF, 3ª Turma, Rel. Ministro Massami Uyeda, j. 04/05/2010, DJe 14/05/2010; REsp. 1232661/MA, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 03/05/2012, DJe 15/05/2012; REsp. 760262/DF, 3ª Turma, Ministro Sidnei Beneti, j. 03/04/2008, DJe 15/04/2008.

Questiona-se se o fornecedor, a cada conserto efetuado no produto, teria mais 30 dias para efetuar sua readequação⁸²⁵. Considera-se que, ainda que se trate de outro vício, o fornecedor não possuirá mais o beneplácito dos 30 dias, eis que, de acordo com a Teoria da Qualidade dos bens de consumo, deverá zelar para que estes sejam condizentes com os padrões da eficiência e adequação⁸²⁶. Para Leonardo Roscoe Bessa, mesmo que se trate de outro vício, o fornecedor não teria o prazo de 30 dias e o consumidor poderia, de imediato, valer-se das alternativas⁸²⁷. Aduz Leonardo Medeiros Garcia que “o fornecedor terá somente uma oportunidade para sanar cada vício”, porém, se outros distintos exsurgem, pode-se valer do prazo⁸²⁸. Segue-se o posicionamento de Leonardo Roscoe Bessa por ser mais vantajoso para os consumidores diante dos vícios que podem atingir produtos e serviços.

Em conformidade com o § 2º do art. 18, poderão as partes convencionar a redução ou a ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias. Dispõe ainda aquele mesmo dispositivo que, nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor. O desconhecimento das normas consumeristas e as dificuldades enfrentadas pelos consumidores para sugerirem alterações nas relações contratuais padronizadas, praticamente, fazem dessas normas “letra morta”, dificilmente aplicáveis no plano concreto. A população sequer tem noção de que existe a possibilidade de modificação daquele prazo e, muito menos, é informada pelos fornecedores, fatores que praticamente impossibilitam a sua concretização.

Três alternativas foram previstas para o consumidor escolher diante de um vício por inadequação do produto, não existindo ordem de prioridade entre elas, podendo o interessado optar por qualquer uma delas. A substituição do produto deve ser por outro idêntico sem os vícios identificados, porém, se não for possível, o consumidor pode aceitar, se assim desejar, outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, consoante o parágrafo 4º do art. 18 do CDC. Caso não mais objetive a troca do produto, o consumidor poderá optar pela restituição imediata da quantia

⁸²⁵ Leonardo Medeiros Garcia suscita este questionamento. GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 183.

⁸²⁶ Rizzatto Nunes entende que o fornecedor terá, no máximo, 30 dias para efetuar o conserto de cada vício. NUNES, Antônio L. Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 184.

⁸²⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. et al. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 155. Nesse mesmo sentido, assim, decidiu o STJ, determinando a substituição de veículo novo que apresentava uma série de vícios (STJ, Resp. 195659/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12/06/2000).

⁸²⁸ GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 183.

paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Outra hipótese é o consumidor permanecer com o produto, desde que concorde, e solicitar o abatimento proporcional do preço.

Não obstante tão somente o inciso II do parágrafo do art. 18, que trata sobre a devolução do valor concernente ao produto viciado, mencionar as eventuais perdas e danos, não se pode olvidar que o dano não se restringe à coisa em si (*circa rem*), agasalhando todos os prejuízos materiais e morais que o circundam (*extra rem*), nos termos explanados *supra*⁸²⁹. Por via de consequência, tendo o consumidor aguardado os 30 (trinta) dias previstos em lei, tendo sofrido danos em virtude dessa situação, terá direito à indenização – conclusão idêntica pode-se alcançar diante da substituição do produto após aquele prazo⁸³⁰. Solucionado o problema relativo ao produto em si, o consumidor não poderá ficar prejudicado quanto aos danos materiais e morais que tenha sofrido e tem o direito de ser indenizado⁸³¹. A evolução marcante da concepção de dano, sublinha Le Tourneau, envolve o prejuízo patrimonial ou econômico e o dano moral ou extrapatrimonial: “bem-estar, direitos da personalidade, lesão a afecção”, dentre outros aspectos,⁸³² e não pode ser confundido com a mera noção de vício por inadequação.⁸³³

5.2.3 Vícios de Quantidade do Produto

O conteúdo líquido dos produtos deve corresponder ao que fora anunciado pelo fornecedor, não podendo haver disparidade, sob pena de incidir o vício de quantidade,

⁸²⁹ O Superior Tribunal de Justiça, assim, posicionou-se: Terá o consumidor direito à reparação por danos morais, ainda que o fornecedor tenha solucionado os vícios do produto no prazo legal (STJ, Resp. 324629/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 28/04/2003). Em sentido similar: STJ, REsp. 324.629-MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 10/12/2002. Informativo 158.

⁸³⁰ Sobre a amplitude do conceito de dano, consultar, por todos: DE CUPIS, Adriano. *Il Danno*. Milão: Giuffrè, 1954, p.7. PARRA LUCÁN, M. A. *Daños por productos y protección al consumidor*. Barcelona: Bosch, 1990; SCHWERTER, José Luis Diez. La Resarcibilidad del Daño no Patrimonial en América Latina. Uma visión histórico comparativa. Primera Jornada La Responsabilidad del Profesional Liberal. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, agosto 2006, p. 191.

⁸³¹ “Do quanto afirmado, resulta que a noção de dano não pode ser unitária. Sempre se tratará de uma privação ou de uma mesma afetação a uma situação jurídica, porém, essa noção tão geral não pode dar conta de todos os elementos que se requerem para configurar as diversas espécies de danos, e que não são os mesmos em cada caso” (traduziu-se). ÁGUILA, Ramón Horacio Domínguez. El Daño en el Derecho Chileno. Primera Jornada La Responsabilidad del Profesional Liberal. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, agosto 2006, p. 273.

⁸³² LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A, p. 67.

⁸³³ Afirma Carmen Hidalgo que “Assim exige a justiça envolta em seu outorgamento, pois a arbitrariedade – a disparidade de critérios para um mesmo dano em idêntica hipótese -, configura-se contra a adequada tutela da pessoa, norte da responsabilidade civil e, para os demais, de todo o direito” (traduziu-se). HIDALGO, Carmen Domínguez. El Daño Moral en Chile Contornos y Problemas. Segunda Jornada El Daño indemnizable, en el Epicentro de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: actualidad y utilidad de la distinción. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, agosto 2006. p. 328.

previsto no art. 19 da Lei n. 8.078/90. As informações constantes no recipiente, embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária acerca do peso do produto devem equivaler à sua verdadeira essência, não sendo cabível que o fornecedor omita do público consumidor que há uma quantidade menor do que a propalada.

Denomina-se “maquiagem” a colocação de produtos no mercado cujo conteúdo líquido informado não esteja condizente com a realidade. Em determinadas circunstâncias, gêneros alimentícios (biscoitos, grãos, cereais etc.), produtos para assepsia pessoal e doméstica (papeis higiênicos, detergentes, desinfetantes etc.), congelados (peixes, mariscos etc.) eram comercializados em desconformidade com o real peso do produto. O problema tem particular relevo no comércio de produtos alimentícios – assevera Carlo Correra⁸³⁴, tendo o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, atual SENACON, efetivado fiscalizações para combater tal prática abusiva.

É possível que um produto sofra variações decorrentes da sua própria natureza, situação que o citado artigo ressalva, não considerando como vício de quantidade. É o que acontece, v.g., com a ameixa fresca submetida ao processo de secagem, sendo que, após embalada mediante a indicação do conteúdo líquido, venha sofrer, de alguma forma, uma espécie de redução decorrente da sua própria essência. Para a caracterização do vício de quantidade, deve-se considerar a substância do produto, a matéria-prima para a sua realização e a modalidade de elaboração, a fim de se averiguar se realmente a situação foi gerada por deliberação intencional do fornecedor ou não⁸³⁵.

Quando um produto não apresenta o conteúdo líquido divulgado, as legítimas expectativas do consumidor são frustradas, uma vez que o adquiriu mediante a crença de que teria disponível algo cuja quantidade seria maior. Na realidade, o vício de quantidade afeta a qualidade do produto, como pontua Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, já que a coisa em quantidade inferior à prevista, “não tem a mesma qualidade que dela se poderia esperar ou, na pior das hipóteses, tem um valor distinto daquele que o adquirente/usuário teria pago se tivesse conhecimento da deficiência”⁸³⁶.

Os vícios de quantidade podem ser praticados mediante procedimentos de duas ordens: de *natureza publicitária* ou de *demarcação do próprio produto*. Pode ocorrer que a informação incorreta sobre o conteúdo líquido do produto seja transmitida ao público por

⁸³⁴ CORRERA, Carlo. *La Difesa del Consumatore dalle Frodi in Commercio*. Le Frodi Quantitative. Milão: Giuffrè Editore, t. I, 1982, p. 5.

⁸³⁵ Ibidem, idem.

⁸³⁶ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança*. Cumprimento Imperfeito do Contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 214.

meio de peça publicitária lançada nos diversos meios de comunicação de massa ou mediante outros instrumentos de divulgação (como folders, panfletos etc.). É cabível que o fornecedor registre a informação indevida no próprio produto, o fazendo na sua embalagem, rotulagem ou recipiente. Os dois procedimentos podem ser utilizados, ao mesmo tempo, pelo fornecedor, gerando um impacto mais intenso na constituição de uma falsa concepção sobre o produto⁸³⁷.

No atual mercado de consumo, caracterizado pela complexidade e pela evolução tecnológica, os produtos são, geralmente, submetidos a algum processo de industrialização ou de modificação e o adquirente não tem condições de se inteirar dessas atividades. Não há a possibilidade de o consumidor conhecer o verdadeiro conteúdo líquido do produto antes de adquiri-lo e o fornecedor, valendo-se da posição de ditar as regras do contrato, poderá informar algo que não seja equivalente ao plano fático⁸³⁸.

Diante do vício de quantidade de certo produto, todos os integrantes da cadeia de fornecimento respondem em caráter solidário. Mesmo que o vício tenha sido concretizado através da mensagem publicitária, não poderá o fabricante alegar que a responsabilidade é apenas da agência, visto que essa, na realidade, cumpre contrato firmado com aquele. Os vícios sobre informações que acompanham o produto, afirma Gilles Petitpierre, geram consequências danosas para os consumidores e devem ser combatidos⁸³⁹. Dispõe, contudo, o § 2º do art. 19 do CDC que o fornecedor imediato será responsável, quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

Todas as vezes que o vício de quantidade tiver sido causado em virtude de o instrumento de medição ou pesagem não atender aos padrões técnicos vigentes, a responsabilidade não será do fabricante ou produtor, sendo atribuída apenas a quem estiver realizando diretamente tais atividades. Isso acontece quando, *v.g.*, um comerciante vende um gênero alimentício (linguiça, salsicha etc.), fabricado por outrem, e faz uso de balança digital irregular, vindo a informar ao consumidor um conteúdo líquido que não corresponda à realidade. Nessa hipótese, o responsável será quem vendeu o produto e não o seu fabricante, uma vez que a obrigação positiva de informar e de não enganar foi descumprida por quem

⁸³⁷ Afirma Miguel Caldani que a proteção do consumidor contra “valores falsos” é um dos objetivos perseguidos pelos diversos países. CALDANI, Miguel Angel Ciuro. Hacia la protección equilibrada del consumidor en el derecho internacional privado. In: STIGLITZ, Gabriel (Dir.). *Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1992, p. 15.

⁸³⁸ STIGLITZ, Rubén S.; STIGLITZ, Gabriel. El Control de las Cláusulas Contractuales Predispuestas en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. In: STIGLITZ, Gabriel (Dir.). *Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1992, p. 25.

⁸³⁹ PETITPIERRE, Gilles. *La Responsabilité du Fait des Produits*. Les Bases d'une responsabilité spéciale en droit suisse, a la lumière de l'expérience des États-Unis. Genève: Librairie de L'Université Georg & Cie S.A. 2001, p. 19.

forneceu o produto em caráter imediato⁸⁴⁰.

Identificado o vício de quantidade do produto, o consumidor poderá optar por uma das alternativas previstas nos incisos I a IV do multicitado artigo. O abatimento proporcional do preço é uma das opções, caso o consumidor prefira continuar com o produto mediante a redução do valor pago ou a ser pago (inciso I). A complementação do peso ou da medida é outra hipótese elencada pelo inciso II, mas cuja utilização nem sempre é facilitada, dependendo do tipo de fornecedor. Sendo um pequeno mercado ou feirante, torna-se mais viável que o consumidor compareça no local e requeira que o produto tenha o seu conteúdo líquido completado; todavia, tratando-se de supermercados ou hipermercados, dificilmente, o consumidor terá êxito com tal pleito. A substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios⁸⁴¹ e a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, são as alternativas expostas, respectivamente, pelos incisos III e IV.

Na sociedade atual, em que os indivíduos possuem vidas tão atribuladas por atividades diversas, raramente, alguém vai interromper as suas tarefas e lazer para contabilizar itens que componham produtos e pesar ou medir bens de consumo adquiridos. Alguém parar as suas atividades para contar quantos palitos de fósforos contém uma caixa, quantos metros de papel higiênico possui um rolo, quantos gramas apresenta um determinado alimento é uma situação que pode ocorrer, mas em uma escala bem reduzida dentro da normalidade. Por essa razão, os órgãos fiscalizadores (PROCONs, CODECONs, etc.) e os institutos encarregados de verificar o peso e a medida dos produtos devem desenvolver um trabalho efetivo para constatar se vícios de quantidade não estão sendo cometidos.

Através dos vícios de quantidade dos produtos, fornecedores conseguem obter somas vultosas, enriquecendo-se ilicitamente às custas dos consumidores que, em geral, não percebem tal ocorrência. Fiscalizar a quantidade dos produtos colocados no mercado é um dever das entidades e dos órgãos incumbidos desse mister, propondo, inclusive, ações coletivas para que o fornecedor seja compelido a não mais agir dessa maneira, ou tentando realizar ajustamentos de conduta para que a prática seja debelada. Saliente-se que os vícios de quantidade nos produtos nem sempre despertam o interesse dos consumidores em razão das atribuições da sociedade pós-moderna, fazendo com que muitos não queiram despende

⁸⁴⁰ CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Traité de droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 378.

⁸⁴¹ De acordo com o parágrafo 1º do art. 19, aplica-se o disposto no § 4º do artigo anterior aos vícios de quantidade do produto, ou seja, não sendo possível a substituição do bem, poderá haver a troca por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço.

tempo para resolver questões sobre o assunto. Contudo, embora muitos consumidores não demonstrem a intenção de optar pelas alternativas que lhes foram conferidas por lei, ou mesmo de denunciar ocorrências dessa natureza, os entes legitimados para a tutela coletiva devem pleitear judicialmente que os fornecedores respeitem as normas jurídicas vigentes, bem como façam o reconhecimento do dano moral causado difusamente à coletividade, posto que a boa fé objetiva, a ética e lisura são violadas quando bens são lançados no mercado com quantidade inferior à divulgada e esperada.

5.2.4 Vícios de Qualidade dos Serviços

Os serviços podem ser acometidos por vícios de qualidade, que os torne impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, conforme dispõe o art. 20 do CDC. Os serviços podem ser prestados por pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, como analisado no capítulo segundo e a noção sobre em que consistem, afirmam Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz, é muito ampla, “designando toda prestação que pode ser fornecida a título oneroso, mas que não é um bem corporal”⁸⁴². Para Gerard Gas, considera-se “como serviço o que não é um produto”⁸⁴³.

5.2.4.1 Alternativas à disposição dos consumidores

Os vícios que afetam a qualidade dos serviços podem ser classificados em três blocos: a) os que afetam a sua natureza, tornando-os inadmissíveis para o consumo; b) os que atingem o seu valor no mercado; e c) os causados por inconsistências informacionais. Reza o parágrafo 2º do citado art. 20 que são impróprios os serviços que se mostrem inadequados às finalidades a que são destinados e que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam às normas regulamentares de prestabilidade. Em todas essas situações, há um flagrante desrespeito à vulnerabilidade dos consumidores, cuja “situação de inferioridade”⁸⁴⁴, por não poder participar da elaboração das regras do contrato de adesão, termina sendo

⁸⁴² CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 185.

⁸⁴³ CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Traité de droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 182 a 184.

⁸⁴⁴ COSTANZA, Maria. *Profili dell' interpretazione del contratto secondo buona fede*. Milão: Giuffrè, 1989, p. 32-33.

ludibriado⁸⁴⁵.

Dentro da concepção de impropriedade, podem-se verificar serviços que, além de não atenderem aos fins colimados, coloquem em risco a vida, a saúde e a segurança do consumidor, ou seja, “toda vasta gama de estímulos que tende a criar no público a imagem e a expectativa de que se trata de um produto devidamente seguro”⁸⁴⁶. Serão também impróprios os serviços que, mesmo não sendo nocivos ou perigosos, não atendam aos objetivos esperados pelos consumidores com base na contratação previamente estabelecida. Desrespeitando as normas regulamentares vigentes para a prestação de determinados serviços, a impropriedade virá à tona, podendo o consumidor, mesmo que a atividade não lhe cause risco ou prejuízos expressos, não aceita-la pacificamente⁸⁴⁷. Em uma economia de mercado, urge que as condutas empresariais sejam éticas e em harmonia com as razoáveis expectativas do consumidor⁸⁴⁸.

Em outras circunstâncias, o serviço poderá ser prestado de modo a conter falhas que terminam por reduzir o seu valor, qualificando-se como viciado, visto que, apesar de finalizada a atividade, suas características não atendam aos padrões de qualidade vigentes. É a hipótese, v.g., de um serviço de reparação de um equipamento eletrônico que voltou a funcionar, porém, o aparelho é devolvido para o consumidor, contendo várias avarias externas. O fornecedor tem que agir com base na boa fé objetiva, na cooperação e na lealdade⁸⁴⁹ e se consegue prestar um serviço que, sendo finalizado, faz com que o valor do bem não seja condizente com os paradigmas mercadológicos atuais, não atua em compasso com a ética e com o respeito ao contratante⁸⁵⁰.

As disparidades entre o serviço efetivamente prestado e as informações repassadas para o público consumidor é um dos grandes problemas que vem sendo detectado com a evolução da sociedade massificada. Afirmo Gerard Cas que a informação sobre os serviços é

⁸⁴⁵ Observe-se a seguinte decisão: “Quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja consequência não deve arcar o consumidor”. STJ, REsp. 196031/MG, Rel. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 11/06/2001.

⁸⁴⁶ CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produto*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 638.

⁸⁴⁷ Cita-se, como exemplo, serviços de dedetização que não respeitem os padrões técnicos de qualidade e de prestabilidade.

⁸⁴⁸ WEINGARTEN, Celia. *Derechos en expectativa del consumidor*. Aplicación de la doctrina de los propios actos. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 29.

⁸⁴⁹ BECKER, Michael. *Der unfaire Vertrag*. Tübingen: Mohr, 2003, p. 42 e 43.

⁸⁵⁰ Para Roberto Senise Lisboa, a responsabilidade independe de culpa porque o legislador adotou a teoria da função social do direito e não o individualismo clássico. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 77.

mais difícil de fornecer ou de apreciar do que a relativa aos produtos⁸⁵¹. O produto, ainda que seja complexo, é um bem corporal mais fácil de caracterizar e que pode mesmo servir de suporte à informação – complementa o Autor⁸⁵². O serviço é uma prestação imaterial, sobre a qualidade do qual uma informação prévia dificilmente é assegurada, enuncia, mas “a garantia de um serviço conforme as necessidades do consumidor deve repousar apenas sobre a competência e seriedade do prestador”⁸⁵³.

Antes de realizar o serviço, compete ao fornecedor informar ao consumidor quais as suas reais características, não lhe gerando expectativas falsas e infundadas. O direito à informação é especificado, segundo Guido Alpa, como uma adjetivação impregnante, porque deve ser adequada, completa e compreensível⁸⁵⁴. As características mais importantes do serviço terão que ser expostas pelo fornecedor, a fim de se evitar que, na conclusão, haja incongruência com o que for verificado pelo consumidor⁸⁵⁵. A configuração da obrigação pré-contratual de informação traz “a manifestação de operatividade da cláusula geral da boa-fé e constitui o fruto da recente elaboração doutrinária e jurisprudencial⁸⁵⁶. Todas as características e os resultados referentes ao serviço a ser prestado devem ser expostos, com clareza e precisão, para o consumidor.

A informação sobre os bens, produtos ou serviços, é devida antes da conclusão do contrato a fim de que o consumidor possa adotar um consentimento esclarecido que lhe permita, inclusive, “realizar comparações com a concorrência, com esteio em uma boa percepção da relação qualidade-preço”⁸⁵⁷. A informação deve portar as características essenciais dos bens, e esta obrigação, destaca Pizzio, nasceu da “extensão do dolo, visando, inicialmente às manobras destinadas a enganar” e a combater a dissimulação intencional de certos fornecedores⁸⁵⁸.

O compromisso livremente assumido pelo fornecedor, o contrato celebrado autonomamente, ou, como ocasionalmente se diz, a *lex contractus*, afirma Harm Peter

⁸⁵¹ CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Traité de droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 378.

⁸⁵² Ibidem, idem.

⁸⁵³ CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Traité de droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 378.

⁸⁵⁴ ALPA, Guido. Finalità el oggetto della legge (art. 1). In: ALPA, Guido; LEVI, Vanna (Cur.). *I Diritti dei Consumatori e degli Utenti*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 2001, p. 16.

⁸⁵⁵ IANNOTTA, Enrico. Danno ed Assicurazione Obbligatoria: Il consumatore al centro del rapporto tra giustizia-retributiva e giustizia-distributiva. In: ALPA, Guido; LEVI, Vanna (Cur.). *I Diritti dei Consumatori e degli Utenti*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 2001, p. 243-252.

⁸⁵⁶ GRISI, Giuseppe. *L'Obbligo Precontrattuale di Informazione*. Napoli: Jovene Editore, 1990, p. 1.

⁸⁵⁷ PIZZIO, Jean-Pierre. La protection des consommateurs par le droit comum des obligations. *RTDCom* 51, vol. I, p. 53-69, 1998.

⁸⁵⁸ Ibidem, idem.

Westermann, traz em si uma “garantia de justeza” entre as partes⁸⁵⁹. Se o consumidor assume o pagamento de um serviço com base nas informações que lhe foram repassadas, tem o direito de obtê-lo nos moldes divulgados, sob pena de caracterizar um vício de qualidade que lhe permitirá buscar a proteção devida.

O legislador enumerou três alternativas para o consumidor optar em caso de vícios na prestação de serviços, conforme dispõem os incisos I a III do art. 20 do CDC. A reexecução dos serviços, sem custo adicional e, quando cabível, é uma delas; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, é outra opção disponibilizada; bem como o abatimento proporcional do preço. De acordo com o parágrafo 1º daquele mesmo artigo, a reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros, devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor⁸⁶⁰.

Realizar, mais uma vez, o serviço é uma opção que nem sempre será viável em razão de dois aspectos: as condições físicas do caso concreto e a ausência de confiança por parte do consumidor. Na primeira situação, realizado o serviço, o seu desfazimento e sua reexecução são desaconselhados – é o que ocorre, *v.g.*, com atividades estéticas que não podem ser mais eliminadas. No segundo caso, o consumidor não mais confia na habilidade e competência do fornecedor para reexecutar o serviço, podendo escolher a alternativa de destiná-la a terceiro, porém, os custos e despesas terão que ser assumidos pelo primeiro fornecedor. Ressalte-se que, por ser o consumidor a parte mais “frágil”⁸⁶¹ da relação contratual, nenhum encargo financeiro ser-lhe-á repassado pela reiteração do serviço, conforme estabelece o parágrafo 1º do art. 20 do CDC.

A devolução da importância paga é alternativa através da qual o consumidor opta por não mais buscar o melhoramento do serviço por meio da sua reexecução, devendo incidir a correção monetária necessária - os prejuízos materiais e morais, resultantes dos vícios detectados no serviço, não são contabilizados naquele montante. Se assim preferir, poderá o consumidor apenas buscar uma redução do valor inicialmente contratado, que compense os vícios verificados e a boa-fé que o levou a acreditar na qualidade da atividade⁸⁶². É importante registrar que, optando o consumidor por qualquer uma daquelas alternativas, o seu direito à

⁸⁵⁹ WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil alemão*. Direito das Obrigações. Parte Geral. Trad. Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 25.

⁸⁶⁰ Sobre o direito do consumidor de optar por uma daquelas alternativas, examinar: STJ, REsp; 327420/DF, 4ª Turma, DJU 04/02/2002, p. 389, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 23/10/2001. STJ, Resp. 328182/RS, 4ª Turma, DJU 04/02/2002, p. 390, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

⁸⁶¹ MAIORCA, Sergio. *Tutela dell'Aderente e Regole di Mercato nella Disciplina Generale dei 'Contratti del Consumatore*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998, p. 201: unilateralidade da predisposição, p. 229.

⁸⁶² Alterini salienta os deveres implícitos emanados da regra da boa fé. ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo*. Teoría General. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 62-63.

indenização pelos danos materiais e morais sofridos não será elidido, uma vez que o dano *circa rem* não se confunde com o *extra rem*.

Dispõe o art. 21 do CDC que, no fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto, considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais, adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor. Trata-se da assistência técnica que, conforme aduz Mosset Iturraspe, os fabricantes, importadores e vendedores de produtos devem assegurar através de um serviço técnico adequado e ministrado de forma eficiente⁸⁶³. A utilização de peças usadas ou recondiçionadas no fornecimento de serviços somente poderá ocorrer, se houver autorização expressa do consumidor e o ideal é que seja escrita, para se evitar questionamentos posteriores. De acordo com o art. 70 do CDC, constitui infração penal “Empregar, na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor”⁸⁶⁴.

No que concerne à cobrança para a elaboração do orçamento destinado ao conserto do produto, muitas vezes, faz-se necessário examiná-lo de modo detido para se verificar qual o tipo de providência a ser adotada. Afirma Cláudia Lima Marques que “a cobrança dessas horas iniciais de trabalho, ou do transporte do produto até a oficina do comerciante, já pode ser objeto de discussão, ou mesmo, para alguns, espécie de ‘venda casada’”. No entanto, a autora afirma que considera início da prestação contratual, “podendo ser cobrados, do consumidor, os gastos para a elaboração do orçamento, desde que este seja *previamente* informado e aceite a oferta”⁸⁶⁵. Concorde-se com tal entendimento, considerando-se possível a cobrança desde que, realmente, necessária e comunicada de forma prévia ao consumidor.

5.2.4.2 Vícios nos Serviços Públicos

O legislador infraconstitucional, ao estruturar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, objetivou proteger os beneficiários de todo e qualquer serviço remunerado,

⁸⁶³ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 68.

⁸⁶⁴ “Serviços de reparação: Emprego na reparação de produtos, peças ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor. Crime previsto no art. 70 da Lei n. 8.078/1990. Responsabilidade do acusado, ex vi do art. 75 do mesmo diploma. Prova da autoria e materialidade do fato que dos autos exsurge a toda evidência”. TRF 5ª Região, Ap. Crim. 973, RN, Rel. Juiz Francisco Falcão, DJ 12/05/1995.

⁸⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 537.

desde que sejam destinatários nos planos fático e econômico, não havendo quaisquer distinções conforme sejam de natureza privada ou pública. Nessa esteira, vícios que maculem os serviços públicos regidos pelas normas consumeristas gerarão a responsabilidade do fornecedor, nos termos do art. 22 da Lei n. 8.078/90 e seu parágrafo único.

O Poder Público poderá prestar serviços de forma direta ou mediante delegação, transferindo a sua execução para particulares, através de regulamentação própria, mantendo-se, contudo, o seu controle como delegante. A delegação pode ser feita por concessão, permissão ou autorização, conforme estabelece a Lei nº 8.987/95. A concessão de serviço público é um contrato firmado entre o interessado e o Poder Público, enquanto a permissão e a autorização são atos unilaterais. Por meio da concessão, o Estado delega a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, mas por sua conta e risco, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do serviço e tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro.

A permissão de serviço público é o ato unilateral, precário e discricionário, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço público. A autorização é o ato administrativo, também discricionário e precário, pelo qual o Poder Público torna possível ao particular a realização de certa atividade, serviço ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, como, por exemplo, serviços de táxi, de despachante, de segurança particular etc⁸⁶⁶. As três modalidades possibilitam que o prestador do serviço efetive a cobrança de tarifas e não de taxas e as duas últimas, por serem atos mais simples, podem ser revogadas a qualquer tempo, atendendo-se ao interesse do Poder Público – a concessão, por ser um contrato, assegura maior segurança para o concessionário.

O dever de prestar serviços públicos devidos, que não gerem prejuízos materiais e morais para os usuários, encontra-se sedimentado no citado art. 22, segundo o qual os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados,

⁸⁶⁶ Tratam sobre o tema, dentre diversos outros: MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: RT, 1996; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998; MIRAGEM, Bruno. *A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2011; ROLIM, Luiz Antonio. *A Administração Indireta, as Concessionárias e as Permissionárias em Juízo*. São Paulo: RT, 2004.

na forma prevista neste Código, de acordo o parágrafo único daquele dispositivo.

Serviço adequado, conforme o parágrafo 1º do art. 6º, da Lei n. 8.987/95, é o que satisfaz “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Observa-se que esse artigo incorporou dentro do conceito de adequação todos os demais aspectos exigidos pelo CDC⁸⁶⁷. Para que o serviço possa ser considerado adequado, atendendo-se a todas as características acima elencadas, deverá satisfazer as necessidades dos usuários, cumprindo as finalidades que ensejaram a sua criação e instituição. A atividade não pode ser implementada e desenvolvida tão somente para satisfazer os interesses econômicos dos seus gestores, devendo ser regida pela ética, demonstrando credibilidade para os cidadãos⁸⁶⁸.

A eficiência é um princípio decorrente da produtiva administração, devendo o Poder Público atuar de modo diligente e profícuo para obter razoáveis resultados⁸⁶⁹. A segurança, característica fundamental, esperada pelo público consumidor, garante que o serviço seja executado sem colocar em risco a vida, a saúde e a segurança do consumidor, não lhe gerando danos de ordem material e moral. Serviço regular é aquele prestado com constância, que não sofre interrupções ou suspensões indevidas, exceto se forem de ordem técnica ou razões de segurança das instalações, com esteio no parágrafo 3º, inciso I, do art. 6º da Lei 8.987/95. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço, nos moldes do parágrafo 2º desse mesmo artigo.

A generalidade é outra característica a ser respeitada pelos prestadores de serviços públicos e refere-se a não discriminação de consumidores que queiram usufruí-lo, não sendo admissível que restrições, decorrentes de origem, raça, étnica, religião, sexo, idade, ou qualquer outro parâmetro nefasto, sejam impostas. Posto o serviço público à disposição da coletividade, todo e qualquer sujeito que, cumprindo os deveres inerentes, deseje contratá-lo, não poderá ser obstaculizado de modo abusivo, sendo a discriminação uma prática inconstitucional ilícita. A cortesia é outra característica essencial dos serviços públicos e

⁸⁶⁷ Destaca Farina os caracteres e princípios essenciais dos serviços públicos: a) continuidade; b) regularidade; c) igualdade; d) generalidade; e) obrigatoriedade (traduziu-se). FARINA, Juan M. *Defensa del Consumidor y del Usuario*. 3. ed. act. Y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 289.

⁸⁶⁸ Aduz Isidoro Goldenberg que “Para que haja ética e credibilidade, tem que existir nos cidadãos uma adesão aos valores implicados. Somente se logrará esta adesão, quando os que estão à frente dos poderes políticos, exibirem transparência, honestidade e trajetória”. GOLDENBERG, Isidoro. *Servicios públicos. Tutela de los usuarios*. In: STIGLITZ, Gabriel (Dir.). *Reglas para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Buenos Aires: Editorial Juris, 2000, p. 115.

⁸⁶⁹ PORTO NETO, Benedito. *Concessão no Serviço Público no Regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 45.

significa o tratamento digno dispensado ao consumidor, baseado na urbanidade, no respeito e na prestação de informações com clareza e presteza. Sobre o tema, Roberto M. Lopez Cabana afirma que o usuário tem o direito à informação não somente na fase pré-contratual, mas também, durante toda a vigência da relação contratual⁸⁷⁰.

Quanto à continuidade dos serviços públicos, o CDC estabelece a obrigatoriedade dos considerados essenciais, definidos como aqueles sem os quais os consumidores terão a sua sobrevivência ameaçada ou podem sofrer danos quanto à sua saúde e vida, como, v.g., fornecimento de água e de energia elétrica. O parágrafo 3º, incisos I e II, do art. 6º da Lei n. 8.987/95 dispõe que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, em duas hipóteses: ordem técnica ou de segurança e por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. A primeira foi examinada nas linhas precedentes e a segunda era objeto de dissensos, tendo, contudo, o Superior Tribunal de Justiça pacificado a questão e a Lei 9.427/96, no seu art. 17, previsto a possibilidade de interrupção mesmo em face dos serviços públicos essenciais⁸⁷¹.

Inicialmente, a jurisprudência majoritária do STJ rejeitava a interrupção do serviço por inadimplemento com base no dever de continuidade, porém, a partir de 2002, passou a admiti-la, consolidando o entendimento de que será possível com fundamento na solidariedade e a formação da tarifa⁸⁷². Aquele que não efetiva o pagamento da fatura relativa ao fornecimento de energia elétrica e água, bem como de outros serviços essenciais, gerará efeitos negativos para o fornecedor e para a massa de contratantes. O desequilíbrio econômico causado pela ausência de tais recursos financeiros, em geral, é repassado para os demais consumidores que terão que arcá-lo para que o serviço continue sendo prestado. Por outro lado, a interrupção

⁸⁷⁰ CABANA, Roberto M. Lopez. Dever de Informação ao Usuário na Argentina. Trad. André Fabian Edelstein. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Dir.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 259.

⁸⁷¹ A Lei 10.848/2004, através do art. 24, incisos I e II, facultou às concessionárias de energia condicionar a continuidade do fornecimento aos usuários inadimplentes de mais de uma fatura mensal em um período de doze meses ao cumprimento de determinadas exigências. É possível a exigência de depósito-caução, limitado ao valor inadimplido, não se aplicando tal alternativa ao consumidor integrante da Classe Residencial (inciso I daquele artigo). O fornecedor poderá optar também pela comprovação de vínculo entre o titular da unidade consumidora e o imóvel onde ela se encontra – situação também que não se aplica ao citado usuário hipossuficiente.

⁸⁷² Observe-se a seguinte Ementa: CORTE. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. LEGALIDADE. DÉBITOS ANTIGOS. 1. O princípio da continuidade do serviço público, assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, deve ser obtemperado, ante a regra do art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de água quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público. 2. É indevido o corte do fornecimento de serviço público essencial, seja de água ou de energia elétrica, nos casos em que se trata de cobrança de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias pelas vias ordinárias de cobrança, sob pena de infringir o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, de seguinte teor: "Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça". 3. Recurso especial improvido. (STJ, RESP 888.288, Rel. Min. Castro Meira, DJ 26.04.2007).

não poderá ser abrupta, devendo o consumidor ser avisado previamente, podendo esforçar-se para tentar compor o débito. Ademais, no setor de fornecimento de energia elétrica e água, são praticadas tarifas sociais que beneficiam os consumidores hipossuficientes, contribuindo para que possam quitá-las⁸⁷³.

Concorda-se com o posicionamento de que será possível a interrupção do fornecimento daqueles serviços desde que, realmente, o consumidor seja cientificado e não tomado de surpresa. É importante salientar que as tarifas sociais aplicadas pelas concessionárias que prestam serviços públicos essenciais facilitam que os consumidores menos favorecidos economicamente possam quitá-las. Contudo, é possível que alguns, em estado bastante debilitado, não possam cumprir os compromissos financeiros assumidos, deixando de pagar as suas contas de energia elétrica e de água. Nessas hipóteses individualizadas, defende-se que o Poder Judiciário seja instado a coibir liminarmente o corte do serviço diante das precárias condições materiais do consumidor.

No entanto, se o STJ não modificasse o seu posicionamento anterior, viabilizando a interrupção do fornecimento de serviços essenciais, como a água e a energia elétrica, aqueles consumidores que não se preocupam em quitar as faturas a esses referentes, dariam prioridade a outros compromissos, gerando a constante inadimplência. A solução mais profícua foi permitir a interrupção do serviço para não beneficiar os usuários irresponsáveis que não saneiam as suas dívidas não devido às dificuldades econômicas, mas, sim, porque priorizam outras atividades. Reitera-se, mais uma vez, que, no entanto, aqueles que passam por real situação de delibidade financeira, não contando com a complacência do fornecedor para que seja realizado um parcelamento do débito, devem ser acobertados pelo Estado-Juiz, sendo impedido o corte.

5.2.5. Responsáveis pelos Vícios por Inadequação

Os vícios por inadequação dos produtos e serviços geram a responsabilidade objetiva e solidária de todos os que integram a cadeia de fornecimento, nos termos do art. 18, *caput*, do CDC⁸⁷⁴. Não obstante o art. 18, *caput*, não traga a expressão responsabilidade objetiva de

⁸⁷³ Dentre outros doutrinadores, tratam do tema Renato Alves Bernardo da Cunha e Marcelo Costa Fadel (CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços Públicos Essenciais*. O Princípio da Continuidade e o Inadimplemento do Consumidor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; FADEL, Marcelo Costa. *O Direito da Energia Elétrica sob a ótica do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

⁸⁷⁴ O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade solidária entre os integrantes da cadeia de fornecimento nos seguintes julgados: STJ, REsp. 783016/SC, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 05/06/2006 (responsabilidade solidária entre a agência de turismo e transporte aéreo); STJ, REsp. 164084/SP, Rel. Min.

forma expressa, é cediço que a *ratio* do microsistema consumerista não repousa na persecução do elemento subjetivo, tanto que, para os profissionais liberais, em caso de acidente de consumo, a exceção foi prevista expressamente. Vislumbre-se que o art. 23 do CDC dispõe que a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade. Como afirma Díez-Picazo, “en el futuro da responsabilidad estará lineada por la existencia de un régimen unitario de indemnización que convivirá con estatutos particulares de resarcimiento, propios de ciertas actividades”⁸⁷⁵. A anterior regra da subjetividade é suplantada pelo novo marco objetivo de imputação de responsabilidade em caso de vício por inadequação, incluindo-se eficácia e segurança. Atualmente, vigoram condições objetivas de determinação que supõem controles técnicos, profissionais e sistemáticos de qualidade para alcançar as devidas e satisfatórias condições em prol do consumidor e usuário⁸⁷⁶. A responsabilidade por vícios por inadequação dos produtos e serviços compreende os danos intrínsecos e extrínsecos – acentua Iturraspe-, alcançando a todos que tenham intervindo na cadeia de comercialização (produtor, fabricante, titular da marca, importador, distribuidor, vendedor) e se “funda em um fator objetivo de atribuição”⁸⁷⁷.

Realizou-se uma reconstrução tipológica da obrigação de garantia dos produtos e serviços, reconhecendo-se a realidade social representada pela práxis comercial em que o consumidor necessitava ser protegido de forma mais efetiva⁸⁷⁸. O caráter de ruptura com a exclusiva construção subjetivista do Direito deu-se a partir do Estado social, introduzindo-se, segundo Carlos Cabo Martín, no Direito positivo constitucional, um elemento objetivo em prol daqueles em situação de debilidade⁸⁷⁹.

A vulnerabilidade do consumidor, intensificada pela contratação massificada, foi um

Aldir Passarinho Júnior, DJ 17/04/2000 (responsabilidade do plano de saúde e dos hospitais e profissionais credenciados em razão da deficitária qualidade do atendimento); STJ, REsp. 241813/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. J. 23.10.2001, DJU 04/02/2002, p. 372 (responsabilidade da agência de turismo e da empresa que realiza o transporte aéreo). Verifique-se também a seguinte decisão: “DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR”. STJ, REsp. 63981/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 20/11/2000.

⁸⁷⁵ “o futuro da responsabilidade estará delineada pela existência de um regime unitário de indenizações que conviverá com estatutos particulares de ressarcimento, próprios de certas atividades”. DIEZ-PICAZO. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 250 e seg.

⁸⁷⁶ PULIDO, Jorge Guillermo Pipaón. *Derechos de los Consumidores y Usuarios*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 221.

⁸⁷⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 45.

⁸⁷⁸ *Ibidem*, *idem*.

⁸⁷⁹ MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoría Constitucional de la Solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2006, p. 67.

dos fatores primordiais para que, em sede constitucional, os direitos fossem assegurados⁸⁸⁰. Normas infralegais de ordem pública tiveram que ser elaboradas para a mitigação e a correção das situações abusivas criadas, combatendo-se injustiças gerais através dos órgãos incumbidos de cumprir função institucional “reparadora solidarista”⁸⁸¹. A objetivação da responsabilidade de todos aqueles que, de alguma forma, atuem na cadeia de fornecimento teve como fonte o reconhecimento da fragilidade do consumidor que, conquanto mais robusto sob o aspecto econômico, não será capaz de alterar as premissas contratuais ditames pelos imensos conglomerados empresariais⁸⁸². A liberdade contratual, com a edição das normas consumeristas, não foi aniquilada, mas apenas limitada⁸⁸³ a uma responsabilização que não é refreada ante a alegação de desconhecimento do vício do bem de consumo⁸⁸⁴.

O comerciante será responsabilizado, juntamente com o fabricante, produtor, construtor e importador, de modo solidário, não havendo subsidiariedade perante a sua conduta - assim, todos os que tenham intervindo na cadeia de comercialização estarão envolvidos na situação-problema⁸⁸⁵. Esse é o primado da responsabilidade solidária – acentua Martínez-Calcerrada⁸⁸⁶. Karl Larenz verbera que, no direito positivo moderno, o Direito dos contratos não surge exclusivamente dos princípios de autodeterminação e da autovinculação. Colaboram os “princípios da justiça”, da “equivalência objetiva” e da “proporção mensurada”⁸⁸⁷. Complementa que a responsabilidade “não se funda em que o responsável haja obrado injustamente, senão que está obrigado a suportar, em virtude da lei, o risco de produzir um dano para outro, unido a uma atividade autorizada”⁸⁸⁸.

No caso de fornecimento de produtos *in natura*, estabelece o art. 18 § 5º do CDC que será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor⁸⁸⁹. Não se trata de regra que excetue a responsabilidade solidária dos fornecedores, mas, sim, que se refere às dificuldades enfrentadas pelos consumidores para identificarem os reais cultivadores e extratores dos bens advindos da natureza (frutas,

⁸⁸⁰ Ibidem, p. 73.

⁸⁸¹ STIGLITZ, Rubén. *Objeto, Causa y Frustración del Contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 46.

⁸⁸² LITTY, Olivier. *Inégalité des Parties et Durée du Contrat*. Étude de Quatre Contrats d'Adhésion Usuels. Paris: L.G.D.J., 1999, p. 10.

⁸⁸³ MANESCHI, Adriano. *La Difesa del Consumatore dalle Clausole Vessatorie*. La Protezione del Consumatore realizzata dalla L. 6.2.1996, n. 52 in attuazione della Direttiva Comunitaria 93/13/CEE. Milano: Cosa & Come Giuffrè Editore per il professionista e per l'azienda, 1997, p. 5.

⁸⁸⁴ CARBONE, Paolo L. *Il Contrato di Cosa da Produrre*. Napoli: Jovene Editore Napoli, 2000, p. 150.

⁸⁸⁵ FARINA, Juan M. *Defensa del Consumidor y del Usuario*. 3. ed. act. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2004 p. 237.

⁸⁸⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La Responsabilidad Civil*. 3. ed. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 379.

⁸⁸⁷ LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid: Civitas, p. 89.

⁸⁸⁸ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, t. 2, p. 667.

⁸⁸⁹ VINEY, G. *Traité de Droit Civil*. Introduction à la responsabilité. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1995, p. 452.

hortaliças, legumes, verduras etc.)⁸⁹⁰. Não existindo dados expressos acerca do produtor, o consumidor não terá outra alternativa a não ser acionar o próprio comerciante; sendo possível, no entanto, obter dados sobre o produtor, ainda que incompletos, poderá ser acionado juntamente com quem o vendeu. Saliente-se que a identificação do produtor não exime o comerciante de ser responsabilizado pela solidariedade, eis que a regra é a concorrência de todos os participantes da cadeia de fornecimento⁸⁹¹.

De acordo com o art. 25, parágrafo 2º, do CDC, sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou. O prejuízo, nesse caso, foi causado por um item inserido por uma pessoa física ou jurídica procurada pelo consumidor mediante indicação de um dos demais integrantes da rede de fornecimento. É claro que, se o consumidor, por sua livre e espontânea deliberação, resolve procurar determinado serviço de assistência técnica que não tenha sido autorizado pelo fabricante, construtor ou importador, estará assumindo o risco de obter resultados negativos – nessa hipótese, não haveria solidariedade⁸⁹².

Os vícios por inadequação dos serviços públicos, regidos pelas relações de consumo, engendram a responsabilidade objetiva da pessoa física ou jurídica prestadora mediante a chancela do Poder Público. Determina o art. 37, parágrafo 6º, da CF/88 que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou de culpa⁸⁹³. O art. 43 da Lei n. 10.406/02 (NCC) traz conteúdo similar ao contido naquele dispositivo da Carta Magna Brasileira. Quanto à responsabilidade do Poder Público, em virtude dos defeitos e vícios oriundos da prestação de serviços públicos, duas correntes apresentam posicionamentos divergentes. Uma

⁸⁹⁰ Assevera Zelmo Denari que produto agrícola ou pastoril é aquele colocado no mercado de consumo “sem sofrer qualquer processo de industrialização, muito embora possa ter sua apresentação alterada em função da embalagem ou acondicionamento”. DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, 219. Para Denari (p. 219) e Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin (In: FREITAS, Juarez (Coord.). *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 87.) o parágrafo 5º teria previsto responsabilidade exclusiva para o fornecedor imediato, excepcionando a regra da solidariedade. A favor da responsabilidade solidária entre os fornecedores: GARCIA, Leonardo de Medeiros Garcia. *Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 186; MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2010, p. 340. NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205.

⁸⁹¹ Sobre o tema, consultar: TRAVIESA, María Teresa Alonso. *El Problema de la Concurrencia de Responsabilidades*. 2. ed. Santiago: LexisNexis, 2007, p. 251.

⁸⁹² “A anterior regra da subjetividade rompe para implantar de novo o marco objetivo de imputação de responsabilidade”. PULIDO, Jorge Guillermo Pipaón. *Derechos de los Consumidores y Usuarios*. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 221.

⁸⁹³ Sobre o tema, ver a obra do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor: *A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

delas defende a solidariedade entre o prestador de serviços e o Poder concedente⁸⁹⁴; a outra afirma que esse somente será responsabilizado de modo subsidiário, deve ser chamado a responder apenas caso a prestadora não consiga fazê-lo suficientemente⁸⁹⁵.

Adota-se o entendimento de que, se o serviço público foi concedido, permitido, autorizado ou, por qualquer outra forma cabível, admitido pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, os vícios por insegurança ou inadequação que, porventura, venham a maculá-lo devem ser atribuídos ao fornecedor, que o prestou em conjunto com o Poder Público. Se o serviço de caráter público foi prestado de forma clandestina, sem o prévio aval do ente público competente, a responsabilidade será também solidária, eis que o dever de fiscalização e de coibição daquela atividade não foi cumprido⁸⁹⁶. Afirma Iturraspe que a Administração conserva, mesmo quando à atividade do serviço público seja concedida, 'poderes internos de direção', modalização e controle sobre as formas e meios de levar a cabo a prestação⁸⁹⁷.

Compete ao Poder Público cumprir a função de regular e fiscalizar os serviços públicos para a tutela dos usuários⁸⁹⁸ - leciona Augustín Gordillo. Concorde-se com o entendimento de Elaine Cardoso de Matos Novais quando afirma que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos por danos causados ao consumidor “é objetiva e não cabe fazer distinção entre os atos comissivos ou atos omissivos do prestador”⁸⁹⁹. Aceitar a responsabilidade subsidiária do poder concedente em razão da má escolha equivaleria, do ponto de vista técnico, segundo Tepedino, “à reinserção da culpa *in eligendo* no âmbito da responsabilidade objetiva, com o que, definitivamente, não se pode

⁸⁹⁴ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Curitiba: Juruá, 2008, p. 321; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 196; MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 252. MILARÉ, Édís. Ação Civil Pública por dano ao meio ambiente. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 -15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 165.

⁸⁹⁵ FREITAS, Juarez. O Controle Social e o Consumidor de Serviços Públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 23, p. 24-31, 1998, p. 26; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, a. 3, n. 25, p.1.993-2.014, mar. 2003, p. 2012-2.013; RODYCS, Wilson Carlos. A responsabilidade civil das empresas privadas por danos causados na prestação de serviços públicos delegados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. 192-227, jan./mar. 2003, p. 223.

⁸⁹⁶ Aduz Morello que “não pode haver uma democracia que se realize sem a presença de um Estado protagônico e forte, para a condução grupal de toda a comunidade, com um sentido de responsabilidade” (traduziu-se). MORELLO, Augusto M. El acceso del consumidor a la justicia. In: STIGLITZ, Gabriel (Dir.). *Reglas para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Buenos Aires: Editorial Juris, 2000, p. 39.

⁸⁹⁷ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 88.

⁸⁹⁸ GORDILLO, Augustín. Los servicios públicos y los entes reguladores. In: GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.118.

⁸⁹⁹ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo*. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Curitiba: Juruá, 2008, p. 318.

concordar”⁹⁰⁰.

Prestando o fornecedor um serviço público inquinado de defeitos ou de vícios, poderá o consumidor acioná-lo em conjunto com o Poder Público e o Estado-Juiz irá apreciar o caso concreto e julgá-lo. Acionados de forma solidária, o consumidor terá a possibilidade de ser ressarcido e indenizado de forma mais completa, podendo, em seguida, o ente público ingressar com ação regressiva. O Superior Tribunal de Justiça, em determinados julgados, admitiu a presença do Estado no polo passivo de lides geradas pela má prestação de serviços públicos⁹⁰¹.

5.3 EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR, MESMO COM A INCIDÊNCIA DA GARANTIA LEGAL

É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade por acidente de consumo ou por vícios nos produtos ou serviços, de acordo com o quanto postulado pelo art. 25 do CDC. O consumidor, na qualidade de parte mais “débil” ou frágil da relação contratual, depara-se, em regra, com um contrato padronizado pronto, não sendo fácil alterá-lo⁹⁰². A previsão de cláusula exoneratória da responsabilidade do fornecedor constitui verdadeiro acinte e desnatura a relação contratual, urdindo ser combatida⁹⁰³.

Foi, primando pela igualdade material nas relações contratuais de consumo, que o legislador infraconstitucional brasileiro previu ser abusiva a cláusula exoneratória ou amenizadora de responsabilidade. Afirma Ripert que “Consagrar a liberdade de contratar sob pretexto de que nem o objeto nem a causa da obrigação são ilícitas, seria, na realidade, permitir a exploração do homem, o que a moral reprova”⁹⁰⁴. Nem sempre o contrato é entregue ao consumidor ou, quando isso ocorre, frequentemente, está eivado de cláusulas que não possibilitam uma leitura inteligível. O respeito à boa fé do consumidor e a persecução das finalidades éticas são as razões que justificam a taxação daquela cláusula contratual como

⁹⁰⁰ Ibidem, p. 196.

⁹⁰¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 28.222/SP, 2ª Turma, Rel. para o acórdão Ministra Nancy Andrighi, j. 15.02.2000, DJ 15.01.2001; REsp. 37.354/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Pádua Ribeiro. Disponíveis em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 julho 2012.

⁹⁰² ALTERINI, Atilio A.; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Ley, 1995, p. 85-105.

⁹⁰³ WAJNTRAUB, Javier Hernán. *Defensa del Consumidor*. Ley 24.240 y Normas Complementares. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002, p.14.

⁹⁰⁴ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 81.

abusiva⁹⁰⁵.

A garantia dos bens de consumo pode ser excluída quando causas, previstas em lei, fulminam a responsabilidade do fornecedor e, doravante, a sua obrigação de assumir os encargos da ocorrência no plano fático. Contudo, conforme reconhece o Superior Tribunal de Justiça “É do fornecedor o ônus de provar a ocorrência das excludentes de responsabilidade” (STJ, Resp. 685.662/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 05/12/2005). As hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor podem ser analisadas sob dois prismas essenciais: o *bem de consumo em si* e a *conduta do consumidor* ou de *terceiro*, nos termos dos arts. 12, parágrafo 3º, e 14, parágrafo 3º, do CDC⁹⁰⁶. Quanto ao primeiro aspecto, verifica-se se o produto ou o serviço foi respectivamente colocado no mercado ou prestado pelo fornecedor, bem como se o vício existe. No que concerne ao segundo, averigua-se o grau de participação do consumidor ou de outrem no caso concreto, a fim de se constatar se houve contribuição para que o problema fosse gerado⁹⁰⁷.

Não obstante a Lei n. 8.078/90 contemplar as causas excludentes de responsabilidade na seção que trata da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, aplicam-se adrede aos vícios por inadequação dos bens de consumo. Dispõe o art. 12 § 3º, inciso I, do CDC, que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador não será responsabilizado quando provar que não colocou o produto no mercado. O art. 14 § 3º, ao tratar dos serviços, não registra menção expressa a não prestação desses, porém, é possível que o fornecedor prove que não os concretizou. Contudo, se, em virtude da teoria da aparência, o consumidor acreditou que quem o executou o fez por conta e risco do fornecedor, deverá ser responsabilizado, não sendo válidas cláusulas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade, enuncia Martinez-

⁹⁰⁵ FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 416.

⁹⁰⁶ Dispõe o art. 12, parágrafo 3º, incisos I a III, do CDC, que o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora tenha colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Por outra via, o art. 14, parágrafo 3º, incisos I e II, reza que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁹⁰⁷ A Directiva 85/374/CEE, no seu art. 7º, estabelece que o produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar que: a) não colocou o produto em circulação; b) tendo em conta as circunstâncias, pode-se considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente; c) o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito de sua actividade profissional; d) o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento da colocação em circulação, o produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito; f) no caso do produtor de uma parte componente declarar que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricantes do produto.

Calcerrada⁹⁰⁸.

5.3.1 Situação do Bem de Consumo

Quando o produto é retirado da órbita de proteção física do fornecedor, sendo inserido no mercado de consumo, indeclinavelmente, não há que ser ventilada a incidência daquela excludente de responsabilidade. Quando o bem se encontra no trajeto para ser ofertado no mercado, deve o fornecedor munir-se de todas as precauções para evitar que fique à míngua de problemas que atinjam a sua qualidade e presteza. É o caso, *v.g.*, de produtos congelados transportados em condições climáticas inapropriadas. Amostras gratuitas já são consideradas como produtos colocados no mercado de consumo e se estiverem acometidas de vícios, os fornecedores são responsáveis. Isso porque, quando se coloca à disposição do consumidor, mesmo sem qualquer remuneração, o fornecedor assume o risco da situação em que se encontra o produto e das consequências que poderá gerar.

A Lei n. 8.078/90 não previu quais provas devem ser coligidas para que reste demonstrado que o produto foi colocado no mercado. A Diretiva 85/374 da Comunidade Econômica Europeia, no seu art. 7º, estabelece que se considera o produto colocado em circulação nas situações em que haja “entrega ao consumidor, ainda que para mostruário ou prova”; “a entrega ao despachante ou transportador para entrega ao adquirente ou usuário”, ou ainda, na “hipótese de venda judicial, mediante leilão, ressalvado neste último caso, a hipótese do produtor ter dado ciência, no ato da penhora judicial, da existência do defeito⁹⁰⁹. Embora o Brasil não tenha detalhado as situações que caracterizam a colocação do bem de consumo no mercado, considera-se que a interpretação sistemática das normas que compõem o microsistema legal protetivo permite asseverar que o fornecedor não poderá valer-se de alegações infundadas para se eximir da sua responsabilidade.

A inexistência do defeito ou vício no produto ou serviço é outra causa de eliminação da responsabilidade do fornecedor, conforme, respectivamente, dispõem os arts. 12 § 3º, inciso II, e 14 § 3º, I, do CDC. O consumidor, irresignado com o produto ou serviço, que não atenda às suas legítimas expectativas, em geral, enfrenta dificuldades para comprovar o problema que o arrefece de máculas. Se houver inversão da carga probatória, competirá ao fornecedor demonstrar a sua inexistência através dos meios cabíveis, principalmente, quando

⁹⁰⁸ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La Responsabilidad Civil*. 3. ed. Madrid: Editorial Colex, 2004, p. 30.

⁹⁰⁹ Aduz Gorassini que tal Diretiva preconiza uma política de informação e de proteção do consumidor GORASSINI, Atilio. *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1990, p. 24.

se tratar de serviços, porquanto, a má prestação “que gera danos ao consumidor induz a uma verdadeira presunção de existência do defeito, cuja prova em contrário é exigida do fornecedor, para efeito de eximir-se da responsabilidade – relembra Bruno Miragem”⁹¹⁰.

A depender do tipo e da complexidade do produto ou serviço, faz-se necessária a concretização de prova pericial para fins de identificação do problema. O fornecedor não pode simplesmente alegar que o vício ou defeito não existe a fim de se eximir da responsabilidade, competindo-lhe arremeter elementos probatórios satisfatórios para corroborar com as suas alegações. Não será qualquer alegação infundada e despropositada que amenizará ou eliminará a sua responsabilidade sediada em uma concepção objetiva e, não mais, nos elementos volitivos de outrora - o fornecedor não possui o condão de escusar-se da responsabilidade objetiva imputada em lei⁹¹¹.

5.3.2 Risco do Desenvolvimento

A evolução do conhecimento científico e tecnológico faz com que produtos e serviços sejam aperfeiçoados, proporcionando a melhoria das suas características e qualidades. A introdução de novos produtos e serviços no mercado não significa que os anteriores sejam considerados viciados ou defeituosos – é o que dispõem os arts. 12, parágrafo 2º e 14, parágrafo 2º do CDC. No entanto, o fator tempo é de fundamental importância para se avaliar o denominado “risco do desenvolvimento”, expressão desenvolvida no sistema norte-americano e acolhida pela Comunidade Econômica Europeia. Consiste no dever de o fornecedor verificar todos os estudos científicos e tecnológicos realizados e os que podem ser concretizados para se atestar a segurança dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Todos os aspectos, passíveis de averiguação naquele momento, devem ser considerados importantes pelo fornecedor, assumindo o risco de responder pelos defeitos dos produtos e serviços, caso não leve em conta o grau de desenvolvimento científico e tecnológico alcançado. O art. 7º da Diretiva 85/374/CEE, prevê que “O produtor não é responsável se provar: a) que o estado dos conhecimentos técnicos, no momento da colocação em circulação do produto, não lhe permitiu detectar a existência do defeito”. Entretanto, o art. 15 daquela mesma Diretiva, estabelece que “1. Qualquer Estado-membro pode: (...) b) prever,

⁹¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 282.

⁹¹¹ GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad Civil del Vendedor*. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988, p. 105.

na sua legislação, que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito”.

A leitura dos citados artigos daquela Diretiva conduz à constatação de que, na Comunidade Econômica Europeia, não existe um consenso sobre a exclusão ou não da responsabilidade do fornecedor diante dos riscos do desenvolvimento, podendo cada país integrante optar por um desses caminhos. Entre os países europeus, informa Thierry Bourgoignie, tem prevalecido a exclusão da responsabilidade na hipótese de riscos do desenvolvimento, como pode ser visto pela análise do posicionamento da Inglaterra, de Portugal, da Itália, Suécia e Áustria⁹¹².

No direito norte-americano, inicialmente, observou-se uma tendência dos tribunais de reconhecimento da responsabilidade do fornecedor, mesmo em caso de desconhecer que o produto ou serviço, de acordo com o grau de desenvolvimento científico e tecnológico, não seria prejudicial para o público consumidor. Isso ocorreu, principalmente, em razão das pressões exercidas pelas seguradoras que vinham arcando com o pagamento de vultosos valores indenizatórios⁹¹³. A *posteriori*, com fundamento na *strict liability*, os Tribunais passaram a reconhecer o estágio do desenvolvimento científico e tecnológico como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor⁹¹⁴.

A Suprema Corte da Califórnia, ao examinar o Caso *Brown vs. Abott Laboratories*, como visto alhures, excluiu a responsabilidade do fornecedor por ter introduzido no mercado um medicamento que evitou a ocorrência de abortos em mulheres gestantes, com tendência a tal mal, mas que causou, posteriormente, tumores vaginais. Nessa situação, a aplicação da *strict liability* foi afastada com base no interesse público de que novos medicamentos sejam pesquisados, desenvolvidos e apresentados no mercado com o objetivo de propiciar a manutenção de vidas. Se fosse reconhecida a responsabilidade do Laboratório envolvido na questão, mesmo tendo sido comprovado que o estágio da Ciência e da Tecnologia, no momento em que o produto foi ofertado no mercado, não permitiria a concepção de que poderia causar aqueles malefícios, haveria um desestímulo à pesquisa e isso prejudicaria a tentativa de salvar vidas.

⁹¹² BOURGOIGNIE, Thierry. *The 1985 Council Directive on product liability and its implementation in the member states of the European Union*. Directive 85/374/EEC on product liability: ten years after (La Directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits: dix ans après), Louvain-la-Neuve: Monique Goyens, 1996, p. 35.

⁹¹³ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 290.

⁹¹⁴ *Ibidem*, *idem*.

No Brasil, existem duas correntes doutrinárias a respeito do tema: uma favorável e outra contrária à exclusão da responsabilidade do fornecedor, quando o estágio do conhecimento científico e tecnológico não permitir que tenha conhecimento das possíveis implicações negativas do produto ou serviço ofertado. Bruno Miragem apresenta dois argumentos básicos para considerar que “os riscos do desenvolvimento encontram-se sob a égide da responsabilidade do fornecedor”⁹¹⁵. O argumento de “ordem técnico-legislativa” seria o fato de o rol de excludentes de responsabilidade não ter incluído os riscos do desenvolvimento, não sendo permitida a consideração, *praeter legem*, de circunstâncias que afastam a responsabilidade do fornecedor⁹¹⁶. A eventual admissão como excludente tem por consequência a “transferência do risco e do dano pelo consumidor-vítima de evento causado por defeito até desconhecido”⁹¹⁷.

Seguindo a corrente que admite o risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade do fornecedor, James Marins aduz que se pode afirmar que “é lícito ao fornecedor inserir no mercado de consumo produtos que não saiba nem deve saber que resultariam perigosos”, visto que o grau de conhecimento científico, à época da introdução no mercado de consumo, não possibilitava esse conhecimento⁹¹⁸. Entende-se que, se restar demonstrado e comprovado que, no momento em que o produto ou serviço foi incorporado ao universo mercadológico, os estudos científicos e tecnológicos não tinham ainda alcançado o patamar de identificação de perigos para os usuários, a responsabilidade do fornecedor permanece, mas deverá ser minorada. Aquiesce-se com o entendimento de Bruno Miragem no sentido de que a previsão normativa do artigo 12, parágrafo 1º, inciso III, do CDC, segundo a qual dentre as circunstâncias relevantes a serem consideradas para determinação de um produto como defeituoso ou não, a época em que foi colocado em circulação “constitui critério de valoração para identificação e definição do defeito”, porém, “não pode ser

⁹¹⁵ I MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 291.

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 290.

⁹¹⁷ Nesse mesmo sentido: ROCHA, Sílvio. *Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992, p. 111; RIZZATTO NUNES. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 315; BESSA, Leonardo Roscoe et al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2012, p. 130.

⁹¹⁸ MARINS, James. Risco de desenvolvimento e tipologia da imperfeição dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, abr./jun.1993, p.128. No mesmo sentido: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-9; LOPES, José Reinaldo Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992, p. 67; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 377; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

confundida, desse modo, com hipótese de exclusão de responsabilidade, sob pena de subverter a sistemática do CDC”⁹¹⁹.

Se houvesse a total exclusão da responsabilidade do fornecedor, esse não poderia, nem mesmo, ser instado para contribuir financeiramente com o tratamento médico e psicológico das vítimas. Dessa forma, o mais razoável será considerar a época em que o produto ou serviço foi colocado no mercado como elemento que possa contribuir para uma avaliação do grau de responsabilidade do fornecedor e da sua exclusão absoluta. O não acolhimento dos riscos do desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade não se fundamenta na ausência de previsão legal – pois seria uma interpretação legalista-, mas, sim na transferência de atribuição do fornecedor para a vítima que remunerou o serviço prestado ou pagou pela aquisição do produto.

5.3.3 Conduta do Consumidor ou de Terceiros

A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro como causa excludente da responsabilidade do fornecedor tem assento nos arts. 12 § 3º, inciso III, e 14 § 3º, II., do CDC. O próprio consumidor pode ter propiciado determinado defeito ou vício do produto ou serviço de forma exclusiva ou compartilhada com outros aspectos. Nessa hipótese, somente haverá exclusão da responsabilidade se o consumidor tiver dado ensejo ao problema, visto que, se o seu ato ou omissão for concorrente com falhas do fornecedor, aquela será atenuada e não extirpada⁹²⁰.

No caso de o consumidor guiar seu veículo em altíssima velocidade de tal modo que venha a sofrer um acidente devido a tal fato, não há que se atribuir responsabilidade ao fornecedor se não houver qualquer falha no automóvel, tendo o evento danoso sido causado pela forma indevida de dirigi-lo. Situação diversa ocorreria se o consumidor, dirigindo naquela mesma velocidade, sofresse um acidente e, em razão de uma falha no motor do veículo, houvesse um incêndio e ficasse lesionado – nesse caso, a responsabilidade do fornecedor seria atenuada, mas não excluída pela culpa concorrente do usuário do

⁹¹⁹ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 291.

⁹²⁰ Com relação à culpa exclusiva do consumidor, entendeu o STJ que cabe a este a guarda do seu cartão magnético e da sua senha ao agir dessa forma, passa a assumir os riscos da sua conduta que contribui a toda evidência para que seja vítima de fraudadores e estelionatários. STJ, Resp. 601805/SP, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 14/11/2005.

automóvel⁹²¹.

Com relação à culpa de terceiro⁹²², *a priori*, deve-se ressaltar que os integrantes da cadeia de fornecimento não podem encarnar essa figura, uma vez que fazem parte do setor através do qual o produto ou serviço foi produzido⁹²³. Dúvidas não pairam quanto ao produtor, fabricante, construtor, nacional ou estrangeiro, e importador, mas no que diz respeito ao comerciante, alguns doutrinadores entendem que poderá ser concebido como terceiro⁹²⁴. Entretanto, o grupo majoritário defende que o comerciante jamais será visto como um terceiro devido a sua presença no polo do fornecimento de produtos e serviços⁹²⁵.

Conforme já examinado, tratando-se de vícios por inadequação, o comerciante integra o rol de fornecedores e não poderá ser considerado como um terceiro, visto que a sua responsabilidade não é subsidiária. No caso de fornecimento de produtos *in natura*, o fornecedor imediato, inclusive, será responsável perante o consumidor, exceto quando houver clara identificação do seu produtor, de acordo com o parágrafo 5º do art. 18 do CDC. Situação similar ocorre com o fornecedor imediato, quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais, gerando vício de quantidade no produto comercializado.

Com relação aos vícios por insegurança, o art. 13, incisos I a III, do CDC estabelece a responsabilidade subsidiária do comerciante – situação que, se analisada superficialmente, poderia gerar dúvidas sobre a possibilidade de ser considerado terceiro. No entanto, como explanado em tópico registrado alhures, o comerciante, com base no art. 931 do NCC, poderá ser responsabilizado juntamente com os demais integrantes da cadeia de fornecimento e, ainda

⁹²¹ Embora o CDC não faça referência à culpa concorrente, o STJ a tem admitido para reduzir a indenização: STJ, Resp. 287849/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 13/08/2001; STJ, Resp. 773853/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22/05/2006.

⁹²² Constate-se a seguinte decisão do STJ: Danos sofridos por passageiro em decorrência de acidente, ainda que causado por terceiro ou em decorrência de má conservação de estradas, não isenta a responsabilidade do transportador por guardar conexão com o transporte: STJ, Resp. 721091/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 01/02/2006. No mesmo sentido: STJ, Resp. 302397, Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ 03/09/2001; STJ, Resp. 468900/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 31/03/2003.

⁹²³ Verificar a Súmula 187 do STF: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

⁹²⁴ Examinar o posicionamento de Zelmo Denari (DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 190).

⁹²⁵ Afastam a condição de terceiro do comerciante: BENJAMIN, Antônio Herman; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 66; RIZZATTO NUNES. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272-273; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 282; ROCHA, Sílvio. *Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992, p. 107; MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 284 e 285.

que não se faça opção pela aplicação de tal dispositivo, entende-se que não poderá ser qualificado como um terceiro. Dois argumentos justificam essa ilação: o verdadeiro sentido do termo “terceiro” e a *mens legis* no sentido de promover a melhor e mais efetiva proteção do consumidor.

Terceiro é aquele sujeito que se encontra alheio à relação contratual e que não mantém qualquer vínculo, ainda que indireto, com o consumidor. Não é o caso do comerciante, visto que, por mais que não tenha participado da fabricação ou da produção do bem, é quem diligencia a sua venda ou aquisição pelo consumidor. Caso fosse o comerciante considerado terceiro, se o consumidor ingressasse com demanda contra qualquer um dos demais participantes da cadeia de fornecimento, sendo a ação julgada improcedente por ter sido acatada a alegação de que foi aquele o responsável, sérios prejuízos advirão para o autor. Isso porque, ao propor a ação contra o comerciante, o réu poderá provar que agiu de forma devida e o consumidor ficará em uma situação totalmente desfavorável, uma vez que não mais terá como retomar a medida judicial anterior – o ideal, então, é que todos os fornecedores, inclusive o comerciante, figurem no polo passivo da demanda.

Como exemplo da culpa exclusiva de terceiro, pode-se citar o fato de um consumidor adquirir um veículo e devido à manobra irresponsável e artilosa de um motorista desconhecido, vier a ocorrer um choque que danifique um dos para-choques do automóvel. Caso o consumidor alegue, administrativa ou judicialmente, fragilidade daquele equipamento, o fornecedor, após perícia e verificação do ocorrido, poderá evocar a culpa exclusiva do terceiro envolvido com o problema. A título de culpa concorrente de terceiro, tem-se a situação de restar provado que aquele consumidor estava dirigindo em altíssima velocidade, tendo contribuído para que o evento danoso viesse a se materializar⁹²⁶.

O fornecedor não poderá se utilizar de cláusulas restritivas para se exonerar da responsabilidade diante dos acidentes de consumo ou vícios por inadequação. Como é cediço, as normas que integram o microssistema consumerista são de ordem pública e de interesse social, tendo o legislador, dando cumprimento aos ditames constitucionais, primado pelo “dirigismo contratual”⁹²⁷. Não se deixou ao puro e simples arbítrio dos contratantes a fixação das regras negociais, principalmente, no campo consumerista em que uma das partes apresenta-se vulnerável em comparação com a outra.

Cláusulas abusivas que estabeleçam a isenção da responsabilidade do fornecedor sob a

⁹²⁶ O fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando for inevitável e imprevisível. STJ, Resp. 685.662/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 05/12/2005.

⁹²⁷ LARROUMET, Christian. *Responsabilidad Civil Contractual*. Trad. Gonzalo Figueroa Yañez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2006, p. 48.

alegação de culpa exclusiva ou concorrente do consumidor ou de terceiro devem ser tidas como abusivas e nulas. A participação do consumidor ou de terceiro no evento danoso deve ser vista de acordo com a situação concreta e, realmente, se houver predomínio absoluto ou parcial para a causação do dano, isto será fator que exercerá influência. No entanto, o fornecedor não tem o condão de, no contrato de adesão, ou na concessão da garantia contratual dos bens de consumo, esquivar-se da sua responsabilidade, fazendo uso de disposição arbitrária, competindo ao aparato judicial realizar um controle direto – enuncia Jacques Guestin⁹²⁸.

5.3.4 Caso Fortuito e Força Maior

O caso fortuito e a força maior não foram previstos nos arts. 12, parágrafo 3º, incisos I a III, e 14, parágrafo 3º, incisos I a III, da Lei n. 8.078/90, como causas excludentes da responsabilidade dos fornecedores⁹²⁹. No âmbito da Comunidade Econômica Europeia, a Diretiva 85/377/CEE também não contemplou aqueles institutos como causas excludentes. A não inserção de tais institutos na estrutura normativa do CDC conduziu alguns doutrinadores a concebê-los como inaplicáveis aos eventos danosos que, porventura, venham a ocorrer⁹³⁰. Apesar de não terem sido expressamente contemplados naqueles dispositivos normativos, o caso fortuito e a força maior, ao serem analisados através de uma hermenêutica reflexiva e sistemática, podem ser aplicados às relações de consumo, conforme defendem vários outros doutrinadores⁹³¹.

⁹²⁸ GUESTIN, Jacques. L'annulation par le juge des clauses abusives. In: GUESTIN, Jacques (Coord.). *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europa*. Paris: LGDJ, 1991, p. 138.

⁹²⁹ “Como assentado em precedente da Corte, o fato de o art. 14, parágrafo 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas”. (STJ, Resp. 330523/SP, DJ 25/03/2002, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

⁹³⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992, p. 119; NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 315. Nelson Nery Júnior também não aceita o caso fortuito e a força maior (NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 3. 1992, p. 56); Do mesmo modo: NASCIMENTO, Tupinambá Miguel de Castro do. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 53 e 54.

⁹³¹ DENARI, Zelmo. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10 ed. ver. atual e reform. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 2011, vol. I, p. 199; MARINS, James. *Responsabilidade da empresa*, p. 153. BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos et al. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2013, p. 128; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 290; ROCHA, Sílvio. *Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992, p. 87; MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 288; ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo; MARINS, James. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, p. 127. BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal

De acordo com o art. 393 do NCC, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. O diálogo das fontes normativas presentes no Código Civil Pátrio e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor é uma tarefa essencial para que haja um intercâmbio entre tais diplomas legais e os problemas de natureza jurídica sejam solucionados com base na equidade e na justiça distributiva. Dentro dessa ótica, aqueles institutos não somente podem, mas devem incidir nas relações de consumo, para que o fornecedor não seja penalizado em virtude de problemas que tenham sido originados por fatos inevitáveis, alheios à sua vontade e participação, que causassem consequências desagradáveis.

Caracterizam-se o caso fortuito e a força maior pela impossibilidade de cumprimento da obrigação em decorrência de fato “necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”, conforme preconiza o parágrafo único do art. 393 do NCC. Quanto à identificação dos aspectos distintivos de tais institutos, não se apresenta de fácil ilação. Segundo Carvalho de Mendonça, caso fortuito seria o fato previsível, porém inevitável, como a morte, e envolveria dois elementos: um subjetivo e outro objetivo. O subjetivo seria a não imputabilidade ao devedor; e o objetivo corresponderia a impossibilidade de cumprimento da obrigação⁹³². Clóvis Bevilacqua defendia que caso fortuito seriam situações causadas pelas forças da natureza, enquanto a força maior envolveria a participação dos seres humanos⁹³³.

A impossibilidade de cumprimento das obrigações também tem sido outro fator utilizado para a distinção entre o caso fortuito e a força maior. Para Agostinho Alvim, o caso fortuito consiste no impedimento “relacionado com a pessoa do devedor”, enquanto a força maior seria o acontecimento externo. Para Caio Mário da Silva Pereira, dois são os requisitos do caso fortuito: a necessariedade e a inevitabilidade, não sendo exigida a imprevisibilidade⁹³⁴. Afirma Jossierand que “há todo um grupo de situações em que não existe culpa, mas, sim responsabilidade por fato de pessoas, coisas, animais, empresas ou organismos sobre os quais o homem exerce certo poder e direção”⁹³⁵. A responsabilidade por

Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 122-123.

⁹³² MENDONÇA, Manuel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. Curitiba: Typ. Lit; a vapor Imp. Paranaense, 1908, p. 36-37.

⁹³³ BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1916, p. 173.

⁹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.302.

⁹³⁵ “há todo um grupo de situações em que não existe culpa, mas sim responsabilidade pelo fato de pessoas, coisas, animais, empresas ou organismos sobre os quais o homem exerce certo poder e direção”. JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. RF, Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 539, abr., 1941.

toda esta categoria de fatos constitutivos de riscos e geradores de prejuízos, é “a responsabilidade por caso fortuito”⁹³⁶.

A inutilidade da distinção entre caso fortuito e força maior é reconhecida por Aguiar Dias⁹³⁷, vindo Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes a afirmar que “se existe distinção, ela é inteiramente indiferente ao direito, já que as consequências coincidem”, ou seja, ambos institutos “desincumbem o devedor de responder pelas perdas e danos a que a inexecução deu causa”⁹³⁸. De fato, mesmo os que identificam distinções entre o caso fortuito e a força maior reconhecem que os efeitos obrigacionais são idênticos⁹³⁹. Optou-se por seguir a corrente que defende ser o caso fortuito o evento que não poderá ser razoavelmente previsto, resultante de forças naturais ou inteligentes, tais como um terremoto, um furacão etc⁹⁴⁰. A força maior seria o “fato de terceiro, que criou, para execução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pôde vencer” – é o que ocorre, v.g., com a guerra, o embargo de autoridade pública que impede a saída do navio do porto etc⁹⁴¹. Dessa forma, havendo uma dessas situações, o fornecedor não teria a possibilidade de cumprir a obrigação assumida perante o consumidor”⁹⁴².

Analisa-se, também, o caso fortuito sob os ângulos interno e externo, somente admitindo-se esse último como excludente da responsabilidade do fornecedor. O primeiro corresponde ao fato inevitável, normalmente, imprevisível, que, contudo, se vincula à própria atividade do agente⁹⁴³. O segundo consiste no fato estranho à estrutura e ao funcionamento da

⁹³⁶ Ibidem, idem.

⁹³⁷ Afirma Aguiar Dias que a noção de caso fortuito ou de força maior decorre de dois elementos: um, interno, de caráter subjetivo, consubstanciado na inevitabilidade do evento, e outro, externo, de cunho objetivo, que é a ausência de culpa. José de Aguiar Dias. *Da Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, v. I, p. 282.

⁹³⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004, volume I, p. 704.

⁹³⁹ MENDONÇA, Manuel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. Curitiba: Typ. Lit; a vapor Imp. Paranaense, 1908, p. 38; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 302.

⁹⁴⁰ Nesse sentido: Clóvis Bevilacqua, Tito Fulgêncio (FULGÊNCIO, Tito. *Contratos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. III, 2000) e Carvalho de Mendonça (MENDONÇA, Manuel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. Curitiba: Typ. Lit; a vapor Imp. Paranaense, 1908).

⁹⁴¹ RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Do Direito das Obrigações. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 353.

⁹⁴² Afirma Gruber-Magiot que “o fato de terceiros exonera o vendedor (fabricante) se apresenta os caracteres da força maior: irresistibilidade, imprevisibilidade, não imputabilidade e exterioridade” (trad. livre). GRUBER-MAGITOT, Stéphane. *L'action du consommateur contre le fabricant d'un objet affecté par un vice caché en droit anglais et en droit français*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010, p. 43.

⁹⁴³ O STJ considera caso fortuito interno roubo de talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco e não constitui causa excludente. STJ, Resp. 685662/RJ, Relatora Ministra Nancy Andriahi, DJ 05/12/2005.

atividade comercial da empresa, cujos riscos não devem ser arcados por ela⁹⁴⁴. O caso fortuito interno equivale aos riscos que devem ser assumidos pelo agente econômico que delibera em atuar no mercado, podendo gerar situações potencialmente lesivas para a sociedade⁹⁴⁵. Na fabricação de certo enlatado, se o funcionário encarregado vier a sentir-se mal e não conseguir observar o nível de aquecimento de uma máquina ou equipamento utilizado, gerando características impróprias no produto, tem-se um exemplo de caso fortuito interno. O problema vincula-se à atividade em si e, sendo qualificado como interno, não haverá o afastamento da responsabilidade do fornecedor.

Pode-se citar como exemplo de caso fortuito externo a ocorrência de uma grande tempestade que impossibilite o fornecedor de entregar produtos que tenham sido adquiridos por meio do comércio eletrônico. Havendo impossibilidade de a transportadora realizar o trajeto necessário para que os produtos sejam entregues no prazo previamente estipulado, há que ser considerada aquela circunstância que, por não se encontrar atrelada à atividade do fornecedor, deverá mitigar a sua responsabilidade. Os produtos devem ser entregues tão logo as condições climáticas sejam amenizadas, mas não se pode questionar que o fornecedor descumpriu o contrato de forma dolosa ou culposa.

⁹⁴⁴ Assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo foi considerado caso fortuito externo para a exclusão da responsabilidade. STJ, Resp. 726371/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 05/02/2007; STJ, Resp. 904733/MG, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 27/08/2007.

⁹⁴⁵ *Ibidem*, *idem*.

6 DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO SOBRE A GARANTIA LEGAL DOS BENS DE CONSUMO

O direito deve conter uma conexão necessária com o que chamamos de componente ético-social do direito. Isso porque a realidade social tem seu conceito inseparável do plano ético-societário, que é o plano do dever-ser mínimo, que será o conceito chave à compreensão do conceito de realidade social, inalcançável este sem aquele, porque sem aquele não se alcança o homem⁹⁴⁶.

O direito do consumidor à informação sobre os produtos e serviços presentes no mercado tem ampla previsão na Lei n.º 8.078/90, conforme pode ser observado pela análise dos arts. 4º, *caput* e inciso IV, e 6º, inciso II. Constitui-se um dos princípios basilares do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como um dos direitos básicos da categoria. Em toda a estrutura do microsistema consumerista, o direito à informação será visualizado, eis que equivale à pedra basilar deste ramo jurídico⁹⁴⁷.

Mesmo consagrado em sede legal, o direito do consumidor de obter informações sobre a garantia legal dos diversos bens não vem sendo respeitado no plano concreto. Urge, assim, que seja realizada uma hermenêutica crítica e reflexiva diante da *quaestio*, considerando-se a proteção constitucional conferida ao consumidor. Para tanto, torna-se essencial uma análise do direito à informação sob a ótica dos princípios que regem as relações de consumo, transpondo-se, em seguida, a exposição para o âmbito constitucional e hermenêutico.

6.1 CONCEITO, CONTEÚDO E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

Informar o consumidor sobre os produtos e serviços que compõem o mercado corresponde a uma tarefa multifacetária não passível de estrita definição nem de um conteúdo previamente estabelecido. O direito do consumidor à informação pode ser concebido como a prerrogativa que a pessoa física ou jurídica, adquirente ou utente de um bem como destinatária final, possui de obter todos os esclarecimentos necessários inerentes à sua essência e procedência.

⁹⁴⁶ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 31.

⁹⁴⁷ O direito à informação permeia todo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, estando presente nos capítulos que versam sobre a qualidade dos bens de consumo, as práticas comerciais, a proteção contratual, as sanções administrativas, as infrações penais e a tutela processual.

Se, nas relações contratuais de outrora, regidas pelas normas cíveis clássicas, a prestação de informações fazia-se necessária, com o advento da sociedade massificada e do consumo padronizado, esse aspecto passou a ser visto como algo essencial⁹⁴⁸. O direito à informação, atualmente, concebido como um direito fundamental, é de aparição relativamente recente, consoante registram Jorge Mosset Iturraspe e Javier Wajtraub. Durante a predominância do Código Francês, a doutrina entendia que os princípios da igualdade, liberdade e fraternidade eram suficientes por si somente, sendo desnecessárias ou supérfluas exigências relativas às informações na esfera contratual. A igualdade pressupunha capacidades e aptidões similares; a liberdade “não se compadecia com a imposição pelo Estado de certos deveres, na hora de contratar”; e a fraternidade “afastava toda dúvida sobre uma negociação equitativa”⁹⁴⁹.

A informação não coincide necessariamente com a publicidade, apresentando objetivos distintos - acentua Jorge Mosset Iturraspe⁹⁵⁰. Enquanto a publicidade dirige-se a propalar dados positivos referentes a um produto ou serviço, para captar e atrair adquirentes, a informação deve convergir para a demonstração de todos os detalhes sobre o bem e o serviço que se oferece e não apenas os itens que mais cativam os clientes⁹⁵¹.

Dispondo o fornecedor do poder de ditar o conteúdo do contrato standard, passa a ter, também, o dever de bem informar ao consumidor. Como aduz Gerard Cas, a obrigação de o fornecedor não enganar o consumidor é ditada com o fito de “assegurar a lealdade nas transações, enquanto a obrigação de informar visa à obtenção do consentimento esclarecido da outra parte do contrato; ela tem, por consequência, um conteúdo mais amplo”⁹⁵².

⁹⁴⁸ HERVADA, Javier. *O que é o direito: a moderna proposta do idealismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 141.

⁹⁴⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset; WAJNTRAUB, Javier H. *Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 68.

⁹⁵⁰ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni Editores, 2003, p. 28.

⁹⁵¹ Afirma Stephen Weatherill: “Requiring that the consumer be provided with specified information about a contemplated transaction is a regulatory technique that has enjoyed considerable popularity in the development of EC measures affecting protection of consumers' economic interests. This approach to improving transparency in the pre-contractual phase has frequently been combined with protection in the post-contractual phase, most strikingly through the prescription of a 'cooling off' period within which the consumer is entitled to exercise a right to withdraw from an agreed deal” (“Requerer que o consumidor seja provido com informações específicas sobre a transação contemplada é uma técnica regulamentar que vem obtendo uma considerável popularidade no desenvolvimento da EC (União Europeia protetora do consumidor) e, conseqüentemente, afetando na proteção dos interesses econômicos dos consumidores. Essa aproximação com a transparência, na fase pré-contratual, vem sendo, também, frequentemente, combinada com uma fase pós-contratual protegida, mais contundentemente, através da preservação de um período de reflexão em que o consumidor tem o direito de rescindir um acordo já feito) (traduziu-se). WEATHERILL, Stephen. *EU Consumer Law and Policy*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 34.

⁹⁵² CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaire de France, 1986, p. 379.

Dois fatores essenciais justificam a primazia concedida ao direito do consumidor à informação: *a posição de superioridade do fornecedor no mercado* e o importantíssimo *consentimento esclarecido* daquele que contrata⁹⁵³. Diante dessas nuances que se instalaram e se desenvolveram com bastante intensidade, após a massificação das relações contratuais, o direito do consumidor à informação ganhou uma conotação distinta, sendo envolvido por uma sensível superioridade que antes não era percebida.

A posição superior do fornecedor, no atual mercado de consumo, é inconteste. O conteúdo do contrato depende da vontade unilateral do fornecedor e, conquanto o parágrafo 1º do art. 54 do CDC possibilite a inserção de cláusula sugerida pelo consumidor no formulário previamente confeccionado, sabe-se que, na prática, dificilmente conseguirá essa proeza. Se objetivar o produto ou o serviço, o consumidor terá que contratar naqueles termos delimitados pelo fornecedor. No contrato de consumo, por via da informação, busca-se “proporcionar às partes conhecimentos, com a finalidade de lograr um certo equilíbrio na relação”⁹⁵⁴.

Se alguém estiver diante de outrem com maior poder de barganha, provavelmente, a aquiescência daquele não será totalmente voluntária, ficando subordinada “a algum tipo de pressão ou, na pior das hipóteses, de coação” – afirma Michael Sandels⁹⁵⁵. Se um sujeito estiver negociando com outro que tenha mais conhecimento sobre o objeto da negociação, “a transação talvez não traga benefícios mútuos” – “em um caso extremo, ela poderá ser uma fraude ou uma enganação”⁹⁵⁶. A posição de superioridade do fornecedor nas relações de consumo gera esse quadro assimétrico, em que a informação fica retida em um polo, havendo necessidade de ser transmitida para o outro em busca de um equilíbrio entre as partes.

A lógica do mercado funciona dessa maneira e o direito do consumidor à informação é o corolário da “liberdade de decisão dos agentes de procura”⁹⁵⁷. O dever de transparência, verbera Mazeaud, é destinado a “compensar a desigualdade dos parceiros na gestão do contrato”, ou seja, a informação “imposta pelo legislador ou pelo juiz se

⁹⁵³ GHEDINI, Raffaele. *Consumatori e Imprese nella Dinamica Oligopolistica*. Milano: Giuffrè Editore, 1990, p. 99.

⁹⁵⁴ Complementam Iturraspe e Wajntraub que: “É inegável, contudo, que a informação não há de produzir o milagre de transformar o ‘ignorante’ em ‘sábio’, no que diz respeito ao concreto negócio que se celebra, das características do bem ou do serviço, outorga ao carente saberes determinados que possibilitam uma melhor decisão” (traduziu-se). ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni Editores, 2003, p. 20.

⁹⁵⁵ SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 187.

⁹⁵⁶ SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 187.

⁹⁵⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007., p. 49.

entrelaça, como liame extremo, com o dever de lealdade que constitui o seu fundamento”⁹⁵⁸. É a obrigação imposta às partes de contratarem de boa-fé⁹⁵⁹, nada ocultando da outra com referência ao objeto do liame jurídico entabulado.

Reconhecendo-se o direito do consumidor à informação, busca-se “potenciar a formação consciente e ponderada da vontade negocial, parificando posições de disparidade cognitiva, quer quanto ao objecto, quer quanto às condições do contrato”- pondera Joaquim de Sousa Ribeiro⁹⁶⁰. Nesse plano de intervenção no campo negocial, a garantia do 'imperativo de transparência' desempenha função decisiva, podendo ser mobilizado “um arsenal diversificado de medidas, que vão das exigências de forma, da imposição de menções obrigatórias, à relevância negocial das mensagens publicitárias”⁹⁶¹.

Sem informações adequadas e precisas sobre os produtos e serviços, não poderá ser viabilizada a “espontaneidade da eleição do consumidor”- assinala Thierry Bourgognie, pois a sua liberdade e racionalidade seriam apenas teóricas e não reais⁹⁶². Com a ausência de informações ou a incompletude dessas, o consumidor “perde assim o controle da função de consumir, e a visão contratualista ou voluntária das relações de consumo se encontra privada de fundamento”⁹⁶³. O comportamento do consumidor vai estar vinculado ao que lhe fora repassado a título de informação, surgindo, assim, o que Bourgognie denomina de 'normas sociais de consumo', “cujo efeito é integrar os modos de consumo dentro das condições de produção”⁹⁶⁴.

Estabelecendo-se uma “relação dialética entre as partes” que participam do contrato consumerista, alertam Gérard Cas e Didier Ferrier que o direito à informação engloba a “obrigação de informar” e “de se informar”⁹⁶⁵. Na realidade, consiste em um direito de matriz tríplice, sendo constituído pelo “direito de ser informado”, de “obter informações” e “de informar”. Deve o fornecedor prestar todas as informações pertinentes para o consumidor, cumprindo, assim, a primeira citada faceta; o interessado também tem o condão de requisitar

⁹⁵⁸ MAZEUD, Denis. Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual: el futuro de la distinción en el Derecho Francés. Trad. Carmen Domínguez Hidalgo. Tercera Jornada El Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: actualidad y utilidad de la distinción. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, marzo 2008, p. 56.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 611.

⁹⁶⁰ *Ibidem*, *idem*.

⁹⁶¹ *Ibidem*, *idem*.

⁹⁶² BOURGOIGNIE, Thierry. *El derecho comunitario de consumo: experiencia y perspectivas respecto a la Europa de 1993*, 1993-II-925.

⁹⁶³ BOURGOIGNIE, Thierry. *El derecho comunitario de consumo: experiencia y perspectivas respecto a la Europa de 1993*, 1993-II-925.

⁹⁶⁴ *Ibidem*, *idem*.

⁹⁶⁵ CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaire de France, 1986, p. 378.

informações complementares e de explicar o que realmente deseja⁹⁶⁶.

O direito do consumidor à informação, apesar de apresentar um conteúdo fluído que depende do tipo de produto ou de serviço que figure como objeto da contratação, tem um núcleo mínimo, conforme disposto pelo art. 31 do CDC. Quatro conjuntos de informações devem ser transmitidas para o consumidor: a *procedência do bem*; a sua *natureza ou essência*; o *valor*; e a *garantia*. Afirmam Gérard Cas e Didier Ferrier que são “menções obrigatórias” que integram as “exigências formalistas em matéria de informação”⁹⁶⁷. Além desses dados, asseveram que informações facultativas - “nombreuses indications sur les qualités ou caractéristiques de ses produits ou services qu’il demeure libre de transmettre ou non”-, também podem ser divulgadas pelos fornecedores⁹⁶⁸.

Com relação ao primeiro conjunto, observa-se que o citado dispositivo legal exige que o fornecedor indique a origem do bem de consumo, ou seja, de onde provém e qual o fabricante responsável por sua produção. No segundo grupo, estão suas qualidades, quantidade, composição e prazo de validade, bem como os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores; já o terceiro congrega todas as informações sobre o preço para a aquisição ou a fruição do bem⁹⁶⁹.

O quarto conjunto informativo refere-se a todos os dados concernentes à garantia dos produtos e serviços inseridos no mercado de consumo. Nesse ponto, floresce o problema analisado neste trabalho, visto que o citado artigo apenas menciona que a oferta de qualquer bem de consumo deve carrear, dentre as mencionadas informações, dados sobre a garantia, mas não explicita quais aspectos devem ser expostos. Por outra via, o art. 50 do CDC determina que o fornecedor esclareça, de maneira adequada, em que consiste a garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor. Diante desta problemática, propugna-se por uma interpretação abalizada do direito do consumidor à informação sobre as garantias dos produtos e serviços, conforme será visto nos próximos tópicos⁹⁷⁰. Isso significa afirmar que, com base nas normas constitucionais vigentes,

⁹⁶⁶ Ressalta Bustamante a inferioridade do consumidor em consequência da diferença de informações sobre o objeto da contratação. BUSTAMANTE, Laura Perez. *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 13.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, p. 383.

⁹⁶⁸ “numerosas indicações sobre as qualidades ou características dos seus produtos ou serviços que ele pode livremente transmitir ou não” (tradução livre). *Ibidem*, p. 390.

⁹⁶⁹ Afirmam Graciela Lovece e Alejandro García: “Assim, então, a informação que obrigatoriamente por imposição legal deve incluir-se nos documentos de venda, nos pressupostos, etc., opera preventivamente em função da manutenção da equidade econômica da relação outorgando-lhe segurança e gerando a correspondente responsabilidade frente ao descumprimento das obrigações assumidas pelo provedor” (traduziu-se). LOVECE, Graciela; OCIO, Alejandro Mario García. *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 126.

⁹⁷⁰ Sobre informação clara e transparência, consultar: MINERVINI, Enrico. *Tutela del Consumatore e Clausole Vessatorie*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 138.

será possível promover a educação do consumidor sobre a proteção legal deferida pelo microssistema vigente e exigir que o fornecedor o informe de modo devido.

Em Portugal, o Decreto-lei n. 67/2003, de 8 de abril, baseado no art. 9º, n. 3, “a”, da Directiva n. 1999/44/CE, declara que o consumidor goza dos direitos previstos no presente diploma e de que tais direitos não são afetados pela garantia contratual⁹⁷¹. Prevê o texto legal que o vendedor tem “a obrigação de informar ao comprador ou consumidor dos seus direitos decorrentes da garantia legal e que evidencie a complementariedade das duas garantias”, a fim de evitar que confunda a garantia convencional com a garantia legal⁹⁷². No mesmo sentido, cita o acórdão do STJ de 19/02/2004 (Processo 04B029), segundo o qual 'a garantia do bom funcionamento é, pois, um *mais*, relativamente aos direitos conferidos pelo art. 914 do Código Civil'; e ainda o acórdão da Relação do Porto, de 19/02/2004, de 19/02/2004 (Processo 0326797)⁹⁷³.

A informação deve compreender todos os elementos negociais relevantes, segundo Ana Prata, “quer para a decisão de contratar, quer para a conformação concreta do contrato a celebrar, quer ainda para a completa funcionalidade do contrato”⁹⁷⁴. Características da coisa ou da atividade, seus vícios, a “prestabilidade para os objetivos do contraente” e a sua “prestabilidade para fins para que a parte desconhece que ela possa servir” são aspectos que devem ser expostos pelo fornecedor.⁹⁷⁵ A violação do dever de informação pode configurar-se como um ato omissivo ou positivo e, com base no dever de lealdade, deve ser evitada e combatida. Devendo ser a informação mais completa e abrangente possível, não pode o fornecedor omitir do consumidor a existência da garantia legal em face dos produtos e serviços nem apresentar-lhe dados que dificultem uma compreensão desse instituto.

A preocupação com o direito à informação no bojo das relações de consumo foi tão intensa que o legislador ordinário tratou até mesmo das *características* que devem acompanhar o seu cumprimento. A primeira parte do art. 31 do CDC determina que as informações prestadas pelo fornecedor em face do consumidor devem ser corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa⁹⁷⁶. Na difusão da informação, deve-se atentar para que estipulações obscuras, vagas, dúbias e inverídicas não sejam utilizadas pelo

⁹⁷¹ SILVA, João Calvão. *Venda de Bens de Consumo*. 2. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2004, p. 67.

⁹⁷² *Ibidem*, p. 127.

⁹⁷³ SILVA, João Calvão. *Venda de Bens de Consumo*. 2. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2004, p. 127.

⁹⁷⁴ PRATA, Ana. *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 49.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, *idem*.

⁹⁷⁶ Elena Poddighe destaca a importância da clareza e da compreensibilidade nas relações de consumo. PODDIGHE, Elena. *I Contratti con I Consumatori*. La disciplina delle clausole vessatorie. Milano: Giuffrè Editore, 2000, p. 314.

fornecedor.⁹⁷⁷.

Proteger o consumidor provoca, como arrefece A. Pinto Monteiro, “enriquecer o próprio acto de comunicação, lutar pela qualidade do relacionamento humano”, tratando-o como um destinatário ou receptor que merece respeito. Independentemente da forma através da qual o ato comunicativo se estabelece, deve proporcionar um relacionamento com o outro “isento de vícios e de abusos”. Isso porque proteger o consumidor é “proteger o acto de comunicação, no que ele implica de respeito pela dignidade do Homem e pelo seu poder de autodeterminação, e no que ele significa de uma solidária e responsável participação na vida em comunidade”⁹⁷⁸.

A informação deverá ser prestada em todas as fases contratuais, antes de findado o *vinculum juris*, no decorrer da sua vigência e após a sua extinção. Philipp le Tourneau refere-se a uma trilogia que envolve: a) “a obrigação pré-contratual de aconselhamento”; b) “as obrigações contratuais de informação”; c) “e a obrigação pós-contratual de informação”⁹⁷⁹. O consumidor deve ter acesso a todas as informações cabíveis e necessárias sobre o produto ou serviço antes de formalizar a contratação. Optando por firmar o contrato, as informações pertinentes devem continuar lhes sendo veiculadas e, findo o liame contratual, a obrigação permanece.

Não se pode deixar de salientar que as informações sobre a garantia dos bens de consumo são prestadas no ato da contratação, porém o seu exercício, em geral, ocorre quando o consumidor já finalizou o vínculo e, diante de um vício detectado, necessita fazer uso da proteção legal concedida pelo CDC. A ausência de obrigatoriedade expressa para que o fornecedor bem esclareça o consumidor sobre a garantia legal faz com que esse nada informe e, frequentemente, aproveite-se dessa lacuna para apresentar considerações que o induzam a uma concepção errônea sobre os seus verdadeiros direitos. No entanto, a interpretação do art. 50 do CDC, com base em uma hermenêutica crítica e com fundamento nas normas constitucionais vigentes, possibilita que se exija do fornecedor a prestação de informações sobre a garantia legal dos bens de consumo, assim como, que os consumidores sejam esclarecidos pelos órgãos públicos incumbidos da sua defesa sobre os direitos básicos de que são titulares.

⁹⁷⁷ CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaire de France, 1986, p. 397.

⁹⁷⁸ MONTEIRO, A Pinto. Comunicação e Defesa do Consumidor. *Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico de Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, de 25 a 27 de novembro de 1993. Coimbra: G. C – Gráfica de Coimbra Ltda, 1996, p. 42 a 48.

⁹⁷⁹ TOURNEAU, Philippe le. *La Responsabilité des vendeurs et fabricants*. Paris: Dalloz, 1997, p. 14.

6.2 IMPORTÂNCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO: COROLÁRIO DA ETICIDADE

Com a instalação da sociedade de massa, o direito do consumidor à informação assume um papel de inquestionável importância, posto que as relações contratuais tornaram-se estandardizadas, não havendo a possibilidade de prévia discussão sobre os termos da avença. Detendo o fornecedor o poder de estruturar o instrumento contratual, o seu dever de prestar informações para o consumidor adquire uma conotação marcante, sendo incorporado ao microsistema consumerista como uma das vigas mestras.

Três fatores impulsionaram o relevo atribuído ao direito do consumidor à informação: a *mercantilização das relações contratuais*⁹⁸⁰; o *consumo desenfreado de bens diversos* e a necessidade de que *imperativos éticos predominem no campo jurídico*. O desenvolvimento do sistema capitalista fez com que a lógica do mercado fosse guiada pela incessante oferta de produtos e serviços e pela busca do aumento do público consumidor. O consumo, antes pautado na aquisição de bens para o sustento dos sujeitos, transformou-se em uma atividade constante e, muitas vezes, desnecessária, tendo por meta o mero prazer e o deleite. A nova configuração do mercado de consumo foi, aos poucos, demonstrando a imprescindibilidade da inserção da ética nas relações contratuais - é, nesse contexto, que o direito do consumidor à informação adquire um status superior.

A ressurreição da ideologia liberal, estigmatizada pelo fortalecimento das forças de mercado, alcançou o seu apogeu com o capitalismo alicerçado no “egoísmo competitivo, excludente e dominador” e na “supremacia absoluta da razão de mercado”⁹⁸¹. O sistema capitalista engendrou uma “completa inversão ontológica”, conforme aduz Fábio Konder Comparato, sendo o “capital desumanizado” elevado ao pedestal de “pessoa artificial”, enquanto “o homem é reduzido à condição de simples instrumento de produção”, ou “ao papel de mero consumidor a serviço do capital”⁹⁸². A marca estarrecedora desse sistema é a

⁹⁸⁰ Sobre o tema, consultar, por todos, CHOMSKY, Noam. *O Lucro ou as Pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global*. 6. ed. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

⁹⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. re. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 536.

⁹⁸² *Ibidem*, p. 537.

“transformação das pessoas em coisas” e a “reificação (*Verdinglichung*) dos sujeitos”, havendo “a inversão completa da relação pessoa-coisa”. Nessa esteira, o consumidor, que já não participa da elaboração do contrato, enfrenta dificuldades para obter informações sobre os bens que são colocados no mercado.

No sistema capitalista de produção, complementa Comparato, “a lógica da atividade empresarial, funda-se na lucratividade, não na defesa da pessoa humana”. Dessa forma, “uma organização econômica voltada à produção do lucro e sua ulterior partilha entre capitalistas e empresários não pode, pois, apresentar-se como titular de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana”⁹⁸³. Diante desse panorama, o direito do consumidor à informação ganha destaque cada vez maior, pois, se os cidadãos não são respeitados como seres dignos de consideração, dados mascaradores da realidade contratual, indubitavelmente, serão expostos⁹⁸⁴.

A prática capitalista representa o “desenvolvimento sistemático do espírito individualista que a anima”, ou seja, aduz Comparato, é a lógica da “exclusiva possibilidade técnica: tudo o que pode ser produzido empresarialmente possui um valor absoluto e não deve ser impedido por exigências éticas”. Logo, tudo que puder ser feito, para que o lucro venha à tona, será concretizado, até mesmo a omissão de dados importantes sobre os bens de consumo ou a explanação de informações não condizentes com a situação concreta⁹⁸⁵. Nessa linha de raciocínio, o fornecedor, não sendo obrigado, expressamente, pelo CDC a prestar informações sobre a garantia legal, nenhum esforço empreenderá para que o consumidor seja esclarecido a respeito desse tema. No entanto, não se faz necessária alteração legislativa neste sentido, mas, sim, a efetividade e o cumprimento das normas constitucionais e legais vigentes.

Não se pode deixar de constatar que os homens nunca se viram tão aproximados uns dos outros pelos mecanismos de informação e comunicação, tendo as redes sociais instrumentalizado o frequente contato entre os sujeitos. Contudo, apesar da proximidade informacional entre os indivíduos, no campo negocial e contratual, as queixas avolumam-se em termos de ausência de esclarecimentos devidos sobre os produtos e serviços ou de dados

⁹⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. re. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 315.

⁹⁸⁴ Afirma Georges Balandier: “Hoje estamos às voltas com mitos oportunistas. Os que nascem deste tempo são frágeis, ilusórios, e, como a ilusão, desaparecem assim que seu efeito enfraquece. São enganadores e precários, como inúmeros bens que a produção de massa e o frenesi do mercado entregam e liquidam em curtos prazos. (...) “A modernidade atual é a dos abandonos, das passagens, das transições. A obsolescência, o esquecimento, a rejeição, o desamor, o efêmero também a definem, e não apenas o movimento pelo qual efetua seus avanços (...)”. BALANDIER, Georges. *O Dédalo para Finalizar o Século XX*. Trad. Suzana Martins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 13.

⁹⁸⁵ BALANDIER, Georges., op. cit., p. 538.

incompletos ou inadequados. A sanha inelutável pelo lucro é a marca do capitalismo, identificando-se com a “aspiração de ganância” lograda com o “trabalho capitalista incessante e racional”- é a ganância sempre renovada em prol da “rentabilidade”, nos dizeres de Max Weber⁹⁸⁶.

Outro aspecto vinculado ao próprio sistema capitalista é o estímulo ao consumismo desenfreado. Hodiernamente, pode-se dizer que os indivíduos tornaram-se, na expressão de Zygmunt Bauman, “prisoneiros voluntários ou involuntários do consumismo”⁹⁸⁷. Os produtos e serviços são projetados para durarem bem menos do que a sua real capacidade e possibilidade com vistas a levar os sujeitos a adquirirem sempre outros. Até mesmo as peças, para a reposição em caso de vício, apresentam valores tão elevados que, em muitas oportunidades, o consumidor termina optando por adquirir outro bem do que consertá-lo. É interesse do próprio sistema induzir a população a querer sempre algo mais, a acompanhar a efêmera moda e a descartar bens que ainda poderiam ser reaproveitados.

As pessoas não mais se preocupam com a capacidade de duração dos objetos nem dos vínculos humanos – constata Bauman, presumindo que ambos sejam úteis apenas por um tempo fixo e, posteriormente, “se desintegrem, sejam rasgados ou jogados fora quando ultrapassam seu tempo de validade – o que ocorrerá mais cedo ou mais tarde”⁹⁸⁸. Assim, todos são induzidos a “evitar a posse de bens de longa duração, sobretudo aqueles que nos custam mais descartar”, já que o consumismo de hoje “não visa ao acúmulo de coisas, mas à sua fruição instantânea e imediata”⁹⁸⁹.

Consumir produtos e serviços é atividade que acompanha indistintamente todos os seres humanos, sendo parte integrante da “necessidade social de relacionar-se com outras pessoas, e de ter materiais mediadores para essas relações”⁹⁹⁰. A cultura de hiperconsumo, no entanto, tornou-se uma esfera onipresente, tentacular, ilimitada – salientam Guilles Lipovetsky e Sébastien Charles⁹⁹¹. O consumo ocorre “em toda parte, em todo lugar e a todo momento”, fazendo com que as relações mercantis predominem na quase totalidade da existência humana, que termina sendo “colonizada pelas marcas e pelo mercado”. A época do

⁹⁸⁶ WEBER, Max. *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Madrid: Editorial Reus S.A., 2009, p. 17.

⁹⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Trad. Vera Pereira. São Paulo: Zahar, 2010, p. 87.

⁹⁸⁸ *Ibidem*, p. 113.

⁹⁸⁹ *Ibidem*, *idem*.

⁹⁹⁰ DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *O Mundo dos Bens*. Para uma antropologia do consumo. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009, p. 26.

⁹⁹¹ LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. *A Cultura-Mundo. Resposta a uma Sociedade Desorientada*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 57.

hiperconsumo caracteriza-se pela “dilatação extrema” e pela “excrecência da esfera mercantil” - o que significa afirmar que, “se os indivíduos são mais livres em sua vida privada, são também mais dependentes do mercado para a satisfação de seus desejos”⁹⁹².

O mundo do consumo imiscuiu-se de tal forma na sociedade pós-moderna que se apresentam raros “aqueles que desejariam mesmo aboli-lo em definitivo”, comentam os citados autores. Torna-se forçoso reconhecer que “seu império não para de avançar: o princípio do self-service, a busca de emoções e prazeres, o cálculo utilitarista, a superficialidade dos vínculos parecem ter contaminado o conjunto do corpo social”⁹⁹³. É o chamado “hiperconsumo experiencial”, ou seja, trata-se “não mais de apenas ter acesso ao conforto material, mas sim de vender e comprar reminiscências, emoções, que evoquem o passado, lembranças de tempos considerados mais esplendorosos”⁹⁹⁴.

Dentro desse universo de constante insatisfação, perambula o consumidor que está disposto a sempre mais adquirir, contratar e ter⁹⁹⁵. “Se inventa tudo o que se pode inventar, verbera Castoriadis, “se produz tudo o que se pode produzir (rentavelmente), logo se suscitam as 'necessidades correspondentes”⁹⁹⁶. Sendo assim, quanto mais se produz, se consome, mais se deseja, exercendo a informação um papel de extrema magnitude, principalmente, quando se trata das garantias dos produtos e serviços⁹⁹⁷. Sem informações condizentes com as reais qualidades e características dos produtos e serviços, o consumidor terminará sendo induzido a uma visão de que somente a garantia contratual vigora, inexistindo proteção legal mais ampla.

Informações claras e adequadas sobre os produtos e serviços possibilitam ao consumidor um consentimento esclarecido e consciente com relação à contratação. Obtendo informações devidas sobre os bens de consumo, o interessado não ficará alienado no ato da sua escolha e definição⁹⁹⁸. Para que os indivíduos atuem como agentes livres, a sua dignidade deve ser respeitada na condição de consumidores, sendo-lhes expostas todas as informações pertinentes. A capacidade de decisão do sujeito e a sua não dominação são aspectos que se

⁹⁹² Ibidem, idem.

⁹⁹³ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 33.

⁹⁹⁴ Ibidem, 89.

⁹⁹⁵ SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Nobel, 1993, p. 17.

⁹⁹⁶ CASTORIADIS, C. Le délabrement de l'Occident. In: *La montée de l'insignifiance*. Les carrefours du labyrinthe, IV, Seuil, Paris, 1996, p. 71.

⁹⁹⁷ LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio*. Ensaios sobre o Individualismo Contemporâneo. Trad. Terezinha Monteiro Deutsch. São Paulo: Manole, 2005, p. XVII.

⁹⁹⁸ GUÉGUEN, Nicolas. *Psicologia do Consumidor*. Para compreender melhor de que maneira você é influenciado. Trad. Gian Bruno Grosso. São Paulo: Editora Senac, 2010, p. 67.

coadunam com o direito à informação⁹⁹⁹ - não um esclarecimento qualquer, incompleto ou inadequado, mas, sim, aquele que permita ao consumidor uma escolha consciente.

A interpretação pefunctória dos dispositivos legais que tratam das garantias legal e contratual dos bens de consumo poderia induzir o operador do direito à compreensão de que não haveria dever atribuído expressamente ao fornecedor no que diz respeito ao esclarecimento do interessado sobre a proteção legal. A exegese literal das normas que compõem a Lei n. 8.078/90 não permitirá uma profícua solução do problema. Ao criticarem o positivismo, denunciam Jean Rivero e Hugues Moutouh destacam as fraquezas da teoria do contrato e do individualismo¹⁰⁰⁰. O direito positivo, de fato, não encontra sua finalidade em si mesmo; “todo sistema jurídico põe um conjunto de meios a serviço de uma ideologia que não lhe cabe definir, e que o ultrapassa”¹⁰⁰¹.

Ficar adstrito à simples letra da lei é tarefa não mais cabível no atual Estado Constitucional pós-moderno, em que, segundo Rivero e Moutouh, “a lei perdeu o lugar preeminente que possuía no sistema político e jurídico”. De modo geral, complementam, pode-se dizer que, já há algum tempo, “a confiança no valor liberal da lei passa por uma fase de regressão, materializada nas diversas formas de controle às quais é submetida”¹⁰⁰². O exame de qualquer questão deve ser acompanhado de uma compreensão global, voltada para a ética com o objetivo de identificar os valores que embasam os princípios e normas vigentes.¹⁰⁰³ A efetiva proteção dos interesses e direitos dos consumidores quanto ao direito de informação sobre a garantia dos bens exige muito mais que a singela exegese literal das normas na Lei n. 8.078/90. Princípios que emanam do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e, principalmente, os ditames constitucionais devem ser levados em consideração.

6.3 DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

⁹⁹⁹ Ibidem, idem.

¹⁰⁰⁰ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 123.

¹⁰⁰¹ Ibidem, idem.

¹⁰⁰² Ibidem, p. 142.

¹⁰⁰³ Acerca do tema, consultar: BAUMAN, Zygmunt. *A Ética é Possível num Mundo de Consumidores?* Trad. Alexandre Werneck. São Paulo: Zahar, 2011.

Encontrando-se a proteção do consumidor inserida na seara constitucional como direito de matriz fundamental, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXII, da Carta Magna Brasileira de 1988, o dever de prestação de informações sobre os produtos e serviços é decorrência lógica e direta do Texto Constitucional. Todas as pessoas físicas e jurídicas que sejam destinatárias finais de bens adquiridos ou utilizados são consumidoras, aplicando-se a proteção constitucional, a partir do princípio da unidade do Texto Maior. Não se pode olvidar que a proteção do consumidor constitui um dos princípios basilares da Ordem Econômica no Brasil, de acordo com o art. 170, inciso V, da CF/88.

6.3.1 Direito à Informação: desdobramento da Liberdade de Informação

O direito à informação do consumidor constitui verdadeiro desdobramento da liberdade de informação que se desenvolveu na história do constitucionalismo e, hoje, é consagrada expressamente no Texto Maior. O direito de informar, ou de transmitir informações, “tem um sentido constitucional de liberdade para informar”- afirmam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹⁰⁰⁴. Em outras palavras, trata-se de um direito fundamental de primeira geração, cuja preocupação consiste em “impedir que o Poder Público crie embaraços ao livre fluxo de informações”¹⁰⁰⁵. O art. 220, caput, da CF/88 dispõe que a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não poderá sofrer qualquer espécie de restrição¹⁰⁰⁶.

O direito de informação envolve o direito de passar, receber e buscar informações; por isso, asseveram os referidos doutrinadores, que ele assume três feições: “o direito de informar”, “de se informar” e “de ser informado”. Com referência à temática, Canotilho e Vital Moreira tratam do significado desses três níveis do direito de informação¹⁰⁰⁷. O primeiro consiste, desde logo, “na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimento, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a

¹⁰⁰⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 175.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*, *idem*.

¹⁰⁰⁶ A Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

¹⁰⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra, 1993, p. 225.

meios para informar”¹⁰⁰⁸. O direito de se informar consiste designadamente “na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes de informação”, isto é, “no direito de não ser impedido de se informar; e aversão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado”¹⁰⁰⁹. Por fim, o direito de ser informado resvala na prerrogativa dos cidadãos de não serem ludibriados e obterem todos os esclarecimentos necessários relativos às atividades públicas ou aos negócios particulares formalizados.

O direito de se informar traduz, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, uma “limitação estatal diante da esfera individual”, ou seja, o indivíduo tem “a permissão constitucional de pesquisar, de buscar informações, sem sofrer interferências do Poder Público, salvo as matérias sigilosas”, nos termos da parte final do art. 5º, XXXIII¹⁰¹⁰. No que concerne à informação relativa ao próprio indivíduo interessado, constante de bancos de dados ou cadastros públicos ou de caráter público, o art. 5º, inciso LXXI, da CF/88, garante um acesso privilegiado através do *habeas data*, podendo ser também manejado para a correção de dados equivocados. Já o direito de ser informado, segundo os autores, não pode ser entendido sem algumas restrições exegéticas, uma vez que “só se pode investir alguém no direito de receber informações quando, simultaneamente, atribui-se a outrem o dever de informar”¹⁰¹¹. Nessa matéria, a Constituição Federal atribuiu “exclusivamente ao Poder Público (arts. 5º, XXXIII e 37, caput) o dever de informar”¹⁰¹², assumindo o direito de ser informado dois sentidos. Primeiro, o direito de receber as informações veiculadas “sem interferência estatal, numa interface com o direito de informar”; segundo, “o direito de ser mantido constantemente informado sobre os negócios e atividades públicas”¹⁰¹³.

No campo das relações negociais, o direito à informação do consumidor de produtos e serviços segue a mesma tríplice constituição, como visto em anterior tópico, e tem como fonte a proteção constitucional do consumidor. A despeito de o CDC não mencioná-lo agregado com as três vertentes acima detalhadas, dúvidas não pairam de que o consumidor possui o “direito de informar”, de “se informar” e de “ser informado”. Na primeira esfera, tem o

¹⁰⁰⁸ Ibidem, idem. Trata também do tema: FRONTINI, Paulo Salvador. Acesso ao consumo. In: GOZZO, Débora. *Informação e Direitos Fundamentais*. A Eficácia Horizontal das Normas Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 203-225.

¹⁰⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital., op. cit., p. 225.

¹⁰¹⁰ O art. 5º, inciso XIV assegura aos profissionais da informação o direito de sigilo das fontes.

¹⁰¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 175.

¹⁰¹² Ibidem, idem. Aborda o tema: BARBOZA, João Luiz. O direito fundamental do consumidor e seu direito à informação. In: GOZZO, Débora. *Informação e Direitos Fundamentais*. A Eficácia Horizontal das Normas Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226-243.

¹⁰¹³ Ibidem, idem.

consumidor a faculdade de apresentar ao fornecedor as suas pretensões ou interesses para a aquisição de um produto ou a contratação de um serviço. No segundo espectro, cabe-lhe também indagar ao fornecedor sobre todas as características dos produtos e serviços ofertados para que possa optar pelo que melhor lhe aprouver. No último plano, tem o consumidor o direito de ser esclarecido devidamente pelo fornecedor que, em contrapartida, tem o dever de bem informá-lo. Dessa forma, como consequência lógica do direito à informação previsto em sede constitucional, na seara consumerista, não somente o Poder Público tem a obrigação de informar, mas, principalmente, o fornecedor¹⁰¹⁴. É que a transparência e a boa-fé objetiva são vetores que regem o direito do consumidor à informação¹⁰¹⁵.

Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões, tem reconhecido o direito do consumidor à informação. No julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 842865 (PR), publicado em 15 de junho de 2012, o STF, ao decidir sobre Ação Civil Pública que versava sobre o direito do consumidor à correta informação sobre os riscos e potenciais danos que o consumo de bebidas alcoólicas causa à saúde, determinou que “É possível e exigível do Judiciário, impor determinada conduta ao fornecedor, sem que esta esteja expressamente prevista em lei”, desde que afinada com “as políticas públicas diretamente decorrentes do texto constitucional e do princípio da plena informação ao consumidor”, previstos no art. 6º, II, III e IV, da Lei 8.078 /90, pois traduz-se “em dever do Estado, do qual o Judiciário é poder, de acordo com o art. 196 da Constituição”. Por outro lado, afirmou-se que o consumo de alcoólicos “não interessa só à comunicação social, propaganda e ao comércio de tais produtos, interessa sob o aspecto da saúde pública, da proteção do menor e do adolescente, da segurança veicular”, bem como do direito de informação e de proteção ao consumidor. O comando do art. 9º, do Código do Consumidor, externou o STF, indica os direitos básicos do consumidor “à informação adequada e clara sobre o produto e sobre os riscos que apresenta, sobretudo, tratando-se de produto potencialmente nocivo à saúde”¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁴ Verificar: CAVALCANTE, Elisabeth Nantes. O acesso à informação nos contratos de consumo. In: GOZZO, Débora. *Informação e Direitos Fundamentais*. A Eficácia Horizontal das Normas Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 244-263.

¹⁰¹⁵ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2008, p. 113.

¹⁰¹⁶ Sobre o direito do consumidor à informação, conferir: STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 719139, data de publicação: 20/05/2013, Relatora Min. Rosa Weber; STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 698471 RJ, data de publicação: 20/05/2013, Rel. Min. Rosa Weber; STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 682565 SP, data de publicação: 18/02/2013, Rel. Min. Rosa Weber; STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 707741 MG, data de publicação: 18/02/2013; STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo AI 822893 RS, data de publicação: 04/03/2013, Rel. Min. Rosa Weber; STF, Agravo Regimental no Recurso

O direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos bens de consumo será promovido mediante a máxima efetividade das normas constitucionais que lhe atribui caráter fundamental e o inclui como viga mestra da ordem econômica brasileira. No próximo capítulo, tratar-se-á da hermenêutica constitucional, porém, é preciso, de logo, atentar que o topos da máxima efetividade, que figura no catálogo de Canotilho, e, na obra de Hesse, denomina-se de “efetividade ótima” ou “otimização”¹⁰¹⁷, é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais e que deverá ser enaltecido para a solução da problemática que envereda por essa tese.

6.3.2. Direito do Consumidor: matriz fundamental

Na Constituição Federal de 1988, foi atribuída importância premente aos direitos fundamentais, vindo a ser positivados, na parte inicial das suas disposições, consistindo em uma inovação de cunho topográfico intencional cujo objetivo era reconhecer a relevância do tema¹⁰¹⁸. A ampliação do catálogo dos direitos fundamentais e a adoção da “cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais” são duas outras notas que os caracterizam no âmbito da CF/88. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é outro notável aspecto, envolvendo até mesmo aquelas normas de natureza programática – como ocorre com o direito do consumidor que exige “mediação legislativa”¹⁰¹⁹.

Com relação ao direito do consumidor, a elaboração de um Código específico, contemplando os direitos da categoria já ocorreu há mais de duas décadas e, ainda assim, tem-se que recorrer à Constituição Federal para solver problemas de interpretação e aplicação das

Extraordinário com Agravo ARE 762178 MG, data de publicação: 07/10/2013, Rel. Min. Rosa Weber; STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 744886 SP, data de publicação: 21/06/2013, Min. Cármen Lúcia; STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 670532 DF, data de publicação: 10/04/2013, Min. Rosa Weber; STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 729483 RS, data de publicação: 21/08/2013, Min. Rosa Weber; STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo ARE 691437 RJ, data de publicação: 04/03/2013, Min. Rosa Weber.

¹⁰¹⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris,

¹⁰¹⁸ Sobre o tema, consultar: SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁰¹⁹ Para Dirley da Cunha Jr., as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que fixam programas, finalidades e tarefas e “nem por isso, essas normas são destituídas de aplicação imediata”, exigindo apenas um “esforço maior de complementação por parte dos órgãos do Judiciário, no exercício de sua atividade de garantia e efetivação dos direitos fundamentais”. CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 615.

normas infralegais. Situada no ápice de todo o ordenamento jurídico, a Carta Maior é um baluarte que se deve utilizar para que problemas diversos sejam pacificados, como bem prelecionam Canotilho e Vital Moreira¹⁰²⁰. A criação de um diploma específico para reger as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores não significa que a essência normativa do Texto Maior não deva sempre servir de parâmetro para que os múltiplos problemas sejam resolvidos¹⁰²¹.

O problema atinente ao direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos produtos e serviços exige uma hermenêutica sobre as normas constitucionais que regem a matéria diante da importância e à hierarquia dessas¹⁰²². A imperatividade das normas constitucionais é fator que auxiliará na interpretação das normas infralegais que dispõem sobre as múltiplas matérias e, na situação em epígrafe, que trata dos direitos dos consumidores, como aduz F. Müller, a *força dirigente e vinculante* dos direitos e garantias de cunho fundamental não pode ser ignorada por quem esteja incumbido da séria missão de bem interpretar as normas infraconstitucionais¹⁰²³.

Com base nos ditames constitucionais, é possível exigir-se que o fornecedor preste informações para o consumidor sobre a garantia legal dos produtos e serviços que estão expostos no mercado. Não haverá necessidade de alteração da Lei n. 8.078/90 para que essa missão seja efetivada, tornando-se imprescindível apenas uma hermenêutica constitucional, funcional e axiológica. Os órgãos públicos instituídos para a proteção dos interesses e direitos dos consumidores devem perseguir o propósito de maior proteção dos consumidores através dos ditames constitucionais. Do mesmo modo, o Poder Judiciário deve decidir as lides acerca do direito fundamental do consumidor à informação através da incidência das normas de escalão constitucional. Dessa forma, por mais que o CDC não registre adrede o dever do fornecedor de informar o consumidor sobre a proteção legal que lhe é conferida, as normas constitucionais e legais existentes são suficientes para que essa missão seja cumprida pelos entes que integram a Política das Relações de Consumo.

Ainda que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não contenha norma expressa sobre o dever de o fornecedor informar devidamente ao consumidor sobre a garantia legal dos diversos bens existentes, por se tratar de direito fundamental, constitui “prerrogativa

¹⁰²⁰ CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital Moreira. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 01, p. 164.

¹⁰²¹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001, p. 73.

¹⁰²² GUERREIRO, Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 4.

¹⁰²³ MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. rev. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 78-79.

diretamente aplicável pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário¹⁰²⁴. Não são, como aduz Canotilho, “simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a reprodução de outras normas, mas, sim, normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais”¹⁰²⁵. Como instrumentos reguladores de todas as hipóteses emergentes, as normas constitucionais, obrigatoriamente, devem ser evocadas na hipótese em análise¹⁰²⁶.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais vincula todos os órgãos públicos, incluindo-se o Poder Judiciário que, com base no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 e no art. 4º, da LICC, não se pode furtar do dever de concretizá-los¹⁰²⁷. Obrigar o fornecedor a prestar informações para o público consumidor sobre todas as características dos produtos e serviços é valer-se também da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que se irradia para atingir particulares. Os direitos fundamentais devem ser considerados como “posições jurídicas subjetivas”, essenciais, à proteção da pessoa e como “valores objetivos básicos” do Estado Constitucional de Direito, manifestando-se como “carta de concessões subjetivas” e como “limites objetivos de racionalização”¹⁰²⁸.

Sobre a dimensão jurídico-objetiva, Paulo Bonavides enumera importantes inovações trazidas pelos direitos fundamentais: a) irradiação para o Direito Privado; b) elevação à categoria de princípios; c) eficácia vinculante para os três Poderes; d) aplicabilidade direta e imediata; e) dimensão axiológica; f) eficácia *inter privatos*; g) duplo caráter (subjetivo e objetivo); h) conceito de concretização; i) princípio da proporcionalidade na hermenêutica concretizante; e j) introdução do conceito de pré-compreensão¹⁰²⁹.

Expandindo-se para o campo privado, os direitos fundamentais regularão as relações estabelecidas entre fornecedores e consumidores e possibilitarão que o direito à informação desses últimos seja respeitado e não vilipendiado, já que estarão sempre permeando a legislação infraconstitucional e guiando a sua interpretação. A vinculação das funções estatais, conforme acima exposto, contribuirá para que os órgãos públicos não se sintam

¹⁰²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92.

¹⁰²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 175.

¹⁰²⁶ Afirma Dirley da Cunha Júnior que os direitos fundamentais exercem a função “limitativa do poder” e de “legitimação do poder estatal” (formal e material), sendo produzidas as seguintes consequências: a) são normas situadas no mais alto escalão do ordenamento jurídico; b) inexistência de discricionariedade administrativa quando “se está diante de um direito fundamental” e o Judiciário tem “o dever de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível”. CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 636-637.

¹⁰²⁷ CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 665.

¹⁰²⁸ Essa dupla dimensão encontra-se bem delineada na decisão proferida, em 1958, pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Liith*.

¹⁰²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 541-542.

tímidos e refreados a fim de buscarem soluções extrajudiciais em prol da defesa do direito dos consumidores à informação, o mesmo ocorrendo com relação aos magistrados. A dimensão axiológica da proteção constitucional será examinada em capítulo específico diante da sua importância.

No que concerne ao duplo caráter das normas relativas aos direitos fundamentais, afirma Robert Alexy que deve prevalecer a dimensão subjetiva com base em dois argumentos: a) a finalidade principal desses direitos é a proteção do indivíduo e a dimensão objetiva exerce a função de reforço da tutela jurídica; b) o argumento de otimização refere-se ao caráter principiológico dos direitos, dando-se prioridade à realização e não às obrigações de natureza meramente objetiva¹⁰³⁰. Aquiesce-se com tais considerações, visto que os direitos fundamentais não são dados fechados e prontos, estando abertos a uma análise axiológica pautada nos valores reinantes.

O direito do consumidor à informação é consequência da proteção inserida na Constituição Federal, conforme preconiza o seu art. 5º, inciso XXXII. Ao concretizá-lo, o aplicador do direito confrontar-se-á com a liberdade de mercado também prevista em sede constitucional como um dos pilares da Ordem Econômica do País, nos moldes do art. 170, inciso IV, da CF/88¹⁰³¹. Afirma Ian Martin que muitos acreditam que “a liberdade de mercado é o coração de uma economia eficiente e que comandos econômicos causam um desastre econômico”. Contudo, uma economia de mercado, absolutamente não regulada, complementa o Autor, não constitui um princípio de direitos humanos e, nessa linha de pensamento, urge que o direito do consumidor à informação e à liberdade de mercado sejam harmonizados.

A livre iniciativa do fornecedor, embora acolhida em sede constitucional, não ocupa a mesma posição que o direito fundamental do consumidor e não podem concorrer em um mesmo plano. Sendo um poder de autodeterminação, a liberdade, afirmam Jean Rivero e Hugues Moutouh, é exercida pelo homem sobre si mesmo, “mas o seu reconhecimento jurídico acarreta consequências com relação aos outros – o que justifica asseverar que “*não existem liberdades 'privadas'*”¹⁰³². Por mais que os fornecedores disponham de autonomia para organizar e concretizar as suas atividades, devem adequá-las à proteção constitucional concedida ao consumidor. Isso posto, ao estruturá-las, o fornecedor não poderá deixar de lado o direito do consumidor à informação sobre os produtos e serviços.

¹⁰³⁰ ALEXY, R. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: *Der Staat* n. 29 (1990), p. 60 e ss.

¹⁰³¹ MARTIN, Ian. *The new world order: opportunity or threat for human rights*, A lecture by Edward A Smith Visiting Fellow presented by the Harvard Law School Human Rights Program, 1993, p. 22.

¹⁰³² RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 64.

Existe, assim, um conflito aparente entre o direito do consumidor à informação e a liberdade do fornecedor, eis que não se encontram no mesmo plano constitucional. Considerando-se os quatro *status* dos direitos fundamentais apresentados, originariamente, por Jellinek, quais sejam: *subjectionis* ou *passivo*; *negativus* ou *libertatis*; *positivus* ou *civitatis*; e *actvus*, observa-se que o direito fundamental do consumidor propicia exigir do fornecedor a prestação de informações claras e adequadas sobre os produtos e serviços. O primeiro *status* refere-se à subordinação do indivíduo aos poderes estatais; o segundo diz respeito à esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal; o terceiro engloba prestações positivas estatais; e o derradeiro assegura a participação daquele na formação política estatal¹⁰³³.

Sob a ótica do primeiro status, os fornecedores de bens de consumo devem adequar-se às exigências estatais, oriundas do princípio da intervenção estatal, no sentido de prestarem informações aos consumidores sobre a garantia legal. Quanto ao segundo, por mais que o fornecedor tenha o direito de autodeterminar-se e de agir com liberdade, as instituições e os agentes incumbidos aos proteção dos consumidores, ao se exigir que prestem informações sobre os produtos e serviços, não estarão invadindo a esfera intransponível de atuação daquela - trata-se, na realidade, de fazer com que o fornecedor respeite um direito constitucional de matriz fundamental. Quanto ao terceiro status, ao passo em que aqueles entes e agentes proporcionam a concreção das normas consumeristas e constitucionais vigentes, por intermédio de uma hermenêutica crítica, prestam algo de positivo para a coletividade. É crucial enxergar a ação positiva do poder público não somente como um instrumento para a proteção dos direitos sociais, mas, também, para toda e qualquer situação que exija a sua intervenção. Por fim, de acordo com o quarto *status*, todos os consumidores devem atuar de modo ativo na busca pela efetividade dos seus direitos.

A relevância dos *status* ou funções dos direitos fundamentais estruturados por Jellinek é intransponível. No entanto, críticas são tecidas por Robert Alexy¹⁰³⁴ e Peter Häberle¹⁰³⁵, não no sentido de desfigurá-los, mas, sim, de complementá-los. Como crítica geral, Alexy enumera formalismo, abstração, espacialização, indivíduo isolado e obsolescência; em contrapartida, sugere que se recorra à realidade, concretude, mediação, comunidade/sociedade

¹⁰³³ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981, p. 306 e ss.

¹⁰³⁴ Consultar: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁰³⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

e atualidade. O *status libertatis* não exclui o aparato legislativo, como aduzia Jellinek, produzindo efeitos com relação a todos os poderes; o *status negativo* não poderá ser meramente formal, devendo-se enfatizar o homem em sua dimensão histórica e concreta e não como pessoa abstrata¹⁰³⁶. Ademais, segundo Peter Häberle, o *status activus civitatis* ampliou-se para contemplar o *status processualis*¹⁰³⁷, caracterizado pela presença dos indivíduos no debate das questões que lhes afetam e na busca de soluções razoáveis.

O direito fundamental do consumidor demanda uma atuação perspicaz de todos os poderes, instituições e agentes que estejam envolvidos com a questão. A prestação de informações para o consumidor sobre a garantia legal dos produtos e serviços é exigência a ser efetivada pelo poder público e, também, pelos próprios interessados, com fundamento nos status do direito fundamental que a agasalha. A liberdade e a autonomia privada do fornecedor não serão eliminadas com tal exigência, havendo a sua harmonização com um direito reconhecido no âmbito constitucional como fundamental e que, de acordo com o Constitucionalismo pós-moderno, merece maior prestígio e destaque.

6.3.3 Eficácia Horizontal do Direito do Consumidor e a Posição Dominante do Fornecedor

A massificação dos contratos conferiu ao fornecedor a possibilidade de ditar as regras dos vínculos jurídicos fincados com o público consumidor, ensejando-lhe uma posição preponderante na elaboração e na concretização dos vetores negociais. Inexistindo uma harmonização entre os interesses dos fornecedores e dos consumidores, conflitos tornaram-se frequentes, requerendo o exame da problemática inerente ao domínio das regras negociais pelos primeiros e a fragilidade dos segundos, à luz da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A livre iniciativa e a autonomia privada são atributos referentes ao poder negocial dos agentes privados e que são reconhecidos pelos sistemas econômicos que seguem os padrões capitalistas. O conjunto de direitos atribuídos aos consumidores não implica na eliminação nem no impedimento de que tais faculdades sejam exercidas, desde que respeitadas exigências

¹⁰³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, 123.

¹⁰³⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 65.

essenciais para a sobrevivência dessas duas categorias antagônicas¹⁰³⁸. É preciso que os fornecedores de produtos e serviços tenham liberdade e independência para desempenhar as tarefas relativas ao seu empreendimento de modo racional e não unilateral, objurgando o respeito à coletividade consumerista¹⁰³⁹.

No plano fático, pululam situações caracterizadoras da condição dominante do fornecedor e da fragilidade do consumidor, ainda que, juridicamente, tenham sido previstas normas protetivas voltadas para equilibrar o panorama vigente¹⁰⁴⁰. Mesmo tendo a Lei n. 8.078/90 assegurado o direito básico do consumidor à informação, estipulando, inclusive, que as garantias contratuais devem conter explicações sobre a sua natureza e exercício, na prática, o desrespeito tornou-se rotineiro. Aproveita-se o fornecedor da ausência de previsão expressa sobre o seu dever de esclarecer o consumidor acerca da proteção legal, prevista para os consumidores, diante de vícios que podem acometer os produtos e serviços, bem como da deficitária atuação dos órgãos públicos legitimados, para omitir informações ou apresentá-las truncadas para o público. O quadro detectado tornou-se tão preocupante, que conduziu Hesse a enunciar que “la autonomia privada de uno conduce a la falta de libertad del outro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite”, sendo que o “indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal”¹⁰⁴¹.

No mercado atual, máxime no brasileiro, em que as normas protetivas da categoria consumerista são descumpridas com frequência, predominam formas assimétricas de poder, encontrando-se, em regra, o consumidor em uma posição de debilidade e subordinação estrutural¹⁰⁴². Dessa flagrante realidade, adveio e desenvolveu-se o princípio do *favor debilis* destinado à proteção do mais fraco¹⁰⁴³, ou seja, o consumidor – aquele que, mesmo fomentando o mercado com a aquisição e o uso de bens, não tem sido respeitado como pessoa, sendo tratado, constantemente, como simples engrenagem da máquina econômica. No sistema econômico capitalista mais maduro, acentua Guido Alpa, que a liberdade contratual

¹⁰³⁸ Acerca do tema, consultar: BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010.

¹⁰³⁹ ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001, p. 479.

¹⁰⁴⁰ O consumidor é a parte vulnerável das relações de consumo, reclamando, portanto, uma “intervenção protetiva, quer no sentido de garantir um sistema legal de proteção, quer no de criar organismos que impeçam ou reprimam lesões aos consumidores”. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 206.

¹⁰⁴¹ “a autonomia privada de um conduz à falta de liberdade do outro, desaparece todo fundamento e ultrapassa todo limite”, sendo que o “indispensável equilíbrio deve então ser encontrado por outra via, a da regulação estatal” (traduziu-se). HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 78/79.

¹⁰⁴² REICH, Norbert. *Mercado y Derecho*. Trad. Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985, p. 26-27.

¹⁰⁴³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003, p. 15-16.

do consumidor “funciona apenas numa área bastante reduzida, no vértice, onde se encontram pessoas e grupos dotados de grande poder econômico”¹⁰⁴⁴.

Preservar o equilíbrio de forças entre produtores e consumidores exige que o sistema político-econômico esteja lastreado numa carta das 'liberdades', fundada em um acordo que, segundo Bobbio, tenha como objeto principal “as formas e os limites da obediência, ou seja, a obrigação política e, correlativamente, as formas e os limites do direito de comandar”¹⁰⁴⁵. Ora, para a qualificação de um Estado de Direito, afirma Ernst Benda, “fenómenos tan evidentes de vulneración” devem ser excluídos e, de forma simultânea, “debe hacer frente hoy a posibles arbitrariedades”. O menosprezo pela dignidade humana caracteriza “al Estado no conforme a Derecho”, competindo ao poder público zelar pelo cumprimento dos ditames constitucionais¹⁰⁴⁶.

Organizar a estrutura política de um dado espaço geográfico através de uma Constituição, elencando-se também os direitos e as garantias individuais e coletivos significa, conforme aduz Maurice Hauriou, “establecer en el Estado un orden de cosas, a la vez formal, objetivo y sistemático, que engendra fuerzas de resistencia contra el poder y contra la libertad”¹⁰⁴⁷. Tratando-se de questão conflituosa, como a que envolve fornecedores e consumidores, adverte que “cuando el poder y la libertad son ya vigorosos; uno y otra, además, son fuerzas que crecen por sí mismas, mientras que el orden necesita ser voluntariamente reforzado”¹⁰⁴⁸.

No Brasil, a aplicação do direito do consumidor não pode desconsiderar que a Carta Maior exercerá influência como instrumento de “mediazione/integrazione assi o logico-sociale oggi sostanzialmente irrinunciabile, la forma contemporanea più alta ed evoluta di regalamento della convivenza sociale”- anuncia Spadaro¹⁰⁴⁹. A vulnerabilidade da massa de

¹⁰⁴⁴ ALPA, Guido. Libertà contrattuale e tutela costituzionale. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1995, p. 35-54.

¹⁰⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democrazia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 13-14.

¹⁰⁴⁶ “fenômenos tão evidentes de vulneração” devem ser excluídos e, de forma simultânea, “devem ser adotadas providências frente às possíveis arbitrariedades”. O menosprezo pela dignidade humana caracteriza “o Estado desconforme o Direito”, competindo ao poder público zelar pelo cumprimento dos ditames constitucionais (traduziu-se). BENDA, Ernesto. Dignidade Humana y Derechos de la Personalidad. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2.ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001, p. 124.

¹⁰⁴⁷ “estabelecer no Estado uma ordem de coisas, de modo formal, objetivo e sistemático, que engendra forças de resistência contra o poder e contra a liberdade” (traduziu-se). HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 10

¹⁰⁴⁸ “quando o poder e a liberdade já são vigorosos; um e outro, ademais, são forças que crescem por si mesmas, razão pela qual a ordem necessita ser voluntariamente reforçada” (tradução livre). HAURIOU, Maurice, op. cit., p. 10

¹⁰⁴⁹ “mediação/integração assim lógico-social pressupõe-se substancialmente irrenunciável, a forma contemporânea mais alta e evoluída do regramento da convivência social” (tradução livre). SPADARO, Antonino. Contributo per una Teoria della Costituzione, v. I. *Fra Democrazia Relativista e Assolutismo Etico*. Milano: Dott A Giuffrè Editore, 1994, p. 469.

consumidores denota-se patente diante do poder negocial dos fornecedores, ao ditarem as regras dos contratos padronizados, competindo-lhes apenas a adesão aos termos pré-fixados¹⁰⁵⁰. Cumpre sublinhar que a maioria dos produtos e serviços presentes no mercado de consumo brasileiro são produzidos por empresas estrangeiras, caracterizadas como transnacionais ou multinacionais, que criam filiais locais ou, através de distribuidores, penetram no País. Os equipamentos eletrônicos, os eletrodomésticos e os veículos destacam-se neste cenário e o fornecimento da garantia contratual atenderá às diretrizes daqueles agentes econômicos.

A força de certos agentes econômicos, sediados em âmbito alienígena, tem sido perceptível no Brasil e em diversos outros países em vias de desenvolvimento ou em subdesenvolvimento. Estendendo-se os seus tentáculos financeiros e econômicos, tais agentes impõem exigências e ditam, de modo severo, as regras dos jogos negociais, dando origem à *Lex Mercatoria*, que tenta sobrepor-se, até mesmo, em face da Constituição Federal. Trata-se de uma das vertentes do fenômeno, intitulado por Marcelo Neves, de “Transconstitucionalismo”¹⁰⁵¹.

Partindo da teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, Marcelo Neves analisa o constitucionalismo de forma ampla e crítica, considerando as influências exercidas não somente por entes estatais e não estatais, organismos internacionais e supranacionais, abarcando também os agentes privados que atuam no setor econômico e financeiro. O transconstitucionalismo constitui, segundo o Autor, gênero que comporta problemas jurídicos que perpassam diversos tipos de ordens jurídicas, incluindo relações entre ordens constitucionais e anticonstitucionais. Não se confunde o transconstitucionalismo com o “Interconstitucionalismo”, que constitui uma das suas espécies e que se verifica entre “ordens jurídicas que satisfazem as exigências constitucionais”¹⁰⁵².

Concebendo a sociedade mundial como uma conexão “*unitária de uma pluralidade*” de redes de comunicação compostas por “relações de concorrência” e, ao mesmo tempo, de “complementariedade”, Neves afirma que acoplamentos estruturais e operativos ocorrem com frequência e intensidade, principalmente com a globalização desenfreada¹⁰⁵³. No bojo dessa *unitas multiplex*, empresas transnacionais e multinacionais fixam suas estruturas em diversos

¹⁰⁵⁰ “[...] registram-se situações de virtual sujeição, nas quais as partes contratantes não dispõem realmente da mesma liberdade para tratar ou não uma determinada relação [...]” (tradução livre). UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 303.

¹⁰⁵¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 287.

¹⁰⁵² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 287.

¹⁰⁵³ *Ibidem*, *idem*.

países, dentre os quais o Brasil, e atuam como se não existissem normas constitucionais protetivas dos consumidores, configurando-se uma “relação transversal”.

Ao examinar o desenvolvimento econômico do Brasil, em 1974, Celso Furtado já sinalizava a marcante presença das empresas estrangeiras no setor de produção local e denunciava o poder controlador desses entes no mercado de fornecimento e consumo¹⁰⁵⁴. Reportando-se ao rápido processo de industrialização dos países da periferia, sob a direção dos agentes econômicos dos países cêntricos, Furtado descreve o processo de “miniaturização” de empresas subsidiárias dos países cêntricos e a reprodução dos padrões de consumo. O Brasil, assim como inúmeros outros países, seriam “satélites culturais dos países cêntricos” e, ao invés de criarem condições satisfatórias para a produção e o fornecimento de bens de consumo, ficam à mercê da indústria e do capital estrangeiros¹⁰⁵⁵. Até hoje, infelizmente, o Brasil ainda padece dessa lastimável predominância de empresas estrangeiras e, dessa forma, o problema das garantias dos bens de consumo perpassa pelo grande poder econômico que possuem tais fornecedores.

Nesse marasmo articulado e dominado pelas grandes empresas estrangeiras, os consumidores são induzidos a um verdadeiro “mimetismo cultural” e “colonização ideológica”, para que tentem acompanhar os “standards de consumo da minoria da humanidade”, contidos nos países fortemente industrializados¹⁰⁵⁶. Questiona Furtado que essa ideia constitui, seguramente, “uma prolongação do mito do progresso, elemento essencial na ideologia da revolução burguesa, dentro da qual, se criou a atual sociedade industrial”¹⁰⁵⁷. Nos países periféricos, os planos de produção encontram-se condicionados à conveniência da ação global da empresa” - o que ocorre, com clareza, no Brasil, onde as multinacionais e transnacionais dominam vários segmentos da produção e os que disponibilizam bens de consumo¹⁰⁵⁸.

Tendo o direito do consumidor sido elevado ao status constitucional de direito fundamental, os agentes econômicos locais e estrangeiros, que aqui atuam, não podem se isentar do respeito ao Texto Maior. O que se observa, *a contrario sensu*, mesmo com a proteção constitucional concedida, é o “mito da 'soberania' do consumidor”¹⁰⁵⁹ e a Constituição como uma das “metáforas da semântica social contemporânea”¹⁰⁶⁰. Argumenta

¹⁰⁵⁴ FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Paz e Terra, 1974, p. 16.

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*, p. 27-29.

¹⁰⁵⁶ FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Paz e Terra, 1974, p. 16.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, p. 28.

¹⁰⁵⁸ FURTADO, Celso., *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem*, p. 113.

¹⁰⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 3.

Neves que “a Constituição não pode, portanto, ser caracterizada como uma *mera* metáfora, desvinculada de certas implicações estruturais”, sendo “carente de função ou valor descritivo”¹⁰⁶¹ e, para tal mister, a sua concretude faz-se imprescindível. Ora, se a proteção do consumidor foi qualificada como direito fundamental e pilar fundante da Ordem Econômica, é curial que seja o fornecedor instado a informar ao consumidor sobre a proteção legal existente, não criando óbices com base na alegação de que não existem dispositivos infraconstitucionais expressos que o obriguem a tal atividade.

Longo e espinhoso caminho há que ser percorrido para que se alcance o respeito às normas constitucionais protetivas dos consumidores, uma vez que, no plano fático, tem-se constatado que o ingresso de novas empresas estrangeiras nos mais diversificados ramos da atividade econômica tem sido uma constante. Se os agentes econômicos locais não se preocupam em zelar pelo efetivo respeito ao consumidor, *a fortiori* aqueles que, vindo de outros países e portando o código do dinheiro e do poder, estabelecem as regras mercadológicas, aproveitando-se da fragilidade da população, estigmatizada pelo deficitário processo educacional e informacional e, acima de tudo, frequentemente, pela convivência do Poder Público.

6.3.4 Efeitos do Direito do Consumidor nas Relações Privadas

O direito do consumidor, por possuir matriz constitucional e fundamental, gera efeitos não somente na órbita estatal, expandindo-se também para a esfera particular, atingindo terceiros. Exercendo inegável influência no âmbito privado, o direito do consumidor apresenta eficácia horizontal e não meramente vertical, não suscitando apenas do Poder Público providências para concretizá-lo, pressupondo que os demais sujeitos atuem de modo a respeitá-lo. Os efeitos causados a terceiros não conduz, entretanto, à eliminação ou limitação indevida da autonomia privada.

Questionamentos têm sido formulados quanto à eficácia dos direitos fundamentais no campo privado, vindo Robert Alexy a dissipá-los mediante a análise do sistema jurídico a partir de duas perspectivas fundamentais, quais sejam: como “sistema de normas” e “sistema de posições e relações”. Como sistema de normas, observa-se a estrutura interna do ordenamento jurídico e a sua composição, não se perquirindo sobre as consequências da incidência de tais regras. Quanto às posições e relações decorrentes das normas que o

¹⁰⁶¹ Ibidem, idem.

compõem, o ineludível “efeito irradiador” revela que os direitos fundamentais albergam, não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, representando, também, “uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito”.¹⁰⁶²

A consequência da doutrina da “eficácia externa imediata”, confirma Canaris, arrefece a ideia de que todos os direitos fundamentais “conduzem, *sem mais nem menos*, a proibições de intervenções no âmbito das relações jusprivatistas e a direitos de defesa em face de outros sujeitos jusprivatistas”.¹⁰⁶³ O instituto alemão *Drittwirkung der Grundrechte*, desenvolvido a partir da década de 50, referiu-se, originariamente, à eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros¹⁰⁶⁴. Nas relações entre fornecedor e consumidor, as forças são desequilibradas, estando, de um lado, aquele que, ao produzir massificadamente, consegue manipular o poder econômico; de outro lado, o consumidor que, visto em caráter isolado, frequentemente, enfrenta sérias dificuldades para demandá-lo¹⁰⁶⁵. Impende que os efeitos dos direitos dos consumidores ecoem, com maior tenacidade, no espectro dos fornecedores de produtos e serviços.

A vinculação dos titulares do poder econômico e social aos direitos fundamentais resulta evidente, para Konrad Hesse, “si se tiene en cuenta que la libertad humana puede resultar menoscabada o amenazada no sólo por el Estado, sino también dentro de relaciones jurídicas privadas”¹⁰⁶⁶. Imperioso será não somente admitir a expansão dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais, mas também “cabe garantizá-la eficazmente considerándola como un todo unitario”¹⁰⁶⁷. Para que os amplos efeitos dos direitos fundamentais tenham de fato concretude, devem ser asseguradas as medidas necessárias com vistas a resguardá-los da ação ou omissão arbitrária de terceiros.

¹⁰⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 522.

¹⁰⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 237.

¹⁰⁶⁴ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguai Programa Estado de Derecho para Sudamérica, 2006, p. 30.

¹⁰⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, arts. 5º ao 17º*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 158-159.

¹⁰⁶⁶ “se si tem em conta que a liberdade humana pode resultar menosprezada ou ameaçada não somente pelo Estado, senão também dentro de relações jurídicas privadas” (traduziu-se). HESSE, Konrad. Significado de los Derechos Fundamentales. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001, p. 107.

¹⁰⁶⁷ “cabe garanti-la eficazmente considerando-a como um todo unitário”. Ibidem, idem.

A relevante posição do direito do consumidor encontra arrimo na Constituição Federal Brasileira, em que foi inserido sob a forma de direito fundamental. Quanto ao conteúdo, o direito do consumidor, do mesmo modo que os demais qualificados como fundamentais, possui como pressuposto material o desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma, respeitando-se a sua dignidade e o exercício da cidadania¹⁰⁶⁸. Outrossim, os direitos fundamentais, como normas carregadas de valoração, valem para a ordem jurídica vista como um todo unitário e sistemático, atingindo o direito privado. A dignidade humana, sendo o ponto de partida, atua não como “liberdade do indivíduo isolado e, sim, como livre desenvolvimento da personalidade de homens solidários integrados numa sociedade e responsáveis perante ela”¹⁰⁶⁹. Constatando-se que a *Lex Fundamentalis* precede o direito privado como direito 'ordinário', vincula os atos que emanam das suas normas¹⁰⁷⁰.

A ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na “relação cidadão/cidadão” e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, aduz Alexy, é amplamente aceita. A polêmica instala-se quando se indaga “como e em que extensão elas o fazem”, engendrando-se um “*problema de construção*”¹⁰⁷¹. No próximo capítulo, através dos mecanismos postos à disposição do intérprete do Direito, objetiva-se discorrer sobre o *modus operandi* para se aplicar a eficácia horizontal do direito do consumidor com vistas a arrefecer o dever de o fornecedor bem informá-lo sobre a garantia legal dos produtos e serviços colocados no mercado.

6.3.5 A Proteção do Consumidor como Princípio da Ordem Econômica

A proteção dos interesses e dos direitos dos consumidores integra o rol de princípios que sedimentam a Ordem Econômica do País em virtude da importância reconhecida em sede constitucional. Dispõe o art. 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social, observando-se,

¹⁰⁶⁸ STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

¹⁰⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 279.

¹⁰⁷⁰ NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 248.

¹⁰⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 528.

dentre outros princípios, o da defesa do consumidor. Verifica-se que o inciso IV daquele mesmo dispositivo constitucional agasalha também a livre concorrência como um dos pilares da estrutura econômica brasileira – o que significa reconhecer que o sistema capitalista local terá que conviver com as prerrogativas dos consumidores e a liberdade de mercado.

A ordem econômica, segundo Vital Moreira, pode ser vista sob três sentidos¹⁰⁷². O primeiro refere-se ao “modo de ser empírico de uma determinada economia concreta”, correspondendo a um “conceito de fato” e não um “conceito normativo ou de valor”, caracterizando-se por se referir “não a um conjunto de regras ou normas reguladoras de relações sociais”, mas, sim, a uma “relação entre fenômenos econômicos e materiais”. Em um segundo plano, é expressão que designa o conjunto de todas as normas, qualquer que seja a sua natureza, que “respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica”¹⁰⁷³. Em um terceiro sentido, “ordem econômica” significa “ordem *jurídica* da economia”. A ordem econômica, leciona Manoel Jorge e Silva Neto, “é o plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico”¹⁰⁷⁴.

Constituindo-se a ordem econômica o conjunto de disposições constitucionais que delinea a forma e a operacionalização das atividades no plano da Economia e das Finanças, mediante a prévia delimitação do papel do Poder Público, não poderia deixar de albergar a proteção do consumidor diante da autonomia dos empresários na fixação dos ditames negociais. O objetivo primordial da ordem econômica é “o adensamento das necessidades humanas, cujas carências se submetem ao processo contínuo e ininterrupto de complexização”, devendo o Estado “forcejar pela consecução das indigitadas necessidades, que- repita-se – nunca são estáticas”¹⁰⁷⁵. É importante relembrar que o direito das relações de consumo foi instituído diante da necessidade de que o Estado interviesse nas relações estabelecidas entre consumidores e fornecedores para reequilibrá-las, visto que marcadas por assimetrias indubitáveis. As desigualdades detectadas no plano dos contratos de consumo eram tão flagrantes e gritantes que se tornou imprescindível a atuação do Poder Público através do princípio da intervenção estatal.

¹⁰⁷² MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Centelha: Coimbra, 1973, p. 67-71.

¹⁰⁷³ MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Centelha: Coimbra, 1973, p. 67-71.

¹⁰⁷⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora LTR, 2011, p. 135.

¹⁰⁷⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 849.

Assimetrias nos planos negocial, informacional e tecnológico suscitaram a criação de normas específicas, para a proteção dos consumidores, que não se desvincularam totalmente do Código Civil Pátrio, mas que trouxeram uma garantia diferenciada para aqueles vistos como sujeitos vulneráveis. As regras do jogo contratual são determinadas pelos fornecedores através dos contratos de adesão e, dessa forma, muitas informações não são repassadas para os consumidores, sendo os instrumentos contratuais manipulados unilateralmente por quem os elabora. Ademais, a complexidade e a variedade dos produtos e serviços existentes no mercado fazem com que os consumidores não mais consigam ter o conhecimento da constituição e da configuração desses múltiplos itens.

Com o surgimento, o desenvolvimento e a incrementação da sociedade massificada, o Estado teve assumir um novo papel, passando a atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquecendo suas “funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista” - afirma Eros Grau¹⁰⁷⁶. Essa atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro, sendo que é preservado, porém, “renovado sob *diverso regime*”, visto que o “modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional, são mantidos em sua integridade”¹⁰⁷⁷. No entanto, acrescenta o autor, “em mundo no qual as forças do mercado não estejam sujeitas a um controle ou regulamentação global a paz estará permanentemente em risco”, ou seja, “é necessário que o Estado se empenhe na defesa do capitalismo contra os capitalistas”¹⁰⁷⁸. A defesa dos consumidores é o resultado na intervenção estatal no domínio econômico para reequilibrar as forças desiguais assumidas pelos fornecedores e pelos adquirentes e/ou usuários de produtos e de serviços.

Por outro lado, deve-se atentar que a defesa do consumidor e a livre concorrência são dois princípios que estão interligados continuamente. Havendo disputas legítimas entre os fornecedores no mercado, empreenderão esforços em prol da melhoria e do aperfeiçoamento da qualidade dos produtos e dos serviços, bem como a redução de preços será estimulada, beneficiando-se o consumidor¹⁰⁷⁹. Havendo, assim, ofensa à livre concorrência, “corresponde também maltrato em relação à defesa do consumidor; preservada aquela, será inevitavelmente protegida” - assinala Manoel Jorge e Silva Neto¹⁰⁸⁰. De fato, se a concorrência mercadológica

¹⁰⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45.

¹⁰⁷⁷ *Ibidem*, *idem*.

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*, p. 48.

¹⁰⁷⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 849.

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*, *idem*.

apresenta-se saudável, uma variedade de produtos e serviços serão colocados no âmbito comercial, podendo os consumidores os escolher com maior liberdade de opção e de escolha. Quando a concorrência se encontra limitada ou sufocada por certos agentes econômicos, os consumidores são prejudicados, pois, o mercado não funcionará de modo equilibrado, havendo, o predomínio de determinadas empresas em desfavor de outras.

Não obstante o direito do consumidor e a autonomia do fornecedor integrem os princípios que compõem a Ordem Econômica do País, não se encontram no mesmo plano constitucional, posto que o primeiro possui matriz fundamental e a segunda, não. Em caso de qualquer contradição aparente entre a proteção do consumidor e a liberdade do fornecedor, prevalecerá a primeira. Na realidade, tratar-se-á de um conflito aparente, uma vez que um direito fundamental jamais entrará em litígio com outro bem protegido constitucionalmente, mas que não seja primordial e não esteja elencado no art. 5º da CF/88. Assim sendo, compete ao aplicador do direito compreender a importância do direito do consumidor como pilar da ordem econômica, exigindo a compreensão da Constituição como uma estrutura “progressista” que pressupõe uma interpretação “dinâmica”¹⁰⁸¹. Por certo, aduz Eros Grau, que a ordem econômica na Constituição de 1988 pode “instrumentar mudança e transformação da realidade, até o ponto, talvez, de reconformar a ideologia constitucional e quiçá, em seu devido lugar recolocar o individualismo metodológico”¹⁰⁸². Contudo, tudo dependerá de “quem esteja o Estado a representar, de quais sejam os interesses que o motivam, interesses de grupo ou interesse social”¹⁰⁸³.

Torna-se fundamental que o Poder Público, por intermédio do princípio da intervenção estatal, promova os interesses e os direitos dos consumidores no sentido de educá-los sobre os direitos básicos, assim como que adote providências extrajudiciais ou judiciais para fazer com que os fornecedores o informem acerca da existência da garantia legal dos produtos e serviços. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que, tendo a Constituição Federal feito uso da expressão “defesa”, reconheceu no consumidor “a parte mais vulnerável da relação de consumo”, por conseguinte, “o Estado deve interferir nas relações de consumo para compensar esse desequilíbrio”¹⁰⁸⁴. Não foi por outra razão que o constituinte elegeu o direito do consumidor como um dos princípios da ordem econômica brasileira – a vulnerabilidade daqueles que adquirem ou utilizam produtos e serviços no

¹⁰⁸¹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 367.

¹⁰⁸² *Ibidem*, *idem*.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, *idem*.

¹⁰⁸⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 509.

mercado é patente e inarredável. Imperioso será que as forças mercadológicas convivam com a fragilidade do consumidor sem lhe impor práticas e cláusulas abusivas, não se negando a informá-lo sobre a garantia legal dos bens e muito menos de sanar os vícios existentes.

A solução do problema levantado nesta tese pressupõe a análise da proteção do consumidor como princípio da seara econômica brasileira. Como será visto no derradeiro capítulo desta explanação, compete aos instrumentos que compõem a Política Nacional das Relações de Consumo, trilhar caminho no sentido de promover o direito do consumidor à informação e à educação – o que se coaduna com a presença do Estado para assegurar à parte mais frágil das relações contratuais tratamento digno. O Estado intervém na economia, segundo o art. 174 da Carta Maior, como agente normativo e regulador, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Essa atuação do Estado como agente normativo e regulador, verbera Miguel Reale, é de ser concretizada “com respeito aos princípios que regem a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando a assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”¹⁰⁸⁵.

Intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa, afirma Raul Machado Horta, “que poderá conduzir ao primado de um ou de outro, exprime o clima de ambiguidade e o duplo sentido que percorrem as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira”¹⁰⁸⁶. Liberalismo, intervencionismo e dirigismo econômico refletem as correntes que se debateram na Assembleia Nacional Constituinte, complementa, “e as maiorias eventualmente vitoriosas imprimiram no texto da Constituição a concepção heteróclita da Ordem Econômica”¹⁰⁸⁷. O reconhecimento do regime capitalista, mas também, da necessária justiça social e do respeito aos indivíduos através do princípio da dignidade humana, fez com que a proteção do consumidor fosse inserida no âmbito econômico.

Os princípios que sedimentam a ordem econômica do País, conforme lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, têm como finalidade a existência digna do homem, concluindo que “reflete-se aqui o ensinamento de São Tomás de Aquino, para o qual era essa a própria essência do bem comum”¹⁰⁸⁸. Ora, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é consequência direta dessa concepção, tanto que é composto de normas de ordem pública e de interesse social, conforme estabelece o seu art. 1º. Interpretando-se as normas consumeristas

¹⁰⁸⁵ REALE Jr., Miguel. *Por uma Constituição brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 78.

¹⁰⁸⁶ HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 123.

¹⁰⁸⁷ *Ibidem*, *idem*.

¹⁰⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 78.

existentes nesse diploma, de forma conjugada com a proteção constitucional do consumidor, será possível exigir dos fornecedores que prestem informações abalizadas acerca da existência da garantia legal dos produtos e serviços, devendo também ser promovida a educação dos consumidores.

Com base no princípio da intervenção estatal, oriundo da consagração da proteção do consumidor como direito fundamental e vetor da ordem econômica, o art. 5º do CDC estatui que, para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: I – manutenção de assistência judiciária, integral e gratuita para o consumidor carente; II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento dos consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

Ademais, a Política Nacional das Relações de Consumo, conforme dispõe o art. 4º, caput, do CDC, tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. As metas que integram essa política são decorrentes da previsão da proteção do consumidor como pilar da estrutura econômica brasileira e serão executadas pelos referidos entes através da valorização dos adquirentes e utentes de produtos e serviços como sujeitos que cujos direitos não advêm unicamente de um conglomerado normativo infralegal, mas, principalmente, do altiplano constitucional. Abordar a hermenêutica das normas constitucionais em prol da efetividade do direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos bens diante dos vícios que podem afetá-los não poderia ser concretizada sem que enaltecer a sua proteção como embasamento da Ordem Econômica do Brasil.

6.3.6 Importância e Eficácia do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988

A parte introdutória da Constituição Federal Brasileira de 1988 reúne o “Preâmbulo”, “Princípios Fundamentais” e “Objetivos da República” e, ao se dissertar sobre qualquer tema, o operador do direito não pode se furtar à obrigatória tarefa de realizar uma vinculação do problema *sub oculis* com tais relevantíssimos aspectos. Seguindo essa linha de raciocínio, os

próximos itens servirão para demonstrar o quanto são importantes para a efetiva proteção e a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores¹⁰⁸⁹.

No Preâmbulo da Carta Magna Brasileira, a Assembleia Nacional Constituinte, constituída pelos, à época, representantes do povo brasileiro, informam a instituição de um Estado Democrático, pautado em valores e em fundamentos considerados supremos. A proteção e o exercício dos direitos sociais e individuais, de liberdade, segurança, do bem-estar, desenvolvimento, da igualdade e justiça foram concebidos como valores fundantes de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Como fundamentos, foram elencados a harmonia social e o compromisso, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Considerando-se o conteúdo do Preâmbulo, a defesa do consumidor respalda-se como valor supremo do Estado Brasileiro e, ainda, como fundamento da sua existência, vinculando-se a qualidade dos produtos e serviços e o combate às práticas abusivas com a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça propugnados. Tendo como pilar fundamental a pacificação de conflitos, a solução das infundáveis questões que surgem no campo das relações de consumo insere-se no âmbito dos fundamentos da República Brasileira.

Observe-se que, antes de adentrar no exame dos direitos e das garantias fundamentais, previstos no art. 5º, da CF/88, a singela leitura da parte preambular já permite a identificação da defesa do consumidor como elemento fundamental do processo de estruturação do País. Como o Estado é um constante processo, nas palavras de Adolfo Posada¹⁰⁹⁰, o Brasil não poderia ficar na contramão do progresso, abstendo-se de prover a proteção da categoria consumerista, panorama esse adotado em diversos outros países do mundo. Se as antepassadas constituições brasileiras não trouxeram, em seu bojo, normas específicas sobre a temática, a massificação das relações contratuais, incrementada a partir da revolução industrial, não mais poderia passar despercebida pela constituinte de 1988.

O alcance político e literário do preâmbulo de toda e qualquer constituição é objeto de análise por parte de Jorge Miranda, afirmando o doutrinador lusitano que reflete a opinião do povo “ou o projeto de que a Constituição reúna a sua força; mais do que no articulado, as palavras adquirem aqui todo o seu valor semântico e a linguagem, todo o seu poder simbólico”. O que parece indiscutível – a eficácia preambular de todas as constituições, para a surpresa dos sérios intérpretes, gera divergências, que, segundo Jorge Miranda, confluem em

¹⁰⁸⁹ No que concerne à importância do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ver, por todos, a seguinte obra: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁰⁹⁰ POSADA, Adolfo. *La Nouvelle Constitution Espagnole*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 171.

três principais teses, quais sejam: a da eficácia idêntica à de qualquer outro preceito constitucional; a da irrelevância jurídica; e da relevância jurídica específica ou indireta¹⁰⁹¹.

Não há como concordar com a ideia de que o preâmbulo não pertença ao setor jurídico e seja composto por aspectos meramente políticos, como defende a segunda corrente. Aduz Manoel Jorge Silva e Neto que o preâmbulo constitui “norma constitucional como outra qualquer, diferenciando apenas no que concerne à eficácia jurídica”. É cediço que não se pode atribuir eficácia absoluta nem seria cabível, por outro lado, “extrair-lhe efeitos concretos de sorte a tornar imediatamente operativo o seu comando”¹⁰⁹² - o que não significa concluir que as normas preambulares sejam igualmente ineficazes.

Não se pode negar a importância do preâmbulo, reconhecendo-se a sua relevância, mormente quando se trata da proteção ao consumidor. Nota-se que a estrutura do Preâmbulo do Texto Maior Brasileiro possui direta vinculação com os objetivos e princípios previstos nos artigos 3º e 4º, a serem vistos a seguir. A promoção da defesa do consumidor tem raízes que brotam diretamente dessas normas e que robustecem o arcabouço constante no art. 5º inciso XXXII, da CF/88. A interligação entre todas as normas constitucionais e o conjunto normativo preliminar é de extrema importância.

Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, permeiam a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, de acordo com o art. 3º, incisos I e IV, da CF/88. Tornar-se-ia inviável a consecução de tais finalidades, sem que fosse promovida a proteção dos interesses e direitos dos consumidores, posto que, se não tivessem garantias mínimas com relação à qualidade e à segurança dos produtos e serviços contratados, a igualdade material não estaria assegurada e muito menos a justiça distributiva.

O respeito aos direitos dos consumidores possui estreitos laços com a cidadania e a dignidade da pessoa humana¹⁰⁹³, princípios fundamentais estampados nos incisos II e III do art. 1º do Texto Maior. Assevera Karl Lowenstein que “[...] el Estado asumió completamente, por lo menos en el papel, la responsabilidad social para garantizar una digna existencia a cada

¹⁰⁹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, tomo I, 1993, p. 209.

¹⁰⁹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177.

¹⁰⁹³ Afirma Ingo Sarlet que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 109.

uno de sus ciudadanos”¹⁰⁹⁴. O microssistema consumerista deriva diretamente dos mandamentos constitucionais, em virtude do fato do plexo de normas cíveis não mais atender aos anseios dos adquirentes ou utentes de produtos e serviços. Os princípios e objetivos constitucionais exercem influência expressa na materialização dos direitos fundamentais, que são a “base axiológica e lógica sobre a qual se assenta o ordenamento jurídico”¹⁰⁹⁵.

Exercem os princípios, salienta Canotilho, uma dupla função “negativa” e “positiva” particularmente relevantes, evitando, sob o primeiro vetor, 'excesso de poder' e “‘informando’, materialmente, os actos dos poderes públicos” através do segundo¹⁰⁹⁶. Fornecem diretivas materiais para a interpretação das normas constitucionais e vinculam o legislador ordinário, “de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais”¹⁰⁹⁷. Criou-se um aparato normativo específico em prol dos consumidores, mesmo já vigorando normas cíveis sobre obrigações e contratos, exatamente, em decorrência dos flagrantes e constantes desrespeitos em prejuízo daqueles, sendo também o regramento existente considerado como insuficiente para a efetiva proteção¹⁰⁹⁸.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios fundamentais que orientarão todo o ordenamento jurídico e não somente a estrutura e o funcionamento dos órgãos públicos. Leciona Konrad Hesse que eles ordenam “todas las esferas de vida esenciales para la convivencia, precisamente porque dichas esferas son circunstanciales a la vida del conjunto y se encuentran indisolublemente conectadas con el orden político [...]”¹⁰⁹⁹. Os princípios e objetivos constitucionais nortearão as normas consumeristas e, *ipso facto*, essas contribuirão para que a autonomia privada e sua manifestação mais visível, a liberdade contratual,

¹⁰⁹⁴ “[...] o Estado assumiu completamente, pelo menos no papel, a responsabilidade social para garantir uma digna existência a cada um dos seus cidadãos”. LOWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Phoenix Books. 2.ed. The University of Chicago Press, 1965, p. 67.

¹⁰⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 192.

¹⁰⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 171-2.

¹⁰⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 171-2.

¹⁰⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? - A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno”. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis S. (orgs.). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108-115, p. 114.

¹⁰⁹⁹ “todas as esferas da vida essenciais para a convivência, precisamente porque ditas esferas são circunstanciais para a vida do conjunto e se encontram indissolublemente conectadas com a ordem política [...]” (tradução livre). HESSE, Konrad. *Constitución y Derecho Constitucional*. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Drecho Constitucional*. 2.ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001, p. 5.

encontrem seu “fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo própria responsabilidad de la vida y de la personalidad”¹¹⁰⁰.

A dignidade do consumidor, na condição de pressuposto essencial, servirá para que a justiça social seja perseguida, verberando Florés-Valdez que a pessoa, ante o Direito, “há llegado a dar expresión unívoca a una dignidad que no es susceptible de medida ni de variabilidad; toda persona, por serlo, tiene el mismo coeficiente de dignidad”¹¹⁰¹. A todo momento, em qualquer oportunidade em que se pretenda defender os consumidores, a parte introdutória da Carta Magna Brasileira terá que ser evocada, de modo a preservar o ideal de constituição de um núcleo social fundado nos valores da lídima justiça social. Recorrer à Consituição Federal para a solução do problema que se apresenta nesta tese importa na sua análise como um todo, não ficando o aplicador do Direito retido apenas às malhas dos arts. 5º, inciso XXXII, e 170, V. Os enunciados constitucionais que compõem o Preâmbulo da Carta Maior não podem deixar de ser considerados, para demonstrar-se o quanto o consumidor merece respeito em conformidade com os princípios e objetivos gerais desta República.

6.4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

Emanam do Código de Proteção e Defesa do Consumidor princípios que servem para nortear os liames jurídicos formalizados nesta seara, sobretudo, o direito à informação. São diretrizes que decorrem do microssistema consumerista e que colaboram para a análise dos conflitos existentes e para a interpretação das normas condizentes com a matéria, como assevera Ricardo Maurício Freire Soares¹¹⁰². No âmbito consumerista, destacam-se os princípios da vulnerabilidade, da transparência, do equilíbrio ou harmonia, da solidariedade e da intervenção estatal.

Os princípios são, tanto quanto as regras, “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”- leciona Robert Alexy¹¹⁰³. Para distingui-los, o critério mais utilizado é a generalidade, constituindo-se os princípios normas “com grau de generalidade relativamente alto”, enquanto as regras apresentam um grau “relativamente

¹¹⁰⁰ “fundamento e seus limites na ideia da configuração da própria responsabilidade da vida e da personalidade” (tradução livre). HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 78/79.

¹¹⁰¹ “há llegado a dar expressão unívoca a uma dignidade que não é suscetível de medida nem de variabilidade; toda pessoa, por sê-lo, tem o mesmo coeficiente de dignidade”. FLÓREZ-VALDEZ, J. A. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 147.

¹¹⁰² SOARES, R. M. F. *A nova interpretação do código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. 117 p.

¹¹⁰³ FLÓREZ-VALDEZ, J. A. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 87.

baixo”. São normas ou mandamentos de otimização que ordenam que algo seja realizado “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹¹⁰⁴.

Em primeiro plano, os princípios funcionam como critérios de interpretação e de integração, contribuindo para a coerência geral ao sistema¹¹⁰⁵. Exercem também uma “função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem” - afirma Jorge Miranda¹¹⁰⁶. Exercerão aqueles princípios funções que auxiliarão na interpretação das normas presentes no CDC, sobre o direito do consumidor à informação quanto à garantia legal dos produtos e serviços, contribuindo para a coesão do microsistema consumerista se fortaleça¹¹⁰⁷.

Por intermédio dos princípios retro mencionados e das normas que protegem o consumidor, apreendidos mediante uma hermenêutica crítica, será possível exigir do fornecedor, independentemente de qualquer alteração legislativa, que preste informações sobre a garantia legal dos produtos e serviços. Nos próximos itens, serão abordados os princípios que ecoam no CDC, realizando-se sempre uma conexão com o dever de o fornecedor bem informar ao consumidor.

6.4.1 Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

O princípio da vulnerabilidade, também intitulado de *favor debilis*, tem previsão no art. 4º, inciso I, da Lei n. 8.078/90, sendo considerado o núcleo basilar do microsistema consumerista. A criação de um diploma legal específico para reger as relações entre consumidores e fornecedores decorreu da alarmante vulnerabilidade daqueles diante da superioridade destes¹¹⁰⁸. O princípio da vulnerabilidade ocupa um espaço extremamente amplo no universo das relações de consumo, estando sempre presente para que se defina pela aplicação ou não do CDC, conforme acentua Ricardo Maurício Freire Soares¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁴ Ibidem, p. 90.

¹¹⁰⁵ Ibidem, idem.

¹¹⁰⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, v. 2, p. 226-227.

¹¹⁰⁷ Joseph Esser e Ronald Dworkin equiparam os conceitos de regras e princípios, a generalidade desses é apenas nota distintiva. ESSER, Joseph. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 64-67; DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 72-80.

¹¹⁰⁸ Sobre o tema, consultar: MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*. O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹¹⁰⁹ SOARES, R. M. F. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. *Informativo Pro Omnes*, 2003. Sobre o assunto, examinar também: SOARES, R. M. F. A Dimensão Principiológica do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 8, p. 29-39, 2008.

É manifesto o desequilíbrio entre consumidor e fornecedor nas relações jurídicas que travam entre si, conduzindo Bruno Miragem a afirmar que a vulnerabilidade informa “se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas”¹¹¹⁰. Na realidade, o legislador instituiu um diploma legal específico para a tutela do consumidor, atendendo aos ditames constitucionais, objetivando a proteção de uma categoria mais débil em relação ao grupo fornecedor¹¹¹¹. O CDC é uma lei *rationae personae* voltada para a “proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo”¹¹¹².

Ser consumidor já induz o seu quadro de vulnerabilidade diante da presunção legal absoluta que o princípio sedimenta. Se todo consumidor é vulnerável, é preciso delimitar em que consiste a vulnerabilidade, visto que, na qualidade de princípio, a generalidade é a sua marca indelével. Na tentativa de definição do que venha a ser vulnerabilidade, dois aspectos, de imediato, vêm à tona: a *diferenciação com a hipossuficiência*; e as *espécies que são passíveis de identificação*.

Hipossuficiência é a característica que se refere a todas as pessoas que não dispõem de recursos econômicos e financeiros para prover o sustento com equilíbrio e satisfação, enfrentando, conseqüentemente, dificuldades para o acesso à justiça. A Lei n. 1.060/50, ao tratar da concessão de assistência judiciária aos necessitados, menciona as pessoas hipossuficientes. Enquanto a vulnerabilidade presume-se com relação a todo e qualquer consumidor, a hipossuficiência é uma marca visível apenas nos casos em que existe uma flagrante fragilidade econômica do cidadão em prover os aspectos processuais necessários para a defesa dos interesses e direitos, sem gerar prejuízos para si e para a sua família.

Vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem, podendo a primeira ser visualizada como um círculo amplo, contendo diversos aspectos que serão examinados a seguir, enquanto a segunda pode estar inserida ou não nesse âmbito, ou seja, um consumidor pode ser, ao mesmo tempo, vulnerável e hipossuficiente, quando não detiver os recursos necessários para o equilibrado acesso à justiça. No entanto, o consumidor sempre será visto como um ente vulnerável diante da sua fragilidade no mercado, conquanto não seja hipossuficiente.

¹¹¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

¹¹¹¹ Sobre o assunto, consultar: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012.

¹¹¹² Aduz ainda que “Com fundamento no princípio da vulnerabilidade, em geral o âmbito de aplicação das normas de proteção do consumidor pode ser restringido ou ampliado. Em face do princípio da vulnerabilidade é possível restringir a aplicação da legislação protetiva apenas para os destinatários finais da relação de consumo (critério para definição de consumidor do art. 2º do CDC)”. MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 62.

A vulnerabilidade é “um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos”, leciona Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin. Já hipossuficiência é “marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores”. Por seu turno, enquanto a vulnerabilidade do consumidor “justifica a existência do Código”, a hipossuficiência “legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, III)”¹¹¹³.

Não obstante vulnerabilidade e hipossuficiência serem institutos jurídicos distintos, grande parcela da doutrina e diversas decisões judiciais têm associado os termos para fins de decretação da inversão do ônus da prova¹¹¹⁴. É que o art. 6º, inciso VIII, do CDC, estabelece a hipossuficiência como um dos requisitos para a aplicação da inversão do ônus da prova, conduzindo ao entendimento de que tal termo envolveria aspectos que são peculiares à vulnerabilidade. Quando o consumidor não se apresente carente de recursos econômicos, tem-se entendido que a vulnerabilidade, por estar inserida no conceito de hipossuficiência, possibilitaria a inversão.

Entende-se que, na realidade, toda essa celeuma tem sido gerada em razão de uma exegese literal da lei, visto que a inversão do ônus da prova deverá ser decretada todas as vezes em que se fizer necessária, sem vincular-se ao estado de hipossuficiência ou não do consumidor. Outrossim, ainda que a vulnerabilidade do consumidor seja presumida, nem sempre a inversão probatória deve beneficiá-lo, a não ser que se faça necessária de acordo com a teoria da distribuição dinâmica¹¹¹⁵. Assim sendo, não há necessidade de se confundir a vulnerabilidade com a hipossuficiência, para que a inversão da carga probatória seja obtida.

A vulnerabilidade pode ser analisada levando-se em consideração sete principais vertentes: os *aspectos intelectual, cognoscitivo, biopsíquico, cultural e político*; a *sociabilidade*; e os *efeitos deletérios da produção/consumo exacerbado*. Tratando-se de princípio basilar das relações de consumo, pressupõe um exame acurado de todos os seus vértices para que se possa melhor compreender os motivos pelos quais a proteção do consumidor foi erigida ao pedestal de direito fundamental pela Constituição Federal

¹¹¹³ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 224 e 225.

¹¹¹⁴ Consultar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1260584 / RJ (2009/0244040-4) julgado, em 22/11/2011, pela Quarta Turma do STJ.

¹¹¹⁵ PEYRANO, Jorge; WHITE, Inés Lépori. (Coords.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/a.

Brasileira, sendo disciplinada em diploma legal específico¹¹¹⁶.

No que diz respeito ao *aspecto intelectual*, são vislumbradas a *vulnerabilidade informacional* e a *vulnerabilidade educacional*. A incidência dos contratos de adesão no âmbito negocial não mais possibilitou ao interessado participar da elaboração do seu conteúdo. Detendo o fornecedor o poder de ditar o conteúdo do contrato, a prestação de informação ao consumidor tornou-se debilitada, visto que, frequentemente, sequer tem acesso ao instrumento padronizado e, mesmo quando o recebe, não consegue dirimir os seus termos, ainda que abusivos¹¹¹⁷. O balcão do comerciante é como uma cortina que impede seus olhares de penetrarem nessas regiões em que os preços são elaborados – assinala Maurice Halbwachs¹¹¹⁸.

É aquela vulnerabilidade informacional que conduz à necessidade de serem evocadas as normas constitucionais para que o fornecedor seja instado a esclarecer o consumidor sobre a garantia legal. Assevera Alexandre Malfati que “o fornecedor terá um dever constitucional (obrigação) de informar o consumidor; e o consumidor terá um direito constitucional (direito fundamental) de ser informado”¹¹¹⁹. A vulnerabilidade educacional decorre do fato de, no Brasil, os indivíduos não buscarem obter orientações sobre os direitos básicos que possuem como consumidores na seara formal. As instituições de ensino, públicas e privadas, que ministram o ensino fundamental, médio ou universitário, não trazem, em seus currículos e programas, as citadas noções elementares.

Com relação ao *aspecto cognoscitivo*, que se refere à capacidade e ao poder de conhecimento e de compreensão do sujeito, tem-se a *vulnerabilidade técnica* e a *vulnerabilidade jurídica*. Devido ao alto grau de evolução científica e tecnológica, os produtos e serviços são dotados de uma notável complexidade, não tendo todo e qualquer consumidor a habilidade técnica para apreender a sua constituição ou realização. É o que denomina Cláudia Lima Marques de “vulnerabilidade técnica” – “hipótese na qual o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que adquire

¹¹¹⁶ Ricardo Lorenzetti trata também do princípio quanto ao momento em que se manifesta, referindo –se à “vulnerabilidade atual” e “potencial”, bem como levando em consideração a dimensão dos atingidos, apontando a “vulnerabilidade geral (estrutural)” ou “especial (conjuntural)”. Entende-se que se o princípio da vulnerabilidade possui caráter absoluto, havendo presunção *jure et jure*, sempre estará presente nas relações de consumo, sendo tais aspectos apenas características que não geram novas espécies. LORENZETTI, Ricardo L. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003, p. 87.

¹¹¹⁷ Sobre o tema, consultar: ANSART, Pierre. *Ideologias, conflito e poder*. Trad. Aurea Weissenberg. Rio de Janeiro: Zahar, 1977, p. 245.

¹¹¹⁸ HALBWACHS, Maurice. *Memória Coletiva*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro Editora, 2006. p. 180.

¹¹¹⁹ Sobre o assunto, ver: MALFATTI, Alexandre David. *Direito-Infomação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 408.

ou utiliza em determinada relação de consumo”. Deve-se exigir do fornecedor que informe o consumidor de modo condizente com o produto ou serviço que opte por adquirir ou contratar, com base em “o *duty of care* presente no direito norte-americano”¹¹²⁰.

A vulnerabilidade jurídica advém da ausência de conhecimento pelo consumidor sobre os direitos e deveres inerentes às relações de consumo, bem como da não compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra¹¹²¹. Assevera Cláudia Lima Marques que tal espécie de vulnerabilidade inclui também a ausência de conhecimento por parte do consumidor sobre noções de economia ou contabilidade. No Brasil, o ensino fundamental e secundário não ministra noções básicas sobre os direitos e deveres do consumidor, dificultando que os sujeitos, desde cedo, tenham uma mínima noção do seu papel no mercado de consumo¹¹²². Do mesmo modo, as instituições de ensino superior não inserem tais noções nos seus currículos e os cursos jurídicos, nem sempre, qualificam a disciplina Direito das Relações de Consumo como obrigatória¹¹²³.

Quanto ao *aspecto biopsíquico*, podem ser vislumbradas a *vulnerabilidade psíquica*, a *vulnerabilidade emocional* e a *vulnerabilidade etária*¹¹²⁴. Os consumidores que já apresentam alguma espécie de tendência à aquisição e uso exagerado de produtos e serviços terminam sendo afetados com os sedutores apelos de marketing. Atualmente, muitos indivíduos estão acometidos por transtornos obsessivos compulsivos voltados para a compra desenfreada de bens de consumo¹¹²⁵. Sob o aspecto emocional, mesmo aqueles consumidores que não estejam afetados por transtornos psicológicos ou psiquiátricos sofrem com as constantes pressões exercidas pela mídia. Publicidades e propagandas são instrumentos utilizados frequentemente, pelos fornecedores para tentarem aumentar o público demandante e, ainda que o consumidor não tenha interesse por certo bem, aquelas lhes são apresentadas.

¹¹²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

¹¹²¹ *Ibidem*, p. 148.

¹¹²² Para Bruno Miragem “A vulnerabilidade jurídica é presumida com relação ao consumidor não especialista, pessoa natural, não-profissional, a quem não se pode exigir a posse específica destes conhecimentos. Todavia, com relação ao *consumidor pessoa jurídica*, é razoável exigir-lhe o conhecimento da legislação e das consequências econômicas dos seus atos, daí porque a presunção neste caso, ainda que se trate de presunção relativa (*iuris tantum*) é de que deva possuir tais informações”. MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 63.

¹¹²³ Na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, a disciplina era obrigatória, passando a tornar-se optativa para os ingressos em 2011.

¹¹²⁴ Dispõe o art. 227 da CF/88 que é dever da família, da sociedade e do Estado zelar pelos direitos das crianças e adolescentes. O art. 17 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) também reitera tal dever.

¹¹²⁵ Sobre o tema, consultar: MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor. O Princípio da Vulnerabilidade no Contrato, na Publicidade, nas demais Práticas Comerciais*. 3. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A vulnerabilidade etária, também conhecida como agravada¹¹²⁶, incide principalmente sobre as crianças e os idosos em razão desses apresentarem uma fragilidade maior de compreensão das regras que irão compor os contratos. Em decorrência da situação da debilidade visível, a Constituição Federal¹¹²⁷ trata especificamente de tais categoriais, tendo sido editados diplomas específicos para protegê-las: tratam-se, respectivamente, das Leis Federais n^{os} 8.069/90 e 10.741/03¹¹²⁸. O CDC, no art. 37, parágrafo 2º, qualifica como abusiva a publicidade que venha aproveitar-se da deficiência de julgamento da criança, e o seu art. 39, inciso IV, considera prática abusiva prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade e conhecimento¹¹²⁹.

Dentro do *aspecto cultural*, observa-se a vulnerabilidade resultante do “*predomínio cultural*”; e a vulnerabilidade decorrente da “*homogeneização*”. A primeira resulta da força exercida pelos agentes privados internacionais que procuram impor a necessidade de uso de certos produtos e serviços que, nem sempre, são necessários, mas que, por estarem na “moda”, terminam integrando o rol das demandas dos povos, principalmente, os subdesenvolvidos e os em via de desenvolvimento. A segunda pode ser visualizada quando os usos e costumes de uma classe dominante sobrepujam os das mais fragilizadas, tudo isso com o fito de fazer com que o consumo de bens seja mais desejado por aqueles que estão em uma posição inferior.

Quanto à *sociabilidade*, destacam-se a vulnerabilidade *organizacional* e a vulnerabilidade *associativa*. Diante do individualismo que caracteriza a sociedade pós-moderna, os consumidores não se organizam facilmente em entidades que possam defender os seus interesses e direitos, havendo uma desagregação da sociedade civil quanto a tal propósito. Quando alguns indivíduos resolvem instituir associações ou fundações para que os seus interesses e direitos possam ser promovidos e respeitados, nem sempre conseguem adesão facilitada, pois os demais, em geral, estão preocupados com os seus problemas e questões individuais e não com uma visão solidária e conjunta.

¹¹²⁶ Verificar, por todos, a abordagem de Cláudia Lima Marques acerca do assunto: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹¹²⁷ Dispõe o art. 230 da CF/88 que “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

¹¹²⁸ Idoso é toda pessoa com idade igual ou maior de 60 (sessenta) anos, conforme o art. 1º da Lei 10.741/2003.

¹¹²⁹ Em 1982, foi aprovado o Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento (convocada em 1978 pela Resolução 33/52 da Assembleia Geral da ONU). O plano de ação aprovado pela Segunda Assembleia Mundial sobre Envelhecimento de Madrid, em 2002, estabeleceu a necessidade de proteção contra fraudes em desfavor do consumidor idoso. BRASIL. Plano de ação internacional para o envelhecimento. II Assembleia Mundial de Envelhecimento realizada de 8 a 12 de abril de 2002, em Madri, promovida pela ONU. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, 2003, p. 71-72.

Sob o cunho *político-jurídico*, tem-se a *vulnerabilidade participativa* nos centros decisórios públicos; *vulnerabilidade legislativa*¹¹³⁰; e a *vulnerabilidade judicial*. Diante da deficitária organização da sociedade civil para a defesa dos direitos dos consumidores, não há uma incursão de entidades nem de grupos informais nos diversos centros decisórios que integram os poderes públicos, nas esferas federal, estadual e municipal. Ademais, no campo legislativo, assevera Paulo Valério Dal Pai Moraes, enquanto os fornecedores, através dos seus entes associativos e sindicais, exercem fortes pressões, os consumidores, desorganizados e fragilizados pelo individualismo, não conseguem ter voz ativa. Por outro lado, a morosidade e a letargia do aparato jurisdicional são estigmas que prejudicam o andamento das demandas individuais e coletivas propostas em prol dos consumidores e a falta de coesão da categoria não favorece a amenização desse alarmante quadro.

Por fim, diante dos *efeitos deletérios da produção/consumo exacerbado*, podem ser constatadas a *vulnerabilidade ambiental*¹¹³¹; e a *vulnerabilidade econômico-financeira*¹¹³². Quanto mais se consome de forma desmedida e desnecessária, atendendo-se aos incentivos arbitrários provocados pelo sistema capitalista, mais se prejudica o meio ambiente. Por outra via, o consumo intenso e, nem sempre necessário, tem gerado o desequilíbrio no orçamento dos sujeitos, gerando o fenômeno do superendividamento .

6.4.2 Princípio da Transparência

O princípio da transparência significa que o fornecedor agir de tal forma que todos os aspectos que sejam do interesse do público consumidor não fiquem resguardados sob o manto do sigilo e da obscuridade. Ele envolve o próprio direito do consumidor à informação, mas é

¹¹³⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*. O Princípio da Vulnerabilidade no Contrato, na Publicidade, nas demais Práticas Comerciais. 3. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125.

¹¹³¹ Sobre o tema, consultar: DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental*. Perspectivas para a educação corporativa. 2. ed. São Paulo: Senac, 2013; LOPES, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coords.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013; LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹¹³² COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento*. A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006; MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988.

muito mais abrangente, expandindo-se para albergar não somente a conduta ativa do fornecedor em esclarecê-lo, mas, também, o dever de não ocultar aspectos. O princípio da transparência exige que, mesmo nas situações em que o fornecedor não esteja obrigado a prestar informações ao consumidor, não omita dados acerca da atividade negocial.

A transparência, como todo e qualquer princípio, apresenta uma generalidade que é indissociável dos valores que lastreiam o sistema jurídico, como pondera Karl Larenz¹¹³³. Não há como dicotomizar princípios jurídicos e a tábua valorativa que os sedimenta, e a transparência não pode ser analisada sem que se faça constante remissão à ética nas relações negociais. Na sociedade atual, em que as forças mercadológicas se sobrepõem aos interesses da coletividade, aduz Kloepfer que é “na informação que está o poder e a sua falta é um minus”¹¹³⁴.

Em decorrência da magnitude do princípio, tanto o sistema do *comom law* quanto do *civil law* o valorizam sobremaneira. Norbert Reich e Annette Nordhausen, no percurso da análise das Diretivas Europeias sobre a proteção e a defesa do consumidor, elucidam que a transparência significa clareza redacional nos negócios jurídicos e uso de linguagem compreensível e inteligível¹¹³⁵. Nesse mesmo sentido, posicionam-se Ricardo Lorenzetti e Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin quando examinam as normas consumeristas que, respectivamente, vigoram na Argentina e no Brasil¹¹³⁶.

A partir do princípio da transparência, podem ser observados múltiplos deveres de conduta, dentre os quais, a prestação de informações sobre a proteção legal do consumidor diante dos vícios que atinjam produtos e serviços. As relações entre consumidores e fornecedores, como do conhecimento geral, são marcadas por uma “estrutural assimetria informativa”, justificando a imposição de “deveres positivos de informação, de acordo com parâmetros quantitativos e qualitativos”¹¹³⁷. Da exigência de transparência, pontua Joaquim de Sousa Ribeiro, resulta um conjunto diversificado de deveres procedimentais que recaem sobre aquele que comercializa um produto no mercado, “visando colmatar os défices informativos de que, por razões objectivas, padece a contraparte”¹¹³⁸. Desse modo, a transparência tem, fundamentalmente, a ver com “a quantidade e a qualidade e informação

¹¹³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1991, p. 123.

¹¹³⁴ KLOEPFER, Michel. *Informationsrecht*. Munique: Beck, 2002, p. 128.

¹¹³⁵ REICH, Norbert; NORDHAUSEN, Annette. *Verbraucher und Recht im elektronischen Verkehr* (eG). Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 1-4.

¹¹³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, p. 145.

¹¹³⁷ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 61.

¹¹³⁸ *Ibidem*, *idem*.

que aquele contraente tem que fornecer a este”¹¹³⁹.

O consumidor deve ter acesso a todas as possíveis informações sobre os produtos e serviços, não importando apenas a quantidade do conjunto de dados, sendo também fundamental a qualidade daquilo que é comunicado. É o chamado dever de informação qualificada, não sendo aceitável que qualquer alegação seja dita ou afirmada, devendo a seriedade e a veracidade sempre predominar. Alerta Joaquim de Sousa Ribeiro que a transparência deve ser vista como subprincípio da boa fé, fazendo com que o conteúdo preceptivo do negócio seja regido pelo padrão de normalidade, respeitando-se as qualidades essenciais ao fim a que a coisa se destina¹¹⁴⁰.

Quando o consumidor decide adquirir certo produto ou contratar determinado serviço, acredita que está executando um bom negócio e que o fornecedor irá informá-lo sobre tudo o que for cabível e possível¹¹⁴¹. Havendo ocultação de aspectos e dados que deveriam ser informados ao consumidor e deixados à disposição deste para análise, a boa fé objetiva será aviltada. A veracidade, a objetividade e a suficiência das informações sobre os negócios de consumo devem acompanhar a fase pré-contratual, todo o liame estabelecido e a etapa posterior¹¹⁴².

A transparência requer informações disponíveis para o público consumidor, não somente na fase da publicidade- quando o fornecedor pretende atrair o consumidor- mas, principalmente, nas etapas posteriores, a fim de que a boa fé do adquirente ou utente não seja violada¹¹⁴³. Informando devidamente ao consumidor, o fornecedor estará promovendo o equilíbrio contratual, agindo de forma solidária e dentro dos meandros da ética. Se esclarecer ao público o conteúdo da garantia legal, não se limitando a declinar apenas o da garantia contratual, estará o fornecedor sendo transparente e colaborando para que outros princípios sejam atendidos. Por outro lado, os órgãos públicos competentes devem instituir mecanismos para a educação dos consumidores acerca dos seus direitos básicos.

¹¹³⁹ Ibidem, idem.

¹¹⁴⁰ Ibidem, p. 171.

¹¹⁴¹ Com relação ao direito do consumidor à informação, consultar, por todos, as seguintes obras: BEAUCHARD, Jean. *Droit de la distribution et de la consommation*. Paris: PUF, 1996; FERRIER, Didier. *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1996; GUESTIN, Jacques. *L'utile et le juste dans le contrat*. *Recueil Dalloz*, Paris, Dalloz, 1º caderno, Chronique, p. 1-10, 1962; L'HEUREUX, Nicole. *Droit de la consommation*. 4. ed. Québec: Les Editions Yvon Blais, 1993.

¹¹⁴² LOVECE, Graciela; OCIO, Alejandro Mario García. *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 17.

¹¹⁴³ Ibidem, idem.

6.4.3 Princípios do Equilíbrio, da Solidariedade e a Cláusula Geral da Boa-fé

Objetiva

Diante da flagrante assimetria no mercado de consumo, causada pela desigualdade das posições assumidas pelos fornecedores e consumidores, providências inadiáveis devem ser empreendidas para que a mínima harmonia seja resgatada. Os princípios do equilíbrio¹¹⁴⁴ e da solidariedade¹¹⁴⁵ são fundamentais para que a *justiça proporcional* ou *distributiva* (*análogon dikáion*), defendida por Aristóteles, possa ser alcançada¹¹⁴⁶. O reequilíbrio da situação fática de desigualdade vivenciada no âmbito das relações de consumo torna-se tarefa de inegável relevância para se proteger o vulnerável¹¹⁴⁷.

No atual panorama das relações de consumo, consumidores não detêm informações específicas sobre a proteção legal constante no CDC e desconhecem os seus direitos básicos. De outra banda, os fornecedores, ao concederem a garantia contratual para produtos e serviços ofertados no mercado, não tratam da garantia legal ou implícita e, aproveitando-se da ausência de norma expressa na Lei n. 8.078/90 que imponha esse dever, transmitem informações truncadas, incompletas ou inverídicas. Isso causa um desequilíbrio nas relações contratuais que requer sérias e urgentes providências à luz das normas constitucionais e de uma interpretação crítica do próprio microsistema consumerista.

Para haver o equilíbrio nas relações de consumo, as partes contratantes devem atuar de forma solidária, com base no princípio específico sobre o assunto. A solidariedade encontra fundamento no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal e, segundo Comparato, vincula-se à ideia de “responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano, para o fundamento ético da justiça distributiva e da socialização dos riscos normais da existência humana¹¹⁴⁸.

Propugna Comparato um “roteiro de humanização do mundo” através da seguinte cartografia: em oposição ao *individualismo excludente*, que o espírito da nova civilização seja irradiado pela *fraternidade universal* e a organização de uma *humanidade solidária*, “onde se editem, enfim, 'na paz, leis iguais, constantes, que aos grandes não dêem o dos pequenos’”¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁴ Examinar: ALPA, Guido. *I Diritto dei Consumatore*. Milano: CEDAM, 1998, p. 75.

¹¹⁴⁵ Ver: ATIYAH, P. S. *Promises, Morals, and Law*. New York: Claredon Paperbacks, 2003, p. 76.

¹¹⁴⁶ ARISTOTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. J. Tricot. São Paulo: Martins Claret, 2000.

¹¹⁴⁷ L'HEREUX, Nicole. *Droit de la consommation*. 4. ed. Québec. Editions Yvon Blais, 1993, p. 16-17.

¹¹⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 745-746.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*, *idem*.

Finaliza o citado autor afirmando que “ainda é tempo de mudar a rota e navegar rumo à salvação. (...) A chama da liberdade, da igualdade e da solidariedade haverá de iluminar a Terra inteira”. Dessa forma, reconhece todos os aspectos negativos que afetam a construção de uma nova realidade, mas não desamina e, *a contrario sensu*, estimula a todos para participarem, cativando o leitor e fazendo-o pensar e agir como um cidadão consciente.

De grande importância para o reequilíbrio das relações contratuais entre fornecedores e consumidores, o princípio da solidariedade pode e deve ser evocado para fomentar o direito à informação sobre a garantia legal dos produtos e serviços. Se se defende que as partes contratantes atuem de modo colaborativo e não egoístico, não se pode deixar de argumentar que os fornecedores possuem o dever de não omitirem informações dos consumidores no que concerne à proteção legal prevista no CDC, a despeito das normas legais constantes neste não trazerem conteúdo direto e expresso neste sentido. A interpretação das disposições legais que constituem a Lei n. 8.078/90 não pode ser concretizada de forma isolada sem considerar que o direito do consumidor é de natureza fundamental, conforme estatui a Constituição Federal.

A cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil Pátrio, já havia sido consagrada na Lei n. 8.078/90, como se pode inferir pela análise dos arts. 4º, III, e 51, inciso IV, e parágrafo 1º, inciso I. As origens da boa-fé objetiva podem ser localizadas no parágrafo 242 do Código Civil Alemão de 1900 (BGB), irradiando-se para os ordenamentos jurídicos dos demais países. Trata-se de instituto jurídico que permite, com base em uma concepção axiológica, estabelecer deveres jurídicos não expressos na lei ou no contrato através da inserção da ética no setor obrigacional.

Difere-se da boa-fé subjetiva, visto que essa se vincula ao estado psicológico dos sujeitos, enquanto aquela analisa a moralidade média que vige em determinado espaço e tempo para definir deveres outros não consubstanciados expressamente nos negócios jurídicos de natureza consumerista nem, tampouco, no corpo das leis. A boa-fé objetiva, segundo Karl Larenz, tem por finalidade zelar pela fidelidade das partes entre si e não frustrar a confiança, evitando-se que interesses egoísticos sobrepujem a regularidade contratual¹¹⁵⁰.

De acordo com a doutrina alemã, a boa-fé objetiva constitui-se em uma “medida objetiva (*objektive Masstab*)”, ou paradigma de conduta para os contratantes e um instrumento que auxilia o magistrado na tomada de decisão (*Entscheidungsmaßstab*)¹¹⁵¹. A *boa-fé objetiva* é um *standard*, nos dizeres de Cláudia Lima Marques, “um parâmetro

¹¹⁵⁰ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 142.

¹¹⁵¹ JAUERNING, Othmar et alii. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 7. ed. Munique: Beck, 1994, p. 98.

objetivo, genérico, um patamar geral de atuação do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada”. É uma cláusula geral, segundo a qual o julgador poderá valorar a atuação dos contratantes e decidir se houve transgressão da razoabilidade e da proporcionalidade¹¹⁵².

Por meio do instituto jurídico da boa-fé objetiva, pode-se demandar do fornecedor um *dever de informar qualificado*, verbera Bruno Miragem, uma vez que “não exige simplesmente o cumprimento formal do oferecimento de informações, senão o dever substancial de que estas sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor”¹¹⁵³. Com base na boa-fé objetiva dos consumidores, é cabível exigir do fornecedor que informe ao consumidor sobre a existência da garantia legal dos produtos e serviços.

A boa-fé objetiva poderá assumir três funções primordiais: a) *critério de interpretação dos negócios jurídicos*; b) de *integração ou fonte autônoma de deveres jurídicos*; e c) *controle ou limite ao exercício dos direitos subjetivos*¹¹⁵⁴. Segundo Jauernig, a boa-fé exerce quatro funções atuais, quais sejam: a) *função de complementação ou concretização da relação (Ergänzungsfunktion)*; b) *função de controle e de limitação das condutas (Schrankenfunktion)*; c) *função de correção e de adaptação em caso de mudança das circunstâncias (Korrekturfunktion)*; e d) *função de autorização para a decisão por equidade (Ermächtigungsfunktion)*¹¹⁵⁵. Tais funções equivalem às clássicas acima enumeradas, colaborando a cláusula geral para que os contratos sejam interpretados, integrados e corrigidos.

Sendo a relação obrigacional dinâmica e não estática, não há condições de tratar de todos os seus aspectos no âmbito do próprio contrato e, muito menos, de prever todas as conjunturas que podem circundá-la no espectro legal. Clóvis do Couto e Silva, tendo como parâmetro a doutrina alemã, examinou a obrigação como um verdadeiro processo que não se esvai de modo simplista, exercendo a boa-fé objetiva profícuas funções para que os conflitos entre as partes sejam solucionados a contento¹¹⁵⁶.

¹¹⁵² Como ensina a Corte Federal Alemã (BGH): “O contratante é obrigado, segundo a boa-fé, já na elaboração das condições gerais contratuais, levar em conta de forma razoável os interesses de seu futuro co-contratante. Se ele concretiza no texto contratual apenas seus interesses, então viola a liberdade contratual (*Vertragsfreiheit*). Conseqüentemente, a sua liberdade contratual fica limitada pelo princípio da boa-fé (§ 242 BGB)” (BGH, NJW 1965, 246). Ibidem, idem.

¹¹⁵³ MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 73.

¹¹⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *A Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, passim.

¹¹⁵⁵ JAUERNIG, Othmar et alii. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 7. ed. Munique: Beck, 1994, p. 98.

¹¹⁵⁶ COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Porto Alegre: UFRGS, 1964, p. 43.

Como critério de interpretação dos negócios jurídicos, a cláusula geral da boa-fé objetiva constitui importante instrumento para que se analise a garantia legal dos produtos e serviços advinda dos vínculos jurídicos de natureza consumerista. Sendo os contratos de consumo marcados pela vulnerabilidade do adquirente ou utente, conforme visto acima, é imperioso que o fornecedor não o ludibrie, prestando-lhe todas as informações sobre a proteção legal instituída pelo CDC. Na condição de fonte de integração ou fonte autônoma de deveres jurídicos, a boa-fé objetiva enseja que as partes contratantes atuem de modo íntegro e probo, mesmo que determinada obrigação não tenha previsão legal expressa. É o que se verifica com o dever de o fornecedor informar ao consumidor sobre a garantia legal dos bens contratados – não obstante inexistir norma direta sobre o assunto, é possível, com base nessa cláusula geral, exigir que assim aquele proceda. Ao se utilizar a boa-fé objetiva para suscitar que o fornecedor preste tais informações aos consumidores, vem também, à tona, a função de controle ou de limite ao exercício dos direitos subjetivos.

6.4.4 Princípio da Intervenção do Estado e a Importância da Educação do Consumidor

O marcante desequilíbrio entre consumidores e fornecedores, atuando como agentes econômicos no campo contratual, fez nascer um ramo jurídico específico para a resolução dos conflitos que venham a surgir, em que o privado e o público mesclam-se, não mais imperando a autonomia privada de forma absoluta, sendo inafastável a presença do poder público para garantir a pacificação esperada. Por mais que os contratos sejam estabelecidos entre consumidores e fornecedores, dentro do intento negocial de cada um, o Estado não poderá jamais eximir-se da sua obrigação de intervir nessas relações jurídicas, que não pertencem apenas ao campo privado, espalhando-se de forma padronizada e envolvendo uma multiplicidade de pessoas¹¹⁵⁷.

No art. 4º, inciso II, alíneas “a” a “d” do CDC, está presente a essência do princípio da intervenção estatal nas relações de consumo que pode ser contemplada através de quatro vieses: a *iniciativa direta*; e a *atuação no campo normativo; fiscalizatório e punitivo ou sancionador*. Com relação ao primeiro aspecto, previsto na alínea “a” daquele dispositivo normativo, pode o Estado prestar serviços diretamente para os consumidores ou por meio dos regimes de concessão, permissão e autorização, devendo sempre zelar pela racionalização e

¹¹⁵⁷ GUESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans le contrat. *Recueil Dalloz*, Paris, Dalloz, 1º caderno, Chronique, p. 1-10, 1962, p. 67.

melhoria dos serviços públicos, conforme disposto no inciso VII, daquele mesmo artigo¹¹⁵⁸.

No campo normativo, deve o Poder Público, obedecendo às regras atinentes à competência, editar disposições legais para a proteção da coletividade consumerista¹¹⁵⁹. A proteção aos direitos do consumidor tem matriz constitucional e resulta da preocupação do constituinte com a situação de fragilidade desta categoria¹¹⁶⁰. O próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor adveio como resultado da previsão constitucional de que fosse elaborado um diploma específico para guiar a resolução dos litígios entre consumidores e fornecedores e, acima de tudo, preveni-los e evitá-los.

A atuação fiscalizadora do Estado consubstanciar-se-á, de acordo com o art. 4º, incisos II e V, do CDC, através dos seguintes meios: a) presença no mercado de consumo; b) garantia de produtos e serviços com padrões adequados; e c) incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes para controle da qualidade e da segurança dos produtos e serviços¹¹⁶¹. No cumprimento dessa missão, compete ao Poder Público, através dos seus órgãos incumbidos da proteção e defesa do consumidor e com base nos princípios de natureza consumerista, bem como nos ditames constitucionais, exigir que os fornecedores, ao disponibilizarem produtos e serviços no mercado, informem aos consumidores sobre a existência da garantia legal, prestando-lhes informações adequadas e devidas. Contudo, a missão do Poder Público não se esgota apenas com essa tarefa, competindo-lhe educar o consumidor sobre os seus direitos básicos, a fim de que tenha conhecimento de que existe proteção legal perante os vícios que podem acometer os produtos e serviços.

A atuação punitiva e sancionadora do Poder Público objetiva a coibição e a repressão eficiente dos abusos no mercado de consumo, nos moldes do art. 4º, inciso VI, do CDC¹¹⁶². Constatando o Estado que os fornecedores não cumprem aquela exigência inerente à prestação de informações sobre a garantia legal dos bens de consumo, pode e deve lançar mão das sanções dispostas no art. 56, incisos I a XII, daquele mesmo *Codex*. Não cabe, nesta tese, uma análise dos instrumentos sancionatórios previstos no CDC, porém, deve-se salientar que, além da multa, consagrada no inciso daquele artigo e disciplinada pelo art. 57, outras medidas

¹¹⁵⁸ BEAUCHARD, Jean. *Droit de la distribution et de la consommation*. Paris: PUF, 1996; FERRIER, Didier. *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1996, p. 78.

¹¹⁵⁹ A competência para a edição de normas sobre as relações de consumo encontra-se no art. 24, inciso V, da Constituição Federal de 1988 e no art. 55 do CDC.

¹¹⁶⁰ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 71.

¹¹⁶¹ L'HEUREUX, Nicole. *Droit de la consommation*. 4. ed. Québec: Les Editions Yvon Blais, 1993, p. 98.

¹¹⁶² Segundo Ricardo Lorenzetti, o princípio da intervenção estatal materializa-se através de três ordens: ordem pública de coordenação; ordem pública de direção; e ordem pública como garantia procedimental. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

importantes podem ser aplicadas pelos órgãos públicos instituídos para a fiscalização das relações de consumo¹¹⁶³.

Normatizar, fiscalizar e sancionar os aspectos decorrentes das relações de consumo são importantes atributos do Poder Estatal, porém, defende-se que a educação e a informação do consumidor também são funções que não podem ser relegadas a um segundo plano. Dentro da ótica pós-moderna do Estado Constitucional de Direito, o Poder Público não deve limitar-se apenas a editar normas e a punir os transgressores, cabendo-lhe educar a todos os envolvidos nas relações de consumo, mormente, o consumidor – figura que, em regra, não participa da confecção do contrato nem sempre é informado sobre os seus direitos. Medidas concretas e determinadas e não promessas vagas e abstratas devem ser executadas pelo Estado-, como apregoa Canotilho¹¹⁶⁴.

Educação e informação encontram-se estreitamente ligadas, afirma Carlos Ferreira de Almeida, “são peças conexas e inafastáveis que integram o conceito da norma maior denominada princípio da informação”¹¹⁶⁵. Através da informação, são fornecidos os dados sobre a situação de fato, “os direitos reconhecidos pela ordem jurídica e ainda sobre as vias práticas de os fazer impor”¹¹⁶⁶. A educação possibilita a “assimilação crítica e integral que confere capacidade de escolha racionalizada e de atuação eficiente”. O citado doutrinador defende que o consumidor deve ser educado em três sentidos: a) educação escolar, incluindo-se, inclusive, nos programas dos cursos fundamental e médio, “matérias que possam dar noções básicas sobre o quadro da atividade econômica, da posição dos consumidores no mercado de consumo e dos direitos dos consumidores”; b) educação dos consumidores adolescentes e adultos “empregando os diversos veículos de comunicação (televisão, rádio, jornal etc.)”; c) “atuação dos órgãos públicos e das associações privadas ligados à defesa do consumidor”¹¹⁶⁷.

Conscientizar os consumidores sobre a importância de conhecer os seus direitos básicos é um múnus que não pode ser negligenciado pelo Poder Público,

¹¹⁶³ “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I – multa; II – apreensão do produto; III – inutilização do produto; IV – cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V – proibição de fabricação do produto; VI – suspensão do fornecimento de produtos ou serviço; VII – suspensão temporária de atividade; VIII – revogação de concessão ou permissão de uso; IX – cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X – interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI – intervenção administrativa; XII – imposição de contrapropaganda”.

¹¹⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 440.

¹¹⁶⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 186.

¹¹⁶⁶ *Ibidem*, *idem*.

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, *idem*.

principalmente, quanto à existência da garantia legal dos produtos e serviços. De todos os objetivos da política de auxílio ao consumidor, “a educação é, sem dúvida, aquele que mais tem atraído a atenção da doutrina” – acentua Thierry Bourgoignie¹¹⁶⁸. A educação equivale, portanto, à “pedra angular do edifício a construir”, contribuindo, com efeito, para a conscientização dos consumidores e principalmente dos jovens diante da realidade socioeconômica, determinando seu comportamento, conduzindo-os a tornarem-se agentes ativos para as mudanças¹¹⁶⁹. A importância do direito do consumidor à educação é reconhecida por doutrinadores de todos os continentes do Planeta e não pode ser ignorada pelo Brasil¹¹⁷⁰, devendo ser fomentada não somente nos centros universitários jurídicos, mas também nas instituições de ensino, nos cursos primário e secundário¹¹⁷¹.

Ao tratar do tema, Mário Frota enuncia que “A *educação para a sociedade de consumo* constitui deveras o cabouco fecundo sobre que se ergue uma qualquer política de promoção de interesses e de protecção dos direitos do consumidor”. Nessa perspectiva, a ação assenta: - na “*formação de formadores* (em regra, os formadores natos serão os professores dos diferentes graus e ramos de ensino)”; - na “*elaboração de materiais didáticos*” e - na “*interacção das escolas, meio circundante e tecido empresarial*”. Contudo, aduz que a *formação* não deve ter apenas como público alvo os professores, sendo forçoso abarcar os *técnicos de informação* que, em instituições públicas ou privadas, exerçam funções ou ainda os quadros dos departamentos de consumidores das empresas. Ademais, a *formação intra* ou *extra curricular* deve envolver ainda, em particular, os juristas – “quer se achem afectos à judicatura, ao Ministério Público, ou à barra, ante o incremento da conflitualidade no domínio das relações económico-jurídicas de consumo”. Tal formação processar-se-á tanto “no plano de estudos dos cursos de graduação, como nos de pós-graduação, ou nas escolas em que se professe a preparação dos que elegem qualquer das carreiras jurídicas que aí debutarem”. Por fim, conclui que “a educação (e a *formação*, nas vertentes por que se desdobra: a *inicial* e a *subsequente, contínua* ou *permanente*) terá de constituir a pedra

¹¹⁶⁸ BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*. Paris: Dalloz, 1988, p. 133.

¹¹⁶⁹ Ibidem, idem.

¹¹⁷⁰ Mosses Iturraspe afirma que “Incumbe ao Estado nacional, às províncias e municipalidades, a formulação de planos gerais de educação para o consumo e sua difusão pública, fomentando a criação e o funcionamento das associações de consumidores e a participação da comunidade nestas, devendo propender a planos oficiais de educação primária e média sobre os preceitos e alcances desta lei” (traduziu-se). ITURRASPE, Jorge Mosses. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 60.

¹¹⁷¹ Gabriel Stiglitz reconhece a importância da “educação para o consumo em todas as escolas primárias e secundárias”, devendo ser implementados “planos de divulgação pública e orientação ao consumidor através dos meios de comunicação”. STIGLITZ, Gabriel. Las Provincias y la Defensa del Consumidor. In: STIGLITZ, Gabriel (Dir.). *Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1992, p. 73 a 76.

angular de qualquer abordagem neste domínio”¹¹⁷².

O problema referente à prestação de informações sobre a garantia legal dos produtos e serviços não está limitado apenas à exigência de que o fornecedor esclareça a sua existência para o consumidor, estendendo-se para um plano bem mais amplo. Transferir para o fornecedor todo o ônus relativo à questão não seria salutar, devendo todos os entes que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor desempenhar um papel decisivo na educação e informação da coletividade. Concorde-se, plenamente, com Carlos Ferreira de Almeida quando alerta para a vinculação entre educação e informação. Sem educação, os consumidores não terão noção abalizada sobre os seus direitos e sem informação adequada sobre os produtos e serviços, mesmo que tenham conhecimento dos seus direitos, enfrentarão dificuldades para exercê-los. O Poder Público tem a obrigação legal de prover meios para a educação formal e informal dos consumidores, quer através da inserção de noções básicas da disciplina nos programas do Ensino Fundamental, Médio e Universitário, quer por meio de instrumentos outros, como confecção de cartilhas, seminários etc¹¹⁷³. O desconhecimento das normas protetivas da categoria faz com que o próprio direito torne-se “opaco”, valendo-se de expressão utilizada por Carlos Cárcova¹¹⁷⁴, devendo o Estado propiciar a educação do consumidor.

¹¹⁷² FROTA, Mário. *Política de Consumidores na União Europeia*. Plano de Acção Trienal 1999-2001. Coimbra: Almedina, 2003, p. 49.

¹¹⁷³ Afirma Laura Bustamante que a educação engloba dois tipos de conhecimento (individual dirigido à satisfação das suas necessidades materiais e interesses imediatos; e carácter coletivo: seus interesses e tem implicações para a sociedade em seu conjunto. BUSTAMANTE, Laura Perez. *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 63.

¹¹⁷⁴ CÁRCOVA, Carlos. *La opacidad del derecho*. Trad. Juan Ramón Capella. Madrid: Trotta, 1998, p. 19.

7 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: INSTRUMENTO ESSENCIAL PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

Para compreendermos os fundamentos do constitucionalismo social, devemos, antes de mais nada, ter em mente ser a constituição não apenas a norma que se posiciona no ponto mais elevado do sistema jurídico de um país, mas a interação de fatores de ordem social, política e econômica. A constituição é, enfim, o resultado do dialético processo de informação do Estado¹¹⁷⁵.

Qualquer problema jurídico jamais pode prescindir de uma análise de natureza constitucional. *In casu*, o direito do consumidor à informação sobre as características dos produtos e serviços, sobretudo quanto à proteção legal concedida por causa dos possíveis vícios que podem acometê-los, deve ser extraído do tecido constitucional. Na Lei n. 8.078/90, de acordo com o quanto visto nos capítulos anteriores, não existem normas jurídicas expressas que disciplinem aquele direito, devendo o intérprete valer-se dos ditames constitucionais para o alcance da solução da questão, bem como dos princípios jurídicos que guiam as relações de consumo.

7.1 DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E O CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO

Os direitos fundamentais, incluindo-se a proteção do consumidor, não nasceram em um único momento histórico, progredindo, gradualmente, através de sucessivas etapas evolutivas. Após a primeira Guerra Mundial, instalou-se um novo modelo de Estado que deixou de ser liberal e passivo para se tornar social e intervencionista, havendo a metamorfose da “Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal” para a “Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva”¹¹⁷⁶ - é o chamado “arbítrio conformador”, como enuncia Forsthoff¹¹⁷⁷.

O *Constitucionalismo moderno* representa uma técnica peculiar de limitação do poder com “fins garantísticos”, tendo, como temas centrais, a “fundação e legitimação do poder político” e a “constitucionalização das liberdades”¹¹⁷⁸. Exerce, assim, a dupla finalidade de organização do aparato estatal e de limitação do poder através de uma declaração de direitos

¹¹⁷⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 456.

¹¹⁷⁶ CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 38. O Autor faz menção às Constituições mexicana de 1917, à alemã de 1919 e à Brasileira de 1934.

¹¹⁷⁷ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

¹¹⁷⁸ CUNHA Jr., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 36.

e garantias fundamentais. Com a constitucionalização dos direitos fundamentais, os indivíduos passaram a ser protegidos contra os arbítrios estatais e os abusos cometidos por particulares. Sendo o direito do consumidor assegurado na seara constitucional, sob a égide da plataforma fundamental, não poderá ser objeto de investidas leoninas pelos fornecedores, merecendo ser seriamente respeitado.

A partir da metade do século XX, iniciou-se o desenvolvimento do *Neoconstitucionalismo*, ou seja, um novo pensamento que teve por objetivo fundamental o reconhecimento da supremacia material e axiológica da Constituição, condicionando a validade e a compreensão de todos os ramos jurídicos, bem como vinculando os órgãos públicos¹¹⁷⁹. Nasce uma nova teoria jurídica, que impulsiona a mudança do paradigma do “Estado Legislativo de Direito” para o “Estado Constitucional de Direito”, consolidando-se “a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a *periferia* do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o *centro* de todo o sistema”¹¹⁸⁰. Enquanto o direito do século XIX e da primeira metade do século XX foi concebido como “o direito das regras e dos códigos”, lembra Dworkin, o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito volta-se para os princípios, ou seja, é um “direito de princípios”¹¹⁸¹.

Diante da força normativa da Constituição, todos os ramos jurídicos são atraídos por sua eficácia jurídica vinculante e obrigatória¹¹⁸². Evoluiu-se, assim, da concepção “formal e procedimentalista” para a visão substancialista, ou seja, a realização dos valores constitucionais, defendendo-se a efetividade dos direitos fundamentais¹¹⁸³. O microsistema estabelecido através da Lei n. 8.078/90 deverá ser interpretado e aplicado mediante o recurso constante e inafastável às normas constitucionais. O direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos bens será objeto de concreção por via da proteção constitucional inobstante o CDC não contemple norma expressa nesse viés.

A importância atribuída ao conjunto das normas constitucionais incrementou o que se intitulou de *Patriotismo Constitucional* ou um “sentimento constitucional universal”, fundado

¹¹⁷⁹ Sobre o tema, Miguel Carbonell e Ricardo Guastini abordam questões interessantes. CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 11; GUASTINI, Ricardo. La 'Constitucionalización' del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 382-383.

¹¹⁸² CUNHA Jr. Dirley. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CUNHA Jr., Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 71-112.

¹¹⁸³ ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2004, p. 309.

na lealdade e no respeito às Constituições, sendo expressão utilizada na década de 70, pela primeira vez, pelo historiador alemão Dolf Sternberger (*Verfassungspatriotismus*) com o fito de opor-se ao tradicional nacionalismo¹¹⁸⁴. A Constituição passa a ser concebida como o instrumento maior, que vincula todos os demais ramos jurídicos por congregar os valores plurais do Estado democrático de Direito e não, um simples símbolo ou “peça decorativa”¹¹⁸⁵.

O paradigma constitucionalista não pode mais ser objeto de descaso e muito menos de descuido por parte daqueles que se propõem a resolver os problemas jurídicos que surjam. A assunção daquele paradigma supõe, segundo Atienza, entender a “validez” em termos substantivos e não meramente formais – “para ser válida, uma norma deve respeitar os princípios e direitos estabelecidos na Constituição”¹¹⁸⁶. A jurisdição e qualquer outra técnica ou atividade direcionada para a resolução de problemas jurídicos não pode ver-se apenas em termos legalistas, pois “a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios constitucionais”. A tese de que entre o Direito e a moral, existe uma conexão não somente quanto ao conteúdo, se não também do tipo conceitual, apregoada por Atienza¹¹⁸⁷.

O abismo que separa a posição de superioridade do fornecedor e a condição de vulnerabilidade do consumidor, alerta Atienza, gera “a existência de ações juridicamente ilícitas, de comportamentos delitivos”¹¹⁸⁸ que devem ser combatidos por meio das normas constitucionais protetivas. O problema fica ainda mais agudo nesse tipo de relação, pois, nesse caso, as forças são desiguais por definição e, como acentuam Jean Rivero e Hugues Moutouh a coerção moral pode, “mesmo sem situação de precariedade econômica, restringir a liberdade daquele ou daquela que sofre”. A desigualdade das forças exercidas pelos consumidores e fornecedores impulsionou a previsão de normas protetivas em prol desses últimos¹¹⁸⁹.

Os direitos fundamentais não foram reconhecidos e inseridos nos textos legais como abstrações ou para serem aplicados em situações excepcionais – acentua Paulo Bezerra¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁴ HAURIU, Maurice. *Principios de Drecho Público y Constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 67.

¹¹⁸⁵ Sobre o tema, importante que o leitor examine a seguinte obra: VERDÚ, Pablo. *El Sentimiento Constitucional*. Madri: Reus, S.A, 1985.

¹¹⁸⁶ ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2004, p. 309.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*, idem.

¹¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 311.

¹¹⁸⁹ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 178.

¹¹⁹⁰ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus-BA: Editora da UESC, 2007, p. 60. Do mesmo autor, consultar também: Os Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Paranaense* (UNIPAR), volume 9, número 1, 2006; Fundamentação dos Direitos Sociais Básicos – uma investigação filosófica à luz da Teoria do Discurso, de Habermas. *Diké*, Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, ano VI, Anual, 2000;

Sendo o direito do consumidor de matriz fundamental, deve ser respeitado da forma mais ampla e efetiva possível, uma vez que a sua importância resvala sobre outros direitos colocados em patamares inferiores. O sistema de direitos fundamentais, pela própria denominação, dissemina a ideia de sua impenhência e prevalência sobre as demais situações diversas¹¹⁹¹. Não se pode conceber a normatividade jurídica como um “imperativo previamente dado”, que não admite questionamento quanto ao seu conteúdo existente diante da Constituição¹¹⁹². Por isso, o discurso jurídico deve pautar-se na natureza do discurso prático geral e sempre refleti-lo e, como visto, as normas consumeristas devem ser interpretadas dentro do contexto da vulnerabilidade do contratante e da proteção constitucional que lhe fora assegurada¹¹⁹³.

Utilizar a Constituição Federal como parâmetro para se interpretar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor de modo a exigir-se do fornecedor o cumprimento do dever de bem informar ao consumidor é tarefa que não pode desprezar a importância de uma hermenêutica axiológica – a Carta Maior deve também servir como parâmetro para que os órgãos públicos competentes promovam a educação dos consumidores. A reabilitação da teoria valorativa dos direitos fundamentais, através de avaliação das posições jurídicas fundamentais, primando-se pela “abertura do sistema jurídico perante o sistema moral”, é proposta por Robert Alexy¹¹⁹⁴. As valorações e as questões axiológicas, para Alexy, são vetores essenciais para a solução dos problemas atinentes aos direitos fundamentais, mormente quando da “interpretação do material normativo empiricamente constatável e do preenchimento de suas lacunas” - respectivamente, problemas de “fundamentação” (o porquê da obediência à Constituição) e de “complementação”¹¹⁹⁵.

A Ciência do Direito, para cumprir sua tarefa prática de forma racional, deve combinar as dimensões analítica, empírica e prática. O caráter analítico possibilita a “descrição do direito nas leis”; o empírico viabiliza uma análise do que, de fato, tem sido concretizado no campo prático; e, por fim, o aspecto normativo volta-se para a efetividade do direito, não se

Representações Sociais, Solidariedade Social e Direito. *Diké*, Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, Ano II, Anual, 2004; e O Acesso aos Direitos e à Justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, m. 14, 2007.

¹¹⁹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3. ed. Madri: Thomson Civitas, 2008, p. 345.

¹¹⁹² MÜLLER, Friederich. *O Novo Paradigma do Direito*. Trad. Rosana Ingrid Jansen dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 62.

¹¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 274.

¹¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 29.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 36.

esgotando na práxis jurisprudencial. Assim, o caráter prático desta Ciência revela-se como um princípio unificador, já que não se deve apenas examinar a estrutura das leis e sua validade nem tampouco somente as decisões judiciais, devendo-se partir para uma visão crítica da efetividade do direito, considerando-se os valores regentes¹¹⁹⁶.

Os valores constitucionais compõem, conforme aduz Pérez Luño, “o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição”¹¹⁹⁷. O valor da dignidade da pessoa humana impõe-se, afirma Flávia Piovesan, como “núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”¹¹⁹⁸. O respeito à dignidade do consumidor deve ser objeto a ser perseguido por todos que estejam envolvidos com a sua proteção.

A interpretação das normas constitucionais, como diretrizes para solucionar o problema do direito do consumidor à informação, estará associada a uma concepção do sistema vigente e dos valores presentes. O condicionamento dos ditames legais às normas constitucionais não é uma atividade meramente mecânica, ficando-se em um trabalho axiológico, sobretudo quando se refiram aos direitos fundamentais.

7.2 CORRENTES EXEGÉTICA POSITIVISTA, DISCURSIVA PROCEDIMENTAL E A HERMENÊUTICA CRÍTICA

O arcabouço normativo existente sobre a proteção do consumidor, constituído pelos ditames presentes na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 8.078/90, possibilita exigir do fornecedor a prestação de informações claras e adequadas sobre a garantia legal dos produtos e serviços ofertados no mercado de consumo, assim como promover um satisfatório processo educacional dos cidadãos sobre os seus direitos básicos. Apesar da suficiência de tais normas, melhorias reais em benefício dos consumidores somente serão obtidas caso alcancem o patamar da concretude, tornando-se efetivas.

A Política Nacional das Relações de Consumo, delineada no art. 5º do CDC, a ser executada por instituições de relevante jaez, pressupõe o compromisso de atores que as compõem com a *persecutio* da “verdade” e a adoção de um paradigma hermenêutico

¹¹⁹⁶ Ibidem, p. 34.

¹¹⁹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 45.

¹¹⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

condizente com tal tarefa¹¹⁹⁹. Nos próximos tópicos, serão examinadas as características essenciais das teses exegético-positivista, discursivo-procedimental e a “Nova Hermenêutica Crítica”¹²⁰⁰, com o escopo de demonstrar qual servirá como embasamento para a solução da questão relativa ao dever de prestar informações qualificadas sobre os bens de consumo.

A depender do tipo de discurso optado pelo aplicador do direito, as normas serão compreendidas e aplicadas mediante atividades caracterizadas por nuances diversas, dando azo a resultados também distintos. O discurso exegético-positivista, alicerçado no exame literal da lei, restringe-se a extrair o teor do seu conteúdo linguístico, não avançado para um exame pleno e complexo da estrutura normativa. A tese discursiva-procedimental atribui importância ao consenso entre os sujeitos, advindo da formação democrática da opinião e da vontade, prescindindo de uma análise conteudística. A “Nova Hermenêutica Crítica”, assentada na premissa de que os dualismos conteúdo/forma e teoria/praxis devem ser expurgados, propugna o repensar do trabalho jurídico em direção do desvelar do substrato contido nas normas.

7.2.1 Discurso Exegético-Positivista

Incursoes no campo filosófico-jurídico conduzem à verificação da indubitável superação do discurso exegético-positivista, não sendo plausível que o operador do direito fique detido, tão somente, ao mero silogismo e à subsunção dos fatos às normas. Fundado em uma “subsunção dualística” das situações vivenciadas às normas, considerando-as “coisas cindíveis e os textos ‘meros enunciados lingüísticos’”, tal espécie de discurso poderá apresentar-se sob o enfoque “objetivista” ou “subjetivista”- acentua Lênio Streck. Na primeira hipótese, caracteriza-se pela “identificação entre texto e sentido do texto (norma)” e, na outra, com esteio nas várias teorias subjetivistas, pretende promover uma axiologia que “submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete”¹²⁰¹.

Embora tenha o discurso exegético-positivista passado pelo crivo de críticas, ainda tem sido utilizado por muitos profissionais do setor jurídico que, arraigados a uma visão tradicionalista e acrítica, creem que o universo jurídico encontra-se pronto e acabado, não exigindo a sua participação para que as questões conflituosas sejam

¹¹⁹⁹ Destinar-se-á o capítulo 8 a tratar da imprescindível efetividade do direito do consumidor à informação e da atuação dos entes que compõem a Política Nacional das Relações de Consumo.

¹²⁰⁰ Tais discursos são examinados por Lênio Streck na obra *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

¹²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 6.

solucionadas. No caso *sub examine*, essa espécie discursiva, ao invés de contribuir para a defesa do argumento de que o fornecedor, com as normas já existentes, deve bem informar ao consumidor sobre a garantia dos diversos bens, gerará obstáculos. Em razão de não haver previsão expressa no sentido de determinar que o fornecedor, ao disponibilizar certo produto ou executar serviço, esclareça acerca da proteção legal, optar por tal caminho geraria dificuldades para a proteção dos consumidores. Dentro do discurso em análise, a promoção da educação do consumidor sobre os seus direitos básicos também enfrentaria obstáculos, uma vez que as normas existentes não são tão claras quanto a delimitação das atribuições dos órgãos nem sobre a forma de execução.

Sob o aspecto objetivista, o atrelar do sentido da norma ao seu simples texto conduziria à consequência nefasta de não se reconhecer que o fornecedor esteja obrigado a informar, de modo pleno, ao consumidor nem que este deva ser instruído sobre os seus direitos. Identificar o sentido da norma arbitrariamente com o teor literal registrado equivale a desconsiderar que o direito é um objeto cultural, ou, como aduz Cossio, um objeto “egológico”, que consiste na própria atividade humana, sendo um “fragmento da experiência”¹²⁰². Não se desconsidera a importância de serem examinadas as normas jurídicas que tratam das relações entre fornecedores e consumidores, mas, dentro do “Normativismo estimativo” ou da “Teoria Ecológica”, dado que o direito é conduta humana e não apenas normas¹²⁰³.

Sendo o direito um bem cultural, deve ser conhecido de forma dialética, “passando da materialidade do substrato à vivência de seu sentido espiritual e vice-versa”¹²⁰⁴. Em se tratando do dever do fornecedor esclarecer devidamente ao consumidor, a práxis tem revelado que a contratação padronizada tem favorecido a sua debilidade informacional, valendo-se aquele do poder direcional para estabelecer regras arbitrárias. Quanto à educação do consumidor, observa-se que, no Brasil, esta ainda se encontra em fase incipiente, imperando o desconhecimento da Lei n. 8.078/90 por parte da maioria da população brasileira, mesmo que se trate de alguém portador de razoável formação acadêmica. Para o entendimento do fenômeno jurídico, Cossio enumera dois pontos essenciais: a) o direito é conduta humana em sua interferência intersubjetiva; e b) a Ciência do Direito não é uma ciência de normas – o

¹²⁰² COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944, p. 40.

¹²⁰³ Ibidem, idem.

¹²⁰⁴ Ibidem, idem.

que significa a primazia de se investigar o conteúdo das disposições legais além dos horizontes positivistas¹²⁰⁵.

Tendo o direito por objeto a conduta dos indivíduos em suas relações com os demais, Cossio, alicerçado na definição de Del Vecchio, argumenta que se constitui numa “experiência de liberdade na qual a criação de algo original emerge a cada instante”. Afastando a pretensão meramente racionalista e empirista, Cossio aduz que o direito não decorre da singela exegese pura da norma nem de “fato social apreendido segundo a categoria do 'ser'”, sendo “ciência da conduta, pensada 'como um dever ser existencial'”¹²⁰⁶. Assim sendo, ao interpretar as normas que dispõem sobre a proteção do consumidor, o operador do direito não poderá ater-se à exegese literal nem lançar mão de um decisionismo de natureza pontual ou tópica, a depender de cada caso concreto, como, a seguir, será visto.

O Direito é “vida humana vivente” e pressupõe a conduta de profissionais livres e incessantemente criadores, acentua Cossio – o que não pode ser materializado se a exegese literal predominar e substituir a tarefa de compreensão do texto normativo¹²⁰⁷. Não descarta Cossio a lógica normativa da Teoria Pura do Direito, acrescenta, porém, a “intuição específica do Direito”, ou seja, “a intuição da liberdade” de cariz axiológico. Tendo como fontes primordiais os estudos de Husserl e Heidegger, Cossio desenvolve uma concepção cultural do direito de base existencialista, tentando conciliar a corrente fenomenológica¹²⁰⁸ e a doutrina kelseniana, não “acentuando o primado da norma objetiva, mas, sim, antes a posição do sujeito”¹²⁰⁹.

Quanto ao enfoque subjetivista, o discurso exegético-positivista pode pender para concepções valorativas objetivando fundamentar certos posicionamentos arbitrários, que terminariam prejudicando o consumidor e favorecendo o fornecedor. Defende-se que a ordem jurídica possui matriz valorativa, abraçando-se a teoria tridimensional do direito, cunhada por Miguel Reale, compreendendo-se o fenômeno jurídico sob um tríplice aspecto: fato-norma-valor¹²¹⁰. Entretanto, uma compreensão

¹²⁰⁵ Ibidem, idem.

¹²⁰⁶ Ibidem, idem.

¹²⁰⁷ COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944, p. 27.

¹²⁰⁸ Edmund Husserl (1859-1938) - filósofo, matemático e lógico – foi o fundador da Fenomenologia como método de investigação filosófica e estabeleceu os principais conceitos e métodos que seriam amplamente usados pelos filósofos desta tradição. Influenciado por Franz Brentano, Husserl questionou o historicismo e o psicologismo e idealizou um recomeço para a filosofia como uma investigação subjetiva e rigorosa que se iniciaria com os estudos dos fenômenos como aparentam a mente para encontrar as verdades da razão. HUSSERL, Edmund. *Crise da Humanidade e a Filosofia*. Porto Alegre: EDIPUCRS- RS, 2002.

¹²⁰⁹ REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329.

¹²¹⁰ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva., 2010, p. 56.

axiológica do aparato normativo não resulta na possível aceitação de que o operador do direito, valendo-se de qualquer postura valorativa, encontre uma resposta, ou várias soluções, para certa questão jurídica que atenda aos interesses escusos de certa categoria. A “verdade” deve ser perseguida, razão pela qual o hermeneuta não poderá ficar ao alvedrio de investigá-la.

As reflexões teóricas e analíticas sobre o papel do direito como instrumento de direção e promoção social, afirma José Eduardo Faria, convergem para dois objetivos básicos: “a) explicar como as formas jurídicas influenciam e, ao mesmo tempo, são influenciadas na organização de um determinado tipo de relações de produção econômicas e políticas”; e “b) demonstrar como, a partir da pretensão de objetividade e neutralidade das concepções jurídicas do positivismo normativista, muitas vezes são ocultados os conflitos sócio-econômico-políticos”¹²¹¹. Ir além do teor literal da norma é algo a ser perseguido pelos laboradores do direito que objetivem, de fato, realizar uma hermenêutica séria e voltada para o bem-comum.

7.2.2 Concepção Discursiva Procedimental

Assentada na premissa de que o campo jurídico deve fundamentar-se em procedimentos que assegurem a constituição da opinião e da vontade dos aplicadores do direito através de mais ampla visão democrática e identidade política, desenvolveu-se a tese discursivo-procedimental. Na obra “Direito e Democracia”, Jürgen Habermas traça os pressupostos essenciais acerca do procedimentalismo¹²¹², despertando o interesse de John Hart Ely¹²¹³ e de Antoine Garapon¹²¹⁴, que se tornaram seus seguidores, respectivamente, na Inglaterra e na França. No Brasil, Menelick de Carvalho Neto¹²¹⁵, Marcelo Cattoni¹²¹⁶ e

¹²¹¹ FARIA, José Eduardo (Org.). *Justiça e conflito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 25.

¹²¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II, p. 297.

¹²¹³ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. A theory of judicial review. Cambridge, Mass, 1980.

¹²¹⁴ GARAPON, Antoine. *Le gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

¹²¹⁵ CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

¹²¹⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.), op. cit.

Souza Cruz¹²¹⁷ também optaram pelo aprofundamento de estudos sobre o pensamento de Habermas, integrando o universo de seus adeptos.

Dentre os pilares que sedimentam a tese discursiva-procedimental e lhe conferem fundamentação e explicação, destacam-se três. Em primeiro plano, a condição prévia do modelo de democracia constitucional, defendida por Habermas, alicerça-se em procedimentos que possibilitem a formação da opinião e da vontade e não em conteúdos substantivos¹²¹⁸. A postura epistemo-metodológica, dentro do segundo aspecto, trata do esquema sujeito-objeto, sendo o mundo vivido representacional, portanto, inserido no paradigma da consciência¹²¹⁹. O terceiro caráter decisivo refere-se à predominância da razão comunicativa na fundamentação prévia das decisões relativas aos casos jurídicos.

A base da tese discursiva-procedimental localiza-se na concepção democrática e no conceito de cidadania, resultantes do procedimento de escolhas por parte dos indivíduos, e não na 'noção de cultura'¹²²⁰. Seguindo-se a concepção habermasiana na análise do problema relativo ao direito do consumidor à informação qualificada, ter-se-ia que concordar com a assertiva de que os brasileiros, na medida em que escolheram os seus representantes de forma livre e consciente, ou seja, através de um legítimo e regular procedimento democrático, chancelaram, *in absolutum*, todas as eventuais deliberações legislativas. No Brasil, ainda que os cidadãos tenham a liberdade de escolha dos integrantes do Poder Legislativo, a frágil consciência política e o predomínio de escusas forças econômicas têm conduzido representantes que não estão imbuídos do *verus* propósito de defender o povo.

Nem todas as normas editadas pelo Legislativo estão em consonância com os interesses e direitos da população – *in casu*, as regras que disciplinam o dever de o fornecedor prestar informações sobre a garantia dos bens de consumo não geram impactos negativos para a coletividade, porém, desde que interpretadas com base em uma visão crítica. A exegese literal dos artigos que tratam da matéria levaria à conclusão de que, se o fornecedor não está expressamente obrigado a informar sobre a proteção legal conferida ao consumidor, exigências adicionais não lhe poderão ser impostas. Duas situações não podem ser obnubiladas por parte do aplicador do direito: a lei nem sempre contempla o que é mais proveitoso para os indivíduos e, mesmo quando se direciona para o atendimento das suas

¹²¹⁷ SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹²¹⁸ HABERMAS, Jürgen, op. cit., p. 89.

¹²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 45.

¹²²⁰ *Ibidem*, *idem*.

necessidades e seus anseios, jamais será completa, exigindo do intérprete um trabalho produtivo e consciente.

Críticas são dirigidas à tese habermasiana por Lênio Streck, não tendo, porém, a pretensão de negar a contribuição da teoria do discurso para a reflexão sobre temas sociais, políticos e jurídicos. Não resta ignorado que a primazia dada por Habermas ao processo político colabora para a formação de uma vontade que não sofra distorções indevidas, bem como à defesa dos direitos fundamentais¹²²¹. A solução de problemas de natureza jurídica, porém, vai muito além do que a liberdade dos sujeitos de participarem no processo democrático, alcançando o modo de interpretação e aplicação das normas e, por conseguinte, a visão do mundo vivido.

Na relação sujeito-objeto, o condicionamento à postura epistemo-metodológica, segundo Streck, deve ser substituído por uma concepção hermenêutico-ontológica, que coloca o *locus* da compreensão “no modo-de-ser e na faticidade” e, não, no método e no procedimento. Dessa forma, a apreensão das normas jurídicas, como objetos culturais, não se dá através da singela razão comunicativa, fazendo emergir a razão prática¹²²². Desloca-se, assim, a abordagem do campo da metafísica, que “pensa o ser e se detém no ente” e equipara “o ser ao ente, entificando o ser”, através de um pensamento objetificador, para a ontologia. A teoria do conhecimento ou a filosofia da consciência cede espaço para a Nova Hermenêutica Crítica¹²²³.

Ao serem analisadas as normas sobre as relações de consumo, optando o aplicador do direito pela tese discursivo-procedimental, o ser contido nessas termina sendo confundido com o próprio ente, ou seja, é como se o conteúdo normativo se esgotasse na linguagem registrada. Nessa senda, ao se examinar o conteúdo do parágrafo único do art. 50 da Lei n. 8.078/90, que trata dos requisitos da garantia contratual, o intérprete consideraria que o ser procurado, estaria, ali, jungido ao próprio ente. Isso equivaleria à assertiva de que o fornecedor somente estaria obrigado a tratar apenas da garantia contratual e não da proteção legal. O mesmo ocorreria quando o fornecedor não concedesse a garantia contratual – não poderia ser obrigado a tratar da proteção legal por não existir norma específica. Inexistindo normas específicas, detalhando como o processo educacional dos consumidores deverá ser materializado pelos órgãos públicos competentes, a sua execução também enfrentaria dificuldades, se adotada a tese discursiva-procedimental.

¹²²¹ STRECK, Lênio, op. cit., p. 10.

¹²²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 138.

¹²²³ *Ibidem*, idem.

Combatendo tal estado de entificação do ser, Lênio Streck argumenta que “Texto não é um enunciado lingüístico; texto é evento; norma é produto da interpretação desse texto, portanto, a norma é condição de possibilidade do sentido do texto”¹²²⁴. Seguindo-se tal linha de pensamento, quando o legislador infraconstitucional estabeleceu que o fornecedor, ao conceder o termo de garantia ou equivalente, deve esclarecer em que consiste, o “texto da norma” extrapola a exegese literal e possibilita que o fornecedor seja instado para prestar informações sobre a proteção legal. A diferença ontológica estará, segundo Streck, “na tensão entre texto e norma, que, assim, não existirão isoladamente, do mesmo modo que um ente só é no seu ser, o ser é sempre o ser de um ente”¹²²⁵.

A superação do esquema sujeito-objeto, estigmatizado pela entificação do ser e pela identidade entre norma e texto jurídico, dar-se-á através de uma hermenêutica que suplantar a subsunção ou a dedução. A teoria do discurso, construída, segundo Streck, a partir de situações ideais ou quase-ideais, substitui a razão prática pela razão comunicativa e termina por desvalorizar o “modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade”. A práxis não pode ser aviltada por uma metodologia com evidentes matizes metafísico-dualístico-representacionais”¹²²⁶. Dessa forma, na teoria do discurso, o mundo vivido é representacional, inserido, por conseguinte, no paradigma da consciência.

De acordo com a tese discursivo-procedimental, o mundo vivido termina sendo apreendido mediante um sistema de representação, o fruto da consciência dos sujeitos e do consenso democrático. O mundo vivido, no entanto, para Gadamer, encontra-se em frequente e inevitável relativização da validade, não podendo ser contrafático, eis que oposto a toda modalidade de objetivismo¹²²⁷. Na órbita das relações de consumo, o mundo vivido seria vislumbrado através do consenso racional, presumindo-se que os enunciados normativos seriam válidos por terem sido obtidos por meio de “condições ideais de comunicação (simetria, liberdade etc.)”¹²²⁸. É lógico que não houve prévio consenso entre os consumidores e fornecedores para que as normas sobre as garantias dos bens de consumo fossem editadas, razão pela qual, na interpretação dessas, é crucial uma avaliação crítica por parte dos aplicadores jurídicos.

Diante do predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, enuncia Streck que a tese discursivo-procedimental favorece uma “cultura jurídica

¹²²⁴ *Ibidem*, p. 271.

¹²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 271.

¹²²⁶ *Ibidem*, p. 281.

¹²²⁷ GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. 6. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, p. 233.

¹²²⁸ *Ibidem*, p. 41.

estandardizada”, marcada pelo fato de que “o direito não é mais pensado em seu acontecer”, estando inserido na norma como objeto do consenso. Há uma espécie de “extração de mais-valia do ser (sentido) do direito”, obstaculizando o aparecimento do direito “naquilo que ele tem (deve ter)”¹²²⁹. Tendo como guia o discurso procedimental, as normas jurídicas disciplinadoras das relações de consumo não seriam submetidas a um crivo hermenêutico-crítico e não seriam utilizadas para que o fornecedor fosse instado a prestar informações qualificadas e completas para os consumidores.

Examinando a teoria discursivo-procedimental, François Ost demonstra “a ambiguidade da razão processual de Habermas” e apresenta três objeções acerca do núcleo que perfaz o seu entendimento. O conflito na vida social é subestimado no pensamento habermasiano, acreditando-se na existência de um “universo político jurídico quase angelical, procurando permanentemente ajustar as condições de uma cooperação eficiente”¹²³⁰. A crença de que a “boa vontade’ (a disposição para se negociar equitativamente) é generalizada” seria uma falácia, máxime em uma sociedade capitalista e massificada, no seio da qual predominam os interesses da classe fornecedora, ditando as regras do mercado¹²³¹. Imaginar que os recursos cognitivos e sociais, que “permitem debater em pé de igualdade são igualmente compartilhados”, corresponde a uma ilusão comprovada, quando se observa que as situações de negociação não são necessariamente simétricas. Conclui Ost mediante a afirmação de que crer no consenso habermasiano “é expor-se ao retorno brutal do estado de natureza sob a máscara sorridente da composição”¹²³².

O discurso racional, originador de consenso, argumenta Kaufmann, enquanto tal, “não diz o que é verdadeiro ou correto, nem o que devemos fazer”, por isso, jamais poderá substituir “o conhecimento e a experiência de parceiros de discurso”¹²³³. Não indicando a tese discursivo-procedimental os meandros para se alcançar a verdade sobre a questão jurídica em debate, limitando a valorizar o consenso e a representação da realidade, deve-se adentrar no campo hermenêutico-filosófico, para que seja possível a concretização de um proveitoso empreendimento. Compreender as normas jurídicas protetivas dos consumidores, presentes na Constituição Federal e na Lei n. 8.078/90, é atividade que não prescinde de uma visão complexa e ampla sobre os institutos jurídicos envolvidos.

¹²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 139.

¹²³⁰ OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005, p. 394 e 395.

¹²³¹ *Ibidem*, *idem*.

¹²³² *Ibidem*, *idem*.

¹²³³ KAUFMANN, Arthur (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 205.

7.2.3 Hermenêutica Crítica

A Crítica Hermenêutica do Direito, defendida por Lênio Streck¹²³⁴, com fundamento nas concepções filosóficas de Hans Georg Gadamer¹²³⁵ e Martin Heidegger, possibilita aos aplicadores do direito o desvelar do sentido do ser e, através de uma atuação crítica e ativa, transformar os paradigmas que ainda reinam no campo jurídico, conforme salienta Ricardo Maurício Freire Soares¹²³⁶. Para as instituições e sujeitos envolvidos com a tutela dos consumidores, no âmbito processual ou administrativo, a corrente hermenêutica serve como verdadeiro guia para dirimir as questões problemáticas que circundam a prestação de informações sobre os produtos e serviços.

A Nova Hermenêutica Crítica, tendo a ontologia fundamental como matriz teórica originária, objetiva, através de um exame de natureza fenomenológica, o “des-velamento” de todo fenômeno jurídico que termina sendo ocultado no cotidiano, em razão do modo como tem sido apreendido¹²³⁷. A compreensão das normas jurídicas consumeristas não pode ser alcançada por meio de um simples silogismo, sendo que, conforme leciona Heidegger, “o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado”¹²³⁸. A descoberta do *Dasein*, utilizando-se a linguagem heideggeriana, consiste na principal tarefa do aplicador do direito que se debruça sobre uma tese substancialista e não discursivo-procedimental.¹²³⁹ Para a solução do problema examinado nesta tese, é fundamental uma interpretação crítica das normas consumeristas a fim de desvelar o seu verdadeiro sentido (*Dasein*), não se restringindo o hermeneuta à análise literal. Como dito em vários outros trechos, a simples exegese dos artigos que tratam das garantias dos produtos e serviços impulsionaria à

¹²³⁴ Explica Lênio Streck que a ontologia permite compreender que, debaixo da práxis, existe outra camada fundamental. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 39.

¹²³⁵ Consultar: GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. 6. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, p. 233; e HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 5. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

¹²³⁶ SOARES, R. M. F. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, 184 p. SOARES, R. M. F. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, 217 p. SOARES, R. M. F. *Sociologia Do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, 144p .

¹²³⁷ “Ter em vista a essência do fundamento com o ser enquanto tal”. HEIDEGGER, Martin. *O Princípio do Fundamento*. Trad. Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1957, p. 88.

¹²³⁸ Ibidem, idem.

¹²³⁹ “Desde *O Ser e o Tempo*, se fala muito do *Dasein* como ser-no- mundo, porém, o mundo deste *Dasein* não é um cosmos ordenado, senão nosso mundo-com e o entorno próximo é também mais amplo (...)” (tradução livre). LÖWITH, Karl. *Heidegger, pensador de un tiempo indigente*. Sobre la posición de la filosofía en el siglo XX. Trad. Román Setton. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 351.

compreensão de que o fornecedor não é obrigado a informar ao consumidor sobre a proteção legal. Todavia, a Nova Hermenêutica Crítica propicia a identificação do sentido legal daquelas normas mediante uma análise conjunta com os dispositivos constitucionais que conferem o status de fundamental ao direito do consumidor.

Como desvelar o ser contido nas normas consumeristas que tratam sobre a garantia dos produtos e serviços e o direito à informação? Propõe a Hermenêutica Crítica que, ao invés do consenso habermasiano, os sujeitos jurídicos exercitem a transcendência, através da qual “não apenas somos, mas percebemos que somos e que somos aquilo que nos tornamos através da tradição”¹²⁴⁰. A principal objeção contra a teoria do consenso, afirma Kaufmann, ocorre em virtude de que “a descoberta da verdade se torna num negócio consigo mesmo, que também serve para legitimar como verdadeira a formalmente concreta mentira consentida”¹²⁴¹.

Na consecução dessa atividade, “pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo” exercem uma função imprescindível, não sendo possível separar o direito da sociedade em movimento¹²⁴². Se o sujeito vale-se da carga de conhecimento de experiência, que já carrega consigo, vem, à tona, o “círculo hermenêutico” delineado por Gadamer¹²⁴³. A indagação em torno da verdade, assevera Heidegger, “conduz-nos de volta à pergunta peculiar acerca de nós mesmos”, todavia, complementa que isso é, inicialmente, apenas uma caracterização antecipatória e genérica do horizonte no qual se tem que inserir “de maneira questionadora e que vai-se esclarecendo pouco a pouco, na medida em que as questões vão progressivamente se tornando mais determinadas”¹²⁴⁴.

Retornando ao ponto acerca de como a Hermenêutica Crítica auxiliará na compreensão e aplicação das normas consumeristas, elencam-se quatro etapas vistas como fundamentais. No primeiro plano, o intérprete não pode se apegar ao “império das regras, transformadas em significantes primordiais-fundantes, aptos para subsunções e deduções”¹²⁴⁵ - deve-se partir do raciocínio de que aquelas normas trazem ínsito um conteúdo que vai além

¹²⁴⁰ Explica Lênio Streck que a ontologia permite compreender que, debaixo da práxis, existe outra camada fundamental. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 120.

¹²⁴¹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 3. ed. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 422.

¹²⁴² STRECK, Lênio, op.cit., p. 267.

¹²⁴³ GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Editora Vozes, 2002, vols. I e II.

¹²⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 76.

¹²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 191.

da sua leitura exegética. Em segundo, não acatar posicionamentos estereotipados, apresentados por sujeitos jurídicos e instituições que se fundam no fantasioso consenso. No terceiro estágio, direcionar-se para a descoberta do ser contido no ente normativo através da pré-compreensão gadameriana¹²⁴⁶. Por fim, valer-se da descoberta da verdade, contida no ente e revelada pelo encontro do ser, para uma mudança paradigmática.

Para uma compreensão mais abalizada da aplicação da Hermenêutica Crítica às relações de consumo, urge que cada etapa, acima registrada, seja vinculada com a questão atinente às normas que regem as garantias dos produtos e serviços. Como explanado em linhas precedentes, o sujeito jurídico, ao se deparar com a questão, não poderá optar por uma conduta metafísica, baseada na filosofia da consciência, concebendo a norma jurídica como algo pronto e distante. A linguagem, explicita Lênio Streck, deixa de ser “uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade”, deixando o processo interpretativo de ser “reprodutivo (*Auslegung*)” e transformando-se em “produtivo (*Sinngebung*)”¹²⁴⁷.

Sendo o texto da norma inseparável de seu sentido, o intérprete não pode olvidar de persegui-lo e, para tal, faz-se necessária uma “clivagem entre nós e o mundo, porque nunca atingimos o mundo dos objetos de maneira direta, mas, sim, sempre pelo discurso”¹²⁴⁸. Não ficando o hermeneuta preso às amarras linguísticas das normas consumeristas, terá que partir para o seu sentido, a ser investigado não pelo objetivismo – que lhe conduz a considerá-lo dado, nem por um subjetivismo – ou “posturas axiológicas *lato sensu*, que desconsideram ou relativizam o texto”¹²⁴⁹.

Caso o intérprete se mantivesse contido na análise literal das normas consumeristas, tenderia a pensar que o fornecedor não teria obrigação de prestar informações sobre a proteção legal relativa aos produtos e serviços. Ao conceder a garantia contratual, pelo simples fato de o parágrafo único do art. 50 do CDC não prever, expressamente, a obrigação de informar sobre a garantia legal, imaginar-se-ia que nenhuma exigência dessa natureza poderia ser-lhe direcionada. E o que seria muito mais preocupante: quando o fornecedor não optasse por disponibilizar a garantia contratual dos bens de consumo, nenhum dever poderia ser-lhe imputado em esclarecer ao consumidor acerca das normas protetivas relativas aos

¹²⁴⁶ GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Editora Vozes, 2002, vol. I, p. 141.

¹²⁴⁷ Ibidem, idem.

¹²⁴⁸ STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 48.

¹²⁴⁹ STRECK, Lênio, op. cit., p. 271.

vícios e defeitos que os bens podem apresentar - isso porque não existe nenhuma norma que trate desse aspecto.

Por mais que o dever de bem informar ao consumidor sobre a proteção legal em face dos vícios e defeitos dos produtos não esteja expresso naquele dispositivo legal e não exista norma que o arregime, quando ausente a garantia contratual, com base na tradição, configurada pela pré-compreensão, têm-se as ferramentas para exigí-lo. Além de o direito do consumidor ser reconhecido, no âmbito da Constituição Federal, como fundamental, exigindo a aplicação de princípios protetivos, pela vivência histórico-cultural e socioeconômica, a sua vulnerabilidade é patente e implica em uma hermenêutica crítica. Todo o arcabouço constitucional e normativo-consumerista deverá ser interpretado/aplicado para que o fornecedor seja obrigado a esclarecer ao consumidor sobre os bens presentes no mercado.

A resolução dessa questão conflituosa perpassa pela Hermenêutica Crítica, que propõe o desvelamento do ser e a busca da “verdade” através de um percurso constitucional, como será visto a seguir. No capítulo preliminar, abordou-se a proteção constitucional do consumidor e, nessa oportunidade, dentro de uma perspectiva filosófica, deve-se, mais uma vez, enaltecer a relevância da atual Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

7.2.3.1 Em Busca da “Verdade”: “A Constituição (ainda) constitui”¹²⁵⁰

A “verdade” sobre como solver o problema relativo à prestação de informações acerca da proteção do consumidor quanto aos produtos e serviços existentes no mercado de consumo, vincula-se à valorização da Constituição Federal como norma suprema regente de todo o ordenamento jurídico. No cerne do Texto Maior, localiza-se a resposta sobre a questão investigada em que, realmente, consiste a “verdade” que guiará o intérprete que opta pela Nova Hermenêutica Crítica.

Se a Carta Magna do Brasil fosse valorizada e respeitada, muitas questões sequer seriam levantadas, dentre as quais o direito do consumidor de ser bem informado. Em decorrência da Constituição ter sido transformada em um “território inóspito” ou “espécie de latifúndio improdutivo”, causada pela ausência de uma pré-

¹²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 9.

compreensão adequada sobre a sua relevante função, diversos supostos casos pseudocomplexos surgem¹²⁵¹. Tudo isso resulta da “baixa compreensão” do sentido e da importância da Constituição Federal e, por via de consequência, da sua “baixa aplicação”¹²⁵².

Não sendo reconhecidas nem aplicadas as normas constitucionais protetivas dos consumidores, questionamentos sobre o dever de o fornecedor devidamente informá-los poderiam emergir. No entanto, visualizando-se a Constituição como a estrutura jurídico-política de um Estado concreto, assinala Garcia-Pelayo, nascerá um sistema de conexões e relações necessárias entre as partes e dessas com o todo, convertendo-se em unidade¹²⁵³. Há de produzir-se, assim, complementa o autor, “una correlación recíproca, condicionadora y condicionante, entre la constitución y los demás componentes de dicha estructura total del Estado y de la Sociedad em que está inserta”¹²⁵⁴. A interligação entre todas as normas do ordenamento jurídico, dentre as quais as de natureza consumerista, com a Constituição Federal de 1988, faz com que dúvidas infundadas sejam arrebataadas.

O dirigismo da Constituição Federal Brasileira de 1988 é fator que não pode restar despercebido para a compreensão da real e efetiva proteção do consumidor. A tese do dirigismo constitucional foi elaborada, inicialmente, por Peter Lerche¹²⁵⁵ e corroborada por J. J. Gomes Canotilho¹²⁵⁶, disseminando-se, *a posteriori*, pela doutrina constitucional portuguesa. No Brasil, tem-se concebido a atual Carta Constitucional como um instrumento dirigente e compromissório, a serviço da concretização dos direitos fundamentais em caráter prioritário¹²⁵⁷. A tese do “constitucionalismo adequado”¹²⁵⁸ defende que devem ser resgatadas as especificidades das Constituições e a sua capacidade dirigente e compromissória, tudo com o objetivo de concretização dos valores que estão no seu âmago¹²⁵⁹.

¹²⁵¹ STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p. 48.

¹²⁵² *Ibidem*, p. 47.

¹²⁵³ “uma correlação recíproca, condicionadora e condicionante, entre a constituição e os demais componentes de dita estrutura total do Estado e da Sociedade em que está inserta”. GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1964, p. 120.

¹²⁵⁴ *Ibidem*, *idem*.

¹²⁵⁵ LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bildung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed. Goldbach, Keip Verlag, 1999, p. 60 e seg.

¹²⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1994.

¹²⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 9 e 10.

¹²⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

¹²⁵⁹ TRIBE, L. H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *The Yale Law Journal*, New York, Tfe Foundation Press, 1988, vol. 89, 1073, 1980, p. 1065 e segs.

O “novo Constitucionalismo”, leciona Streck, tem por fundamento a aplicação dos princípios e não a sua ponderação¹²⁶⁰, como orienta Alexy, pois não se pode confundir texto e norma. Nos próximos tópicos, defender-se-á, com base na “renovação dogmática dos direitos fundamentais”, proposta por Lorenzo Martín-Retortillo e Ignacio Otto y Pardo, que, se encontrando o direito do consumidor e a livre iniciativa em níveis valorativos diversos, não incidiria a ponderação de tais bens, devendo-se recorrer aos princípios constitucionais¹²⁶¹. Não há o que ponderar entre o direito do consumidor à informação adequada e a autonomia privada do fornecedor diante do caráter fundamental do primeiro e do menor potencial do segundo – sem desconsiderar que a proteção do consumidor integra o rol de princípios da Ordem Econômica Brasileira.

A busca pela “verdade” não significa que existam múltiplas respostas justas para uma mesma questão¹²⁶². Lênio Streck, apoiando-se em Gadamer, defende que há “uma resposta verdadeira, correta; nem a única nem uma entre várias corretas; apenas 'a' resposta, que se dá na coisa mesma”¹²⁶³. Alicerçando-se nos dois teoremas gadamerianos fundamentais – o círculo hermenêutico e a diferença ontológica, enaltecem a existência de uma única resposta correta. Complementa ainda que Ronald Dworkin também concebe que apenas uma resposta ideal deve vir à tona – o conteúdo da obra “Levando os Direitos a Sério”, de fato, denota que uma solução justa é o que procura o “Juiz Hércules”¹²⁶⁴

A “verdade”, por mais que pareça impossível de ser alcançada, pode ser conciliada com a investigação crítica dos fatos¹²⁶⁵, desenvolvendo Gadamer, na atualidade, a filosofia da verdade de maior abrangência, objetivando buscar a “experiência da verdade que supere a área de controle do método científico por toda a parte, onde quer que ela esteja, e questionar a

¹²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 266.

¹²⁶¹ MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris Serguerievitch. *Novas tendências do direito constitucional*. Trad. Candido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933, p. 45.

¹²⁶² “O mundo é a minha noção; (...) nenhuma verdade é, portanto, mais certa, sobretudo mais independente de outras e necessita menos de prova do que essa, para a qual tudo aquilo que existe para o conhecimento, ou seja, o mundo inteiro, é somente um objeto em relação ao sujeito; ou seja, o mundo inteiro, é somente um objeto em relação ao sujeito; opinião do opinante”. SCHOPENHAUER, Artur. *O Mundo como Vontade e Representação*. Trad. M. F. Sá Correia. Portugal: RES-Editora Ltda, 2000, p. 431.

¹²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 267.

¹²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Claret, 2002.

¹²⁶⁵ SERRES, Michel Serres. *Hominescências*. O Começo de uma Outra Humanidade. Trad. Edgard Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 244.

sua própria legitimação”¹²⁶⁶. A “verdade” não será alcançada pela exegese literal dos textos jurídicos nem pelo consenso, acentuando Peter Häberle que todas as ordens jurídicas, inclusive as constituições, “podem 'mentir'”, sendo esse questionamento legítimo, “pois o direito positivo também é obra da imperfeição humana”¹²⁶⁷.

Como, então, encontrar a “verdade” no campo das relações entre fornecedores e consumidores? É preciso, verbera Foucault, que “essa verdade afete o sujeito, e não que o sujeito se torne objeto de um discurso verdadeiro”¹²⁶⁸. Quatro princípios são por ele enumerados para viabilizar a procura pela verdade: *inversão*, *descontinuidade*, *especificidade* e *exterioridade*¹²⁶⁹. De acordo com o primeiro princípio, os sujeitos não encontrarão a realidade como algo pronto - é preciso reconhecer, ao contrário, “o jogo negativo de um recorte e de uma rarefação do discurso”¹²⁷⁰. O segundo princípio revela: “o fato de haver um sistema de rarefação não quer dizer que, por baixo deles e para além deles, reine um grande discurso ilimitado, contínuo e silencioso” - deve-se alcançar, enfim, a “verdade”¹²⁷¹. O terceiro princípio, o da *especificidade*, não é cúmplice do conhecimento humano, “deve-se concebê-lo como uma violência que fazemos às coisas”¹²⁷². O último princípio possibilita que o passe para o seu “núcleo interior e escondido”, ou seja “para o âmago de um pensamento ou de uma significação que se manifestariam nele”¹²⁷³.

Nas relações de consumo, para a solução dos conflitos entre fornecedores e consumidores, reitera-se o quanto já dito sobre a importância de uma releitura crítica das normas, conectando-as com os valores jurídicos e não ficando o intérprete limitado a um ramo jurídico, ignorando os demais, acima de tudo, a Constituição Federal. Assim sendo, seguindo-se as orientações de Peter Häberle, o Estado constitucional não tem como prosperar “sem certas pretensões de verdade”, sendo necessário “ser cético perante todas as verdades não-

¹²⁶⁶ GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Trad. Enio Paulo Giachini. São Paulo: Editora Vozes, 2002, vol. I, p. 27.

¹²⁶⁷ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 121.

¹²⁶⁸ FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 217.

¹²⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, p. 121.

¹²⁷⁰ *Ibidem*, *idem*.

¹²⁷¹ *Ibidem*, *idem*.

¹²⁷² *Ibidem*, *idem*.

¹²⁷³ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. 2. ed. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 51.

relativas, porém não se deve renunciar às verdades absolutas como dignidade da pessoa humana, liberdade e tolerância”¹²⁷⁴.

Na investigação sobre a “verdade”, a dignidade humana encontra-se no ápice e, nas relações de consumo, deve ser preservada, através do respeito ao direito básico do consumidor de ter acesso a informações verdadeiras sobre os produtos e serviços, assim como de ser conscientizado e educado para tal. Em seguida, vocifera Häberle que “De certa forma, é perfeitamente possível dizer que a equidade é a 'verdade do direito'” e isso não significa uma sobrecarga do Estado constitucional, pois ela é *imane*nte em diversas formas de manifestações e combinações¹²⁷⁵. Se a “verdade” equivale à equidade, outra conclusão não se pode chegar de que compete ao fornecedor informar para o consumidor todos os aspectos pertinentes aos bens colocados no mercado para que a relação jurídica estabelecida seja harmônica e equilibrada devido à vulnerabilidade da população que a integra.

A dignidade humana e a igualdade material são valores estampados na Constituição Federal de 1988 capazes de “condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário”, influenciando ainda diretamente as relações sociais¹²⁷⁶. O direito não é mais ordenador, como na fase liberal, nem o provedor do *welfare state*, é um “*plus* normativo (transformador)” - afirma Streck, pois a Constituição “(ainda) constitui”, sendo o instrumento que coordenará a busca pela “verdade”, evitando decisionismos e arbitrariedades interpretativas¹²⁷⁷. Mais uma vez, reitera-se que a Carta Magna Brasileira guiará as relações entre consumidores e fornecedores e a “verdade”, que corresponde ao respeito à dignidade humana e a equidade, deve reinar.

7.3 HERMENÊUTICA SISTEMÁTICA E AXIOLÓGICA EM PROL DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

A inexistência de norma jurídica na Lei n. 8.078/90 que determine, de forma expressa e direta, o dever de o fornecedor prestar informações sobre a proteção legal deferida em prol dos consumidores diante dos vícios que podem acometer os produtos e serviços não equivale à ausência de proteção dessa vulnerável categoria. A interpretação dos ditames

¹²⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 128.

¹²⁷⁵ Ibidem, idem.

¹²⁷⁶ GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: Carbonell, Miguel (Org.). *Neonconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.

¹²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p. 9.

constitucionais¹²⁷⁸ e legais à luz de uma hermenêutica sistemática e axiológica é inegavelmente o instrumento que possibilitará a resolução da situação-problema que, ora, se examina. Não se faz necessária a criação de novas normas, sendo o aparato jurídico vigente satisfatório – o que se preconiza é um reexame do arcabouço existente mediante uma concepção hermenêutica crítica, que se volte para uma análise da verdadeira função das normas constitucionais e dos princípios que emergem do microssistema consumerista, tendo-se como diretrizes os valores fundantes.

7.3.1 Concepção Sistemática do Problema

A análise de qualquer problema de natureza jurídica perpassa pela consideração do ordenamento jurídico como um todo interligado e dependente do conjunto das normas constitucionais. O fato de o legislador infraconstitucional não ter criado norma específica acerca do direito do consumidor de ser bem informado pelo fornecedor no que concerne à garantia legal dos produtos e serviços não origina lacuna – o mesmo se pode afirmar quanto ao direito do consumidor de ser devidamente conscientizado e educado. Dentro de uma concepção sistemática, a proteção constitucional, acima examinada, será evocada para que a devida solução seja alcançada.

Na Ciência do Direito, assevera Canaris, o sistema deve cumprir uma *função* significativa no exame e na busca de solução para os casos problemáticos e as suas características são a ordem e a unidade. Havendo uma estrutura uníssima, as normas estão interligadas, encontrando-se, assim, os ditames consumeristas congregados com os presentes na Constituição Federal. Observando-se a predominância do Texto Maior sobre todas as demais normas, ainda que não haja norma expressa sobre a informação relativa à garantia legal, a proteção constitucional, por possuir um status superior, é suficiente para a exigir¹²⁷⁹.

O sistema assenta-se nas ideias da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, configurando-se no tipo valorativo ou axiológico e não lógico-formal ou

¹²⁷⁸ Sobre o tema, consultar: SOARES, R. M. F. Por uma Nova Interpretação Constitucional. *JAM Jurídica* (Salvador), Salvador, v. Ano X, n.1, p. 1-4, 2005. SOARES, R. M. F. Reflexões sobre a Interpretação Constitucional. *RTE, Revista de Tecnologia Empresarial*, v. IV, p. 45-61, 2006.

¹²⁷⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. 279.

axiomático-dedutivo¹²⁸⁰. Quando se propugna que as normas constitucionais sejam os instrumentos condutores da solução do problema sobre o direito do consumidor à informação através do pensamento sistemático, ao mesmo tempo, valores orientadores devem vir à tona. Como aduz Canaris, o argumento sistemático é apenas “uma forma especial de fundamentação teleológica e deve ser admissível e relevante”¹²⁸¹.

Argumentos sistemáticos, por definição, aduz Canaris, “nada mais representam do que os valores fundamentais da lei pensados, até o fim, em termos de igualdade”, resultando a sua legitimidade e a sua força reguladora, em simultâneo, “da autoridade do Direito positivo e da dignidade do princípio da justiça”¹²⁸². Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, complementa Canaris, a ideia de sistema jurídico justifica-se “a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade”¹²⁸³.

Fundando-se o pensamento sistemático na ideia de Direito “como o conjunto de valores jurídicos mais elevados”¹²⁸⁴, é preciso identificar quais devem propiciar a resolução da situação em estudo. A autonomia privada do fornecedor, consequência do reconhecimento constitucional da livre iniciativa, deve ser amenizada mediante a “ação conjunta dos princípios da auto-determinação, da auto-responsabilidade e da proteção do tráfego e da confiança”¹²⁸⁵, como será visto no tópico seguinte que será destinado à análise da importância dos valores para que os problemas jurídicos sejam solucionados.

Não se pode dissorciar o universo jurídico de uma concepção axiológica, pois, como afirma Karl Larenz, o direito é uma arte da cultura e essa refere-se à realidade referida a valores; “el Derecho, pues, es una realidad determinada, es una peculiaridad, por la referencia al valor específicamente jurídico, la justicia”¹²⁸⁶. Os problemas jurídicos provocam uma concepção que não fica adstrita tão somente a

¹²⁸⁰ Ibidem, idem.

¹²⁸¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. 153.

¹²⁸² Ibidem, p. 154.

¹²⁸³ Ibidem, p. 22.

¹²⁸⁴ Ibidem, idem.

¹²⁸⁵ Ibidem, idem.

¹²⁸⁶ “o Direito, pois, é uma realidade determinada, é uma peculiaridade, pela referência ao valor especificamente jurídico, a justiça” (traduziu-se). LARENZ, Karl. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Trad. E. Galán Gutiérrez y A. Truyol Serra. Zagorova: Talleres Editoriales Cometa, S.A., 2006, p. 150.

uma incessante análise normativa, devendo-se, a partir da interpretação dos ditames legais, adentrar na seara hermenéutica sistemática em busca da identificação dos valores que possam orientar o trabalho do intérprete¹²⁸⁷.

Qualquer sistema jurídico, para que possa ser razoavelmente compreendido e aplicado, não prescinde do processo de valoração¹²⁸⁸. Se se pretende êxito em construir uma teoria universalmente válida, argumenta Bobbio, “o cientista deve ter bem presente os juízos de valor, justamente porque os valores representam a esfera irracional”¹²⁸⁹. Ele entende por 'uso axiológico' aquele “que dela se faça para dividir o universo em questão em partes contrapostas quanto ao valor”¹²⁹⁰. Isto porque a lei é sempre algo geral, e há casos em que não é possível formular um enunciado geral que se lhe aplique com certeza - “não é um fim, mas um meio” para a promoção dos direitos da coletividade¹²⁹¹. Nessa linha de raciocínio, o direito à informação do consumidor será resguardado por meio de uma hermenêutica constitucional de cariz eminentemente axiológico.

Uma análise perfunctória e meramente positivista da questão poderia causar a impressão de que a sua solução estaria jungida à inserção de norma expressa na Lei n. 8.078/90 sobre o direito do consumidor à informação. No entanto, não se tem mais necessidade de novas normas, mas, sim de uma séria e efetiva concreção dos dispositivos constitucionais que protegem a coletividade consumerista. Se fossem criadas normas para tratarem todas as especificidades da sociedade demasiadamente fluída que, hoje, vivencia-se, atendendo-se a diversas particularidades, haveria um “caos normativo”. Concorda-se com Novoa Monreal quando defende que um sistema legal tenha como notas distintivas o “ser simples, conciso e facilmente modificável, conforme as exigências sociais”. A flexibilidade e a simplicidade das normas jurídicas devem ser, por conseguinte, “uma meta decididamente almejada dentro de uma sociedade em processo de transformação”¹²⁹².

Quanto mais apegada à vida, mais concreta, mais casuística seja uma ordem jurídica, “mais atada se encontra à sua matéria cultural e econômica, e condenada a parecer com ela” –

¹²⁸⁷ LARENZ, Karl. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Trad. E. Galán Gutiérrez y A. Truyol Serra. Zagarova: Talleres Editoriales Cometa, S.A, 2006, p. 151.

¹²⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 253.

¹²⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *Direito e Poder*. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008, p. 100.

¹²⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 141.

¹²⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 41.

¹²⁹² MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 53.

verberava Radbruch¹²⁹³. Faz-se necessária uma compreensão crítica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor como um microsistema que não se dissocia das normas constitucionais e que deve ser sempre interpretado, tendo como parâmetro a Carta Magna do País. Não se necessita mais de novas normas e, sim, de interpretação e de aplicação, como processos inseparáveis, que “se conjugam numa indissolúvel unidade”¹²⁹⁴, pois, como afirma Castanheira Neves, a norma não é uma entidade de sentido normativo absoluto e invariável mas, antes, “uma variável normativa em função do problema judicativo-decisório que a convoca, a interroga problematicamente e a vai determinando na sua normatividade judicativamente assimilada”¹²⁹⁵.

O aspecto axiológico do discurso normativo não pode ser desprezado por aqueles que pretendem desenvolver uma hermenêutica sistemática e não meramente lógico-dedutiva. Salienta Tércio Sampaio Ferraz que a presença dos valores no discurso normativo “não faz da norma um juízo de valor”, mas também não autoriza a vê-la como axiologicamente neutra¹²⁹⁶. Compreender as normas jurídicas e apreender o seu significado é tarefa que não pode desprezar uma avaliação do sistema que as congrega, sob a ótica valorativa e crítica. Para isso, a ética dos que participam dos negócios jurídicos, fincados no campo consumerista assume, uma posição de inegável importância¹²⁹⁷.

A ligação existente entre a ordem moral e a ordem jurídica não pode ser ignorada, afirmando Paulo Bezerra que o direito consiste “na realização de justiça na vida social; e a justiça as envolve, porque é mister que as duas ordens sejam unidas, ainda que diferenciadas”¹²⁹⁸. A existência de valores inerentes ao homem, como fundamentais e fundantes, complementa Bezerra, “que lhe guiem ou sejam referenciais de seu destino, que lhe determinem o agir e o pensar”, não pode ser ignorada pelo jurista¹²⁹⁹. Aduz ainda que “Por desejarmos valores que os outros homens também desejam, é que surgem os conflitos”, não podendo ser superados sem uma concepção axiológica¹³⁰⁰.

¹²⁹³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944, passim.

¹²⁹⁴ NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 344.

¹²⁹⁵ *Ibidem*, idem.

¹²⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 2009, p. 155.

¹²⁹⁷ Sobre o tema, também, consultar: GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

¹²⁹⁸ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça*. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2008. p. 25.

¹²⁹⁹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça*. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2008. p. 7.

¹³⁰⁰ *Ibidem*, p. 17.

A ética visa a duas metas principais que, segundo Paulo Bezerra, destinam-se a “superar os conflitos inerentes ao ser humano e à sociedade”; e a “dimensionar os comportamentos pessoais e coletivos, no sentido da construção da vida numa sociedade justa”¹³⁰¹. Não há como dissociar a análise de qualquer problema jurídico da questão moral e ética, visto que “não se concebe experiência jurídica de todo dissociada de justiça, logo de uma postura ética, seja na elaboração da lei, seja em sua interpretação ou aplicação”¹³⁰². O direito deve, necessariamente, atentar para questões sociais que extrapolam o fenômeno jurídico em sentido estrito, complementa o autor, visto que, não existindo o direito senão pela sociedade, “pode admitir-se que todos os fenômenos jurídicos são, pelo menos de certo modo, fenômenos sociais”¹³⁰³.

Para que o fornecedor seja instado a prestar informações ao consumidor sobre a garantia legal dos bens que disponibiliza, não se fazem necessárias normas específicas sobre o tema. A proteção constitucional constante na Carta de 1988 é satisfatória; porém, a interpretação das normas que a compõem deve ser orientada por valores e não por uma singela subsunção - como afirmava Aristóteles, “O equitativo, sem ser justo, não é, porém, o justo segundo a lei, mas, sim, um corretivo da justiça legal”¹³⁰⁴. Entende-se por ética material de valor ou ética da bondade, segundo Ricouer, “uma doutrina do agir correto eticamente (moralmente), que se origina por valores ou bens materialmente éticos ('materiais' em oposição a puramente formais)”¹³⁰⁵. É essa ética que deve ser o guia da hermenêutica constitucional em prol dos interesses e direitos dos consumidores¹³⁰⁶.

Não há como deixar de reconhecer que, atualmente, passou-se a exigir, como condição da convivência humana harmoniosa, o consenso social sobre a força ética de uma tábua hierárquica de valores. A compreensão da pessoa provoca o reconhecimento de que “o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ele é ao mesmo tempo o legislador universal, em função dos valores éticos, e o sujeito que se

¹³⁰¹ Ibidem, idem.

¹³⁰² BEZERRA, Paulo Cesar Santos, op. cit., p. 26.

¹³⁰³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 31.

¹³⁰⁴ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. J. Tricot. São Paulo: Martins Claret, 2000, p. 15.

¹³⁰⁵ RICOEUR, Paul. *O Justo I*. A justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 321.

¹³⁰⁶ Afirma Javier Hervada que “(...) As leis, por sua própria natureza, não são nem podem ser neutras em relação à moral. Quando se tenta construir um Estado neutro ou amoral e um sistema de leis igualmente neutro ou amoral, o que na realidade ocorre é que se introduz um Estado ou umas leis imorais, pois a amoralidade é uma forma particular de imoralidade. (...)”. HERVADA, Javier. *O que é o direito: a moderna proposta do idealismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 141.

submete voluntariamente”¹³⁰⁷. A nova visão da realidade axiológica transformou toda a teoria jurídica, razão pela qual, aduz Fábio Konder Comparato, “o conjunto dos direitos humanos forma um sistema correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social”¹³⁰⁸.

Os comandos e as proibições do direito, como observa Karl Engisch, têm as suas raízes nas chamadas normas de valoração, mas a “valoração só se torna genuína regra jurídica ao armar-se com um imperativo. Com simples normas de valoração não poderia o Direito exercer o domínio que lhe compete sobre a vida dos homens em comunidade”¹³⁰⁹. Normas jurídicas são imperativos, porém, de natureza axiológica, insusceptíveis de serem reduzidas a meras “manifestações de vontade”, pois pressupõem sempre um plexo de valorações. Enquanto houver humanidade, afirma Agnes Heller, “enquanto houver história, haverá também desenvolvimento axiológico no sentido acima descrito.”¹³¹⁰

A autonomia do fornecedor de produtos e serviços, dentro do sistema capitalista em que se vive, não será aniquilada, mas há que ser interpretada com esteio nas normas constitucionais, mediante uma hermenêutica baseada na concepção sistemática e axiológica. A autonomia privada e a liberdade de mercado não podem ser vistas como absolutas, desconsiderando-se os demais participantes das relações contratuais vez que são seres dignos de respeito e consideração. Isso porque, conforme questiona Rudolf Von Jhering, toda a cultura e a história repousam “na valorização da existência humana individual para os fins da coletividade”, pois, “não há vida humana que exista meramente para si”¹³¹¹. O sentimento jurídico não pode se afastar da eticidade e, por via de consequência, dos valores que permeiam o ordenamento jurídico, razão pela qual dedicar-se-á um tópico específico para o tratamento da tábua valorativa que influenciará a interpretação das normas constitucionais protetivas dos consumidores¹³¹².

7.3.2 Inegável Influência dos Valores

¹³⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27.

¹³⁰⁸ Essa exigência da incidência do juízo axiológico no caso concreto é o que a técnica jurídica germânica denomina *Güter Abwägung* e a anglo-saxônica de *balancing*.

¹³⁰⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 35.

¹³¹⁰ HELLER, Agnes. *O Cotidiano e a História*. 8. de. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 22.

¹³¹¹ JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 65.

¹³¹² JHERING, Rudolf von. *Sobre el nacimiento del sentimiento juridico*. Trad. Federico Fernández-Crehuet. Madrid: Minima Trotta, 2008, p. 36.

A interpretação e a aplicação das normas existentes no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, dentro da concepção sistemática que se apregoa, são afazeres que estão interligados com a hermenêutica de matriz constitucional e axiológica. Como visto, o microsistema consumerista não pode ser visualizado de modo apartado do conglomerado de normas constitucionais e, dentro dessa perspectiva, pode-se exigir do fornecedor a contrapartida de bem informar ao consumidor, eis que possuidor de um direito fundamental regrado pela Carta Maior.

O intercâmbio entre as normas do CDC e a Constituição Federal é o primeiro passo para a solução da problemática em análise, constituindo-se a identificação da carga valorativa a segunda etapa dessa trajetória. A norma não deixa de perquirir *um juízo lógico*, mas, como pontua Miguel Reale, é bem mais do que isto: o enlace lógico-normativo “não é senão o modo de significar uma realidade humana distinta, com o sentido do valor ou dos valores que lhe correspondem”¹³¹³. Cada norma jurídica, acrescenta Reale, significa aquela “solução ou composição tensional que, no âmbito de certa conjuntura histórico-social, é possível atingir-se entre *exigências axiológicas*”, além de um dado complexo de fatos, ou seja, “todas as condições, circunstâncias e realidades já existentes no ato em que a norma surge”¹³¹⁴.

Dentro da teoria tridimensional do direito, proposta por Reale, dispositivos legais, fatos e valores estarão sempre em conexão, não sendo possível dissociar-se e isolar-se as normas de uma concepção axiológica. As normas não têm significação em si mesma, como uma expressão matemática, ou seja, “abstraída da experiência (normativismo abstrato), mas valem na funcionalidade dos momentos que condicionam a sua eficácia (normativismo concreto)”¹³¹⁵. A despeito de assinalar um *momento conclusivo*, a norma encontra-se inserida em um “*processus* sempre aberto à superveniência de novos fatos e novas valorações”, não podendo ser interpretada e aplicada como simples proposição lógica, visto que sua estrutura lógico-formal é *suporte* de significações estimativas, e pressupõe permanente referibilidade ao plano fático¹³¹⁶.

Sendo a norma dotada de certa *elasticidade*, é “capaz de atender, em maior ou menor grau, às variações fático-axiológicas”¹³¹⁷, assinala Reale, como se verifica *in casu*, quando os dispositivos legais que tratam da garantia dos bens de consumo são interpretados com base nos ditames constitucionais e nos valores regentes. Ao invés de se propor uma alteração

¹³¹³ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

¹³¹⁴ *Ibidem*, p. 201.

¹³¹⁵ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

¹³¹⁶ *Ibidem*, *idem*.

¹³¹⁷ *Ibidem*, *idem*.

legislativa para que o CDC contenha regra expressa sobre o assunto, defende-se a sua interpretação em conformidade com a Constituição Federal, através da hermenêutica axiológica. Alerta Paulo Bezerra que o excesso de normatização “inexoravelmente choca-se com a liberdade de cada indivíduo em particular e com o conjunto de homens numa dada sociedade”.¹³¹⁸

Valores transitam por todo microsistema instituído para reger as relações jurídicas entre os fornecedores e os consumidores, destacando-se a verdade, a segurança, a igualdade, a liberdade e a justiça. A forma de compreensão destes instrumentos axiológicos variará de acordo com a concepção adotada pelo investigador da questão jurídica colocada em pauta. Apresentando reflexos distintos no campo prático, o *modus* de interpretação dos valores deve ser revisitado antes de conectá-los com a proposta deste trabalho¹³¹⁹.

Eixos e coordenadas de todo sistema jurídico, os valores merecem um lugar de fundamental destaque, constituindo, obrigatoriamente, objeto de estudo em qualquer dimensão normativa¹³²⁰. Problemas jurídicos exigem o estudo de *atos, valores e normas*¹³²¹ e três modos de fundar os valores são passíveis de utilização pelo operador do Direito: a) a dedução de uma realidade objetiva; b) a consideração de que são “verdades evidentes em si mesmas” ou, c) investigar e descobrir que são a prova do consenso em certa etapa da evolução histórica¹³²². Seguindo o primeiro parâmetro, os valores seriam enxergados como “dados constantes e imutáveis”, garantindo-se a sua validade universal. A segunda proposta faz um “apelo à evidência” e situa os valores “para além de qualquer prova”; a derradeira opção conduz à verificação histórica dos valores e, mesmo aqueles “proclamados evidentes” por alguns, “num dado momento, não são mais considerados por outros, em outro momento”¹³²³.

Os valores são, segundo Scheler, os fenômenos derradeiros e autônomos que nada têm a ver com 'sentimentos' e 'disposições' para tal e que não se tornam abstrações somente a partir de judicção¹³²⁴. Na condição de objetivista, o autor tenta disseminar

¹³¹⁸ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça*. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2008, p. 14.

¹³¹⁹ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2.ed. rev. São Paulo: Renovar, 2003, p. 83.

¹³²⁰ LARENZ, Karl. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Trad. E. Galán Gutiérrez y A Truyol Serra. Zagorova: Talleres Editoriales Cometa, S.A, 2006, p. 144.

¹³²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

¹³²² *Ibidem*, p. 46.

¹³²³ *Ibidem*, *idem*.

¹³²⁴ SCHELER, Max. *Da Reviravolta dos Valores*. Trad. Marcos Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 151.

a concepção de que os valores são apreendidos de dados prontos e não a partir de uma visão subjetiva do sujeito. Compreende-se que a corrente objetivista iniciou-se num momento pós-nazismo e que tentava universalizar e petrificar valores, desprezados e sacrificados pelos indigitados partidários do grupo político alemão hitleriano. Contudo, não se pode negar a historicidade dos valores que estão cambiando de tempos em tempos e que vão ser interpretados pelo subjetivismo humano¹³²⁵.

A discussão da questão da fundamentabilidade racional de juízos de valor, verbera Alexy, “foi prejudicada longamente por uma contraposição estéril de duas posições fundamentais, que aparecem sempre em novas variantes: subjetivistas e relativistas – objetivistas e cognitivísticas”¹³²⁶, inclinando-se o autor pela primeira. A filosofia hermenêutica, assinala Bleicher, “alertou-nos para o perigo do objectivismo subjacente à abordagem metódica, objectivamente, da interpretação das exposições humanas”¹³²⁷.

Ao desenvolver o conhecimento da 'pré-estrutura' da compreensão, o sujeito exclui “a pressuposição simplista da possibilidade do conhecimento totalmente objectivo ou neutro”¹³²⁸ - constatação que corrobora com a tese subjetivista. A história da Filosofia do direito, em todo tempo, assinala Del Vecchio, meditou sobre o problema do direito e da justiça, “o qual, em verdade, não foi artificialmente inventado, mas corresponde a uma necessidade natural e constante do espírito humano”¹³²⁹. Nessa senda, a lei jurídica é simultaneamente moral, sempre envolvendo deveres e virtudes¹³³⁰.

Ao compreender os valores, os seres humanos não se utilizam da lógica simplesmente formal, como se agissem de forma autômata e mecânica, pois a sua condição de sujeitos deverá ser levada em conta. A realidade e os valores mostraram-se mesclados e dependem de uma análise subjetiva por parte dos indivíduos¹³³¹. Os valores, acima mencionados, encontram-se interligados e, ao serem analisados, exigem uma atitude essencialmente crítica daqueles que laboram no campo jurídico e

¹³²⁵ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2.ed. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 23.

¹³²⁶ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso*. Estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria de Advogado Editora, 2010, p. 174.

¹³²⁷ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 353.

¹³²⁸ *Ibidem*, idem.

¹³²⁹ DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 11.

¹³³⁰ DEL VECCHIO, G. *A justiça*. Trad. António P. de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 32.

¹³³¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944, p. 7.

pretendem utilizá-los como vetores para a solução de questões problemáticas. O homem não pode mais confrontar-se com a realidade imediatamente, acentua Cassirer, “não pode vê-la, por assim dizer, frente a frente”, devido à atividade simbólica, em vez de “lidar com as próprias coisas, o homem está, de certo modo, conversando constantemente consigo mesmo”¹³³².

No âmbito jurídico, quando se adota um posicionamento positivista, defende-se que a verdade emana das normas postas sem haver necessidade de uma análise mais aprofundada e crítica guiada por uma concepção sistemática e axiológica. No entanto, somente se torna possível elucidar a diversidade da verdade do ente nela manifesto, orienta Heidegger, se caracterizados, mais proximamente, “os diversos modos de ser do ente”¹³³³. Para tanto, complementa, “não seria necessária apenas uma interpretação dos diversos modos de ser (ente por si subsistente, vida, existência, consistência)”, mas, também, seria fundamental, ao mesmo tempo, “uma compreensão suficientemente ampla da essência da verdade para ver como essa se modifica por meio daqueles modos de ser”¹³³⁴.

A exegese literal dos dispositivos legais, presentes na Lei n. 8.078/90, poderia conduzir à conclusão de que não se pode exigir do fornecedor a prestação de informações sobre a garantia legal devido à ausência de normas expressas nesse sentido. Atualmente, ainda se tem concebido, de forma a-crítica, a verdade como coincidente com o conteúdo normativo, porém, deve-se realizar uma interpretação crítica direcionada para a identificação do conteúdo das normas constitucionais vigentes, não ficando apenas restrita à análise isolada dos dispositivos legais infraconstitucionais. A convicção de que 'o direito' não coincide, necessariamente com a lei é amplamente difundida, acentuam Jean Rivero e Hugues Moutouh, sendo exigida de todos os que se propõem a analisar os problemas jurídicos e a buscar soluções uma postura crítica¹³³⁵.

A 'certeza do direito' não se obtém, assinala Reale, pela “subordinação estrita do juiz à lei” e, na questão em exame, deve o intérprete fitar as normas constitucionais e os valores que as orientam. Complementa o filósofo que a certeza “não é a dos movimentos calculados de um robô, mas a que resulta do sentido objetivo dos fatos, segundo os valores consagrados nos

¹³³² CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o Homem*. Trad. Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 48.

¹³³³ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 87.

¹³³⁴ *Ibidem*, *idem*.

¹³³⁵ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 204.

modelos jurídicos”. Os valores, por conseguinte, dos quais os operadores do campo jurídico “devem ser intérpretes, não são os de sua convicção singular ou os de sua predileção individual, mas, sim, os valores vigentes na comunidade”¹³³⁶.

As normas jurídicas não conseguem apreender todas as nuances da realidade e refletir sobre elas, por serem produzidas, “super partes”, ¹³³⁷ não havendo a intervenção ativa dos reais interessados (os consumidores) em função da frequente manipulação do setor legislativo pelo grupo mais forte dos fornecedores, nem sempre conseguem refletir os verdadeiros anseios da comunidade¹³³⁸. A legislação consumerista, a despeito de se apresentar avançada, quando confrontada com a realidade vigente, demonstra que exige uma interpretação baseada nas normas constitucionais para que as lacunas, porventura detectadas, sejam colmatadas e a efetividade possa ser atingida.

Quando se propõe que as normas consumeristas sejam interpretadas, tendo como parâmetro a Constituição Federal, para que o fornecedor seja instado a informar ao consumidor sobre a garantia legal dos produtos e serviços que oferta, não se almeja que a liberdade daquele seja cerceada em benefício exclusivo desse. O que se tenciona é que a autonomia privada do fornecedor, que nasce da sua liberdade de agir, seja amenizada através da igualdade material entre as partes contratantes. Lembre-se que o consumidor encontra-se em situação de vulnerabilidade, caracterizada por uma multiplicidade de aspectos antes examinados. Liberdade e igualdade são valores que não se excluem e devem conviver em harmonia – assim defende Ronald Dworkin¹³³⁹.

A liberdade não pode ter valor intrínseco fora do papel que desempenha na vida daqueles que a possuem, pois, assevera Dworkin, “a liberdade não tem valor objetivo, intrínseco, independente das consequências desse direito para as pessoas”¹³⁴⁰. A liberdade do fornecedor para agir de acordo com os seus objetivos não será ofuscada nem extirpada na medida em que se exige que informe razoavelmente ao consumidor – o que se objetiva é, simplesmente, a sua mitigação com a igualdade material. Nenhuma teoria deve subordinar a igualdade à liberdade, pois, segundo Dworkin, isso não poderá

¹³³⁶ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 217.

¹³³⁷ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A Produção do Direito no Brasil*. 2. ed. rev. ampl. Ilhéus-BA: Editora da UESC, 2008, p. 27.

¹³³⁸ Observa o autor que “o fenômeno da dissociação entre o direito que se produz e a realidade social das comunidades – uma das causas principais: o defeito de canalização de representações sociais das comunidades, feitas pelos legisladores na hora de produzir as leis, e pelo déficit de sentimento e das práticas de solidariedade no espírito do legislador”. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 79.

¹³³⁹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 168.

¹³⁴⁰ *Ibidem*, p. 171.

ocorrer em hipótese alguma, sendo que em “qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder”¹³⁴¹.

A igualdade que se defende não é no sentido de gerar benefícios desmedidos e infundados para o consumidor, mas, sim, de dotá-lo de informação e de preparação para que, conhecendo os seus verdadeiros direitos, possa exercitá-los quando se defrontar com vícios dos produtos e serviços. Segundo Foucault, é essa nova ética da relação com o outro que está designada na noção fundamental de *parrhesía*, traduzida em geral por 'franqueza', é uma regra de jogo que se deve ter para com o outro na prática da direção da consciência¹³⁴². É o agir de forma honesta e razoável com o outro, dentro do que se denomina solidariedade social – o verdadeiro fundamento do direito, consoante preleciona Duguit¹³⁴³. Se o homem vive em sociedade e só pode viver em sociedade, argumenta Duguit que “a sociedade subsiste apenas pela solidariedade que une os indivíduos que a compõem”¹³⁴⁴.

O valor justiça não pode ser apreendido pela fácil e rápida subsunção aos ditames legais vigentes de modo isolado e desconexo com as normas constitucionais. As conhecidas fórmulas de justiça, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior, dar a cada um o que é seu, não prejudicar os outros, viver honestamente, “apontam para situações dramáticas, em que a noção de igualdade, vista como o cerne da justiça, conhece parâmetros genéricos”¹³⁴⁵. Não é um empreendimento simplório identificar a noção de justiça, competindo ao intérprete a busca da equidade com zelo e afinco. Assinala Agnes Heller que o conceito ético-político de justiça incompleto “não delineia, propõe ou conjectura qualquer sistema social em particular como *o* bom ou *o* justo”, pressupondo a existência de diversos sistemas bons e justos, cada qual diferente em natureza¹³⁴⁶. Identificar o que seria justo para o consumidor em termos de obtenção de informações sobre os produtos e serviços disponibilizados pelos fornecedores pressupõe um olhar além das normas jurídicas postas.

¹³⁴¹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. A teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 170.

¹³⁴² FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 148.

¹³⁴³ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Campinas: Servanda, 2008, p. 23.

¹³⁴⁴ *Ibidem*, *idem*.

¹³⁴⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 13.

¹³⁴⁶ HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 340.

Na obra *A ideia de justiça*, Amartya Sen analisa os termos *Niti* e *Nyaya* advindos da Teoria do Direito Indiano, sendo que ambos significam justiça. O termo *niti* é utilizado para identificar a *adequação de um arranjo institucional* e a *correção de um comportamento*; já *nyaya* representa um conceito abrangente de justiça realizada¹³⁴⁷. Realizando-se uma análise do problema em tela, se as normas consumeristas fossem interpretadas literalmente, sem se recorrer aos ditames constitucionais e aos valores circundantes, estar-se-ia valendo-se o intérprete apenas do que se denomina *niti*. Nessa hipótese, apenas haveria uma exegese dos institutos que integram as normas vigentes, deixando-se de lado uma abordagem sistemática e valorativa. Dedicando-se o intérprete à realização de uma hermenêutica constitucional reflexiva e crítica, as normas constitucionais viriam à tona e a tábua valorativa seria manejada, efetivando-se a verdadeira justiça, ou o *nyaya*.

Referindo-se às condições desigualitárias que caracterizam a sociedade pós-moderna, Amartya Sen utiliza a expressão *Matsyanyaya* que significa ‘a justiça do mundo dos peixes’, na qual um peixe grande pode livremente devorar um peixe pequeno - evitar tal situação deve ser uma parte essencial da justiça. Afirma Amartya Sen que “é crucial nos assegurarmos que a justiça dos peixes não invada o mundo dos seres humanos” e isso é realmente importante, visto que, em geral, aqueles que detêm uma posição superior com relação aos demais tendem a se valer desse status para impor as regras contratuais. Os fornecedores, ao terem o condão de estabelecer as premissas dos contratos de adesão, aproveitam-se da vulnerabilidade dos consumidores para deixarem de informá-los efetivamente sobre os seus direitos.

As normas jurídicas não podem ser aplicadas de modo a-crítico, devendo o intérprete trilhar o caminho da concepção sistemática e valorativa, a fim de que a ideia de justiça seja efetiva e não se apegue simplesmente à exegese literal dos dispositivos legais. A justiça deve ser concebida como um instrumento complexo, que não se confunde com o exame isolado das normas, estando vinculada ao sistema como um todo, ocupando a Constituição Federal o seu ápice, sendo preenchida pelos valores mais lúdicos que possam proteger os interesses e os direitos dos consumidores.

7.4 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM PROL DOS DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

¹³⁴⁷ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 34.

Conflitos entre os direitos atribuídos aos consumidores e a livre iniciativa são constantes, mormente quando se trata do direito à informação qualificada sobre a garantia legal dos produtos e serviços. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é o vetor que guiará a interpretação das normas constitucionais e consumeristas para a solução da problemática. Sem valer-se dos processos hermenêuticos, o intérprete do direito, ainda que compreenda a importância da latitude e da longitude dos efeitos produzidos pelos direitos de matriz fundamental, não conseguirá chegar a um resultado proficiente.

Toda e qualquer *quaestio juris* não pode prescindir do ato de interpretar, fundamentado na reflexão e numa postura crítica que permitam ao hermeneuta obter uma visão abalizada de como solucioná-la. Diante de um emaranhado de normas, que compõem o ordenamento jurídico, o intérprete, em uma fase preliminar, enfrenta certas dificuldades que, somente através de uma postura enérgica, conseguirá ultrapassar. Para conseguir êxito na tarefa interpretativa, ele terá que passar por três momentos essenciais da vivência humana, indicados por Ortega y Gasset¹³⁴⁸.

Numa primeira etapa, denominada de “alteração”, “O homem se sente perdido, naufragado nas coisas” - *in casu*, seria o momento em que o operador depara-se com os incisos IV e V do art. 170 da Constituição Federal de 1988 que, respectivamente, rezam que tanto a livre iniciativa, quanto o direito do consumidor são postulados da Ordem Econômica do Brasil. No segundo momento, “o homem, com enérgico esforço, se recolhe à sua intimidade para formar ideias sobre as coisas e o seu possível domínio” - é o “ensimesmamento” ou a *vita contemplativa*. No decorrer dessa etapa, o intérprete, de forma recôndita, reflete sobre o direito fundamental do consumidor, os princípios e objetivos que abrem o Texto Maior. Na derradeira fase, “O homem torna a submergir no mundo para atuar nele conforme um plano preconcebido” - é a ação, a vida ativa ou práxis¹³⁴⁹. Valendo-se do processo interpretativo, guiado pelas mencionadas fases, torna-se possível demonstrar o dever do fornecedor de esclarecer ao consumidor a abrangência da garantia legal dos produtos e serviços, respeitando-se o seu direito à informação qualificada¹³⁵⁰.

Leciona Ernst Benda que “La apertura de la Constitución debe permitir que tengan cabida en la misma la variedad de interpretaciones en principio defendibles y la diversidad de

¹³⁴⁸ GASSET, José Ortega. *O homem e a gente*. Trad. José Carlos Lisboa. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano Ltda, 1960, p. 58-63.

¹³⁴⁹ Ibidem, idem.

¹³⁵⁰ “Pois, a Constituição é norma que repercute sobre o direito ordinário, sem reciprocidade. Projeta influência sobre os demais modelos jurídicos, mas não é influenciada por estes [...]”. BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 13.

quienes se sienten positivamente identificados con aquélla”¹³⁵¹. A defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores não deve ser efetivada de modo radical e unilateral, mas, sim dentro de um contexto em que a situação do fornecedor seja mantida em estado de equilíbrio. Sendo cabíveis interpretações diversas sobre um mesmo evento jurídico, os processos clássicos e aqueles que integram o Neoconstitucionalismo precisam ser conhecidos e articulados, para que se consiga um resultado harmonizador¹³⁵².

7.4.1 Processos Clássicos de Interpretação das Normas Constitucionais

Interpretar normas jurídicas constitui tarefa que, no evoluir dos tempos, foi objeto de divagações e de indagações, desenvolvendo-se procedimentos para o esclarecimento do sentido esboçado. Processos clássicos, utilizados para a compreensão e o alcance do conteúdo dos ditames jurídicos, graçam, ainda nos tempos atuais, como instrumentos manuseados pelo intérprete. A depender do enfoque dado, tais processos podem ter denominações distintas, como, gramatical, lógico, sistemático, teleológico e histórico-evolutivo, apresentando peculiaridades que se coadunam com a natureza de cada um.

Por intermédio do processo gramatical, examina-se o teor literal da norma, onde, segundo Friedrich Müller, encontra-se expresso o 'programa de la norma' ou o 'precepto jurídico'¹³⁵³. Utilizando-se da análise meramente gramatical para a interpretação das normas constitucionais em prol do consumidor, seriam considerados os aspectos linguísticos, não se expandido para a verificação do verdadeiro conteúdo da norma. Devendo a norma jurídica “regular um conjunto indeterminado de casos práticos de Direito que em sua projeção reflita um futuro, que nem está concluído nem é suscetível de o estar”, terá o intérprete que recorrer a outros mecanismos para bem apreendê-la¹³⁵⁴. As normas constitucionais que tratam da proteção do consumidor não se referem diretamente ao seu direito à informação sobre a

¹³⁵¹ “A abertura da Constituição deve permitir que se tenha cabida na mesma a variedade de interpretações em princípio defendíveis e a diversidade de quem se sente positivamente identificados con aquela”. BENDA, Ernesto. “Dignidade Humana y Derechos de la Personalidad. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Drecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001, p. 528.

¹³⁵² Virgílio Afonso da Silva trata do “sincretismo metodológico” e afirma que “não há quem opte por esse ou aquele método. Ao contrário: eles são quase sempre apresentados como complementares, falando-se frequentemente em 'conjunto de métodos'. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131.

¹³⁵³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabajo del Derecho constitucional* (Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts). Trad. Salvador Gómez de Arceche y Catalina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2006, p. 241.

¹³⁵⁴ *Ibidem*, p. 245.

garantia legal dos produtos e serviços, por conseguinte, faz-se necessário o recurso a outros processos de interpretação.

Constituindo o sistema jurídico uma “totalidade ordenada”, em que, assinala Bobbio, os entes que a constituem não estão “somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”, os processos lógico e sistemático viabilizam o intercâmbio entre as normas e facilitam o alcance do significado¹³⁵⁵. A dinamicidade do sistema jurídico caracteriza-se pelo fato de que as normas “derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder”, ou seja, “uma autoridade inferior deriva de autoridade superior, até que chega à autoridade suprema, que não tem nenhuma outra acima de si”¹³⁵⁶. As normas, contidas na Lei n. 8.078/90, serão sempre interpretadas em conformidade com os ditames constitucionais, emanados da autoridade suprema do poder constituinte.

Para a apreciação da carga axiológica contida nas normas jurídicas, o intérprete fará uso do método teleológico, isso porque, acentua Müller, na prática, elas atuam como um verdadeiro receptáculo de valorações subjetivas “ou, em qualquer caso, procuradas subjetivamente, referidas ou não referidas à norma, entre as que preponderam no conjunto da política do Direito e da Constituição ou as de índole da política geral”¹³⁵⁷. Estará sempre o intérprete frente a um “*dever-ser axiológico* que transcende a positividade, não sendo ousado asseverar que esse algo provém de uma instância *jusnaturalista*”¹³⁵⁸. Ao inserir a proteção ao consumidor como direito fundamental, expõe o legislador constituinte, o valor da dignidade daqueles que adquirem ou usam produtos e serviços deve ser harmonizado com a livre iniciativa e a autonomia privada.

A interpretação gramatical das normas jurídicas termina por não satisfazer às exigências de uma visão abalizada e ampla do objeto examinado. Thommas Marks Jr e John F. Cooper esclarecem que, no sistema norte-americano, por mais que, inicialmente, fosse lógico aplicar literalmente as normas, uma espécie de “conundrum” ou enigma não era atingido. Evoluiu, assim, a interpretação constitucional para a obtenção de respostas a tais situações, passando a ter o propósito de identificar e materializar a pretensão dos redatores originais da Constituição¹³⁵⁹.

¹³⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. São Paulo: Polis, 1991, p. 71.

¹³⁵⁶ *Ibidem*, *idem*.

¹³⁵⁷ MÜLLER, Friedrich., *op. cit.*, p. 241.

¹³⁵⁸ CAMPOS, German J. Bidart. *Nociones Constitucionales*. Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 199.

¹³⁵⁹ MARKS Jr., Thommas; COOPER, John F. *State Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co., 1988, p. 9.

O concretizar próprio do Direito, contudo, não é a “reprodução ou execução intelectual posterior” de valorações do legislador, assinala Canaris; não é “recriação ou execução ulterior de estruturas espirituais ou culturais objetivamente dadas de antemão”¹³⁶⁰. Interpretar normas jurídicas é tarefa complexa, que se desenvolve pelos meandros não somente da estrutura normativa, abrangendo a perquirição de um sistema composto de três substratos: fático, normativo e axiológico. Dentro de determinado contexto problemático, investigar-se-ão as normas aplicáveis e o plexo valorativo que as acompanha, não se reduzindo o direito à linguagem e aos seus três planos: sintático, semântico e pragmático, complementando-se a relação dialógica com os valores.

Concebendo o direito como um objeto cultural, Miguel Reale desenvolveu a Teoria Tridimensional, segundo a qual, as normas jurídicas devem ser examinadas sob aquele tríplice aspecto - não são simples estruturas “frias”, insuscetíveis de valoração, admitindo uma identificação sob o enfoque positivo ou negativo. Os seres humanos, na condição de construtores do sistema normativo, fixam a forma do ordenamento e incorporam os valores essenciais, eleitos pela comunidade política¹³⁶¹.

Compreender o sentido de certa norma jurídica pressupõe interpretá-la segundo o “contexto 'histórico-espiritual’”¹³⁶², examinando-se, em certo espaço de tempo, o *iter* legislativo para a sua criação. O princípio da “unidade do significado”, afirma Schleiermacher, vale sempre “tanto para o elemento formal como para o material”, pois cada “partícula e cada flexão tem um único significado verdadeiro e o emprego se relaciona como o particular para com o universal”¹³⁶³ - isso significa que nenhum todo pode ser apreendido sem levar em conta as etapas históricas galgadas. No que tange à problemática inerente à proteção do consumidor, no momento em que se deu a sua previsão constitucional, a irrefragável força dominante do setor de fornecimento de bens desequilibrava as relações entabuladas e uma mitigação fazia-se premente.

O processo circular entre “todo e partes” dá-se mediante o que Schleiermacher denomina de “pré-compreensão”, ou seja, todo processo hermenêutico inicia-se com a carga cognoscitiva e informacional que porta o intérprete¹³⁶⁴. Precursor da hermenêutica contemporânea, ele influenciou fortemente Hans-Georg Gadamer, conduzindo-o a adotar o

¹³⁶⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4 ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. 145.

¹³⁶¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora LTR, 2011, p. 21.

¹³⁶² *Ibidem*, p. 269.

¹³⁶³ SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica. Arte e Técnica da Interpretação*. Trad. Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p. 75.

¹³⁶⁴ *Ibidem*, *idem*.

círculo hermenêutico como instrumento essencial para a compreensão¹³⁶⁵. De fato, ao dar o primeiro passo para a interpretação das normas protetivas dos consumidores, o hermeneuta já traz consigo uma visão previamente concebida das agruras às quais a categoria tem sido submetida, havendo uma sobreposição dos interesses dos fornecedores, frequentemente, escusos e egoísticos.

Convém destacar que os processos textual, lógico, sistemático, teleológico e histórico-evolutivo não se referem a tipos diversos de interpretação, mas, conforme corrobora Giuseppe Lumia “constituem os momentos necessários pelos quais cada ato de interpretação deve passar”¹³⁶⁶. Mesmo que vistos de modo integrado e não como atividades isoladas, os tradicionais processos de interpretação têm sido alvo de constantes e diversificadas críticas, posto que não trazem ínsita a ideia da concreção da norma nem fazem alusão ao método da heterointegração¹³⁶⁷.

Concretizar a norma não pode ser um procedimento de pura cognição, salientando Müller que “não está pronta nem 'substancialmente' conclusa”, sendo um núcleo a ser completado “y perfeccionando dentro de los límites de lo permisible según el principio del Estado de Derecho (límites que están fijados sobre todo por la función delimitadora del texto de la norma)”¹³⁶⁸. Complementa Müller que concretizar a norma é algo a ser feito mediante a conjugação de elementos, destacando-se os seguintes: a) metodológicos em sentido estrito, englobando os processos clássicos e os princípios particulares da Constituição; b) elementos da teoria; e c) elementos de técnica de solução¹³⁶⁹.

Os tópicos, a seguir delineados, tratarão dos princípios constitucionais e de determinadas teorias que fornecem técnicas para a pacificação dos conflitos entre consumidores e fornecedores e o direito essencial à informação qualificada. Os processos tradicionais não deixarão de ser articulados pelo operador do direito, mas a sua tarefa não se esgota nessa etapa, tendo que se debruçar sobre ulteriores instrumentos que lhes permitam alcançar resultados condizentes com a natureza e a intensidade da proteção constitucional do consumidor.

¹³⁶⁵ *Ibidem, idem.*

¹³⁶⁶ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 80.

¹³⁶⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4 ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. 146.

¹³⁶⁸ “e aperfeiçoando dentro dos limites do permissível segundo o princípio do Estado de Direito (limites que estão fixados sobre tudo pela função delimitadora do texto da norma)”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabajo del Derecho constitucional* (Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts). Trad. Salvador Gómez de Arteché y Catalina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2006, p. 247.

¹³⁶⁹ *Ibidem*, p. 321.

Para a análise do tema, destacam-se os *princípios da unidade*, da *interpretação conforme a constituição*, da *concordância prática*, do *efeito integrador*, da *máxima efetividade* e da *proporcionalidade*. Quanto às teorias que se propõem a indicar técnicas solucionadoras, discorrer-se-ão comentários sobre a ponderação de interesses, propugnada por Robert Alexy e a concepção de Lorenzo Martín-Retortillo y Ignacio Oto y Pardo.

7.4.2 Princípios de Interpretação das Normas Constitucionais

O sistema constitucional é um complexo normativo de hierarquia superior e os direitos e garantias fundamentais sobressaem desse plexo para reger os demais ditames legais, em conformidade com o princípio da unidade. Estando no ápice da cadeia jurídica, a Constituição exerce a função de vértice de todas as normas existentes, moldando-as de acordo com o princípio da interpretação conforme. A coexistência de valores e princípios, sobre os quais se baseia necessariamente uma Constituição, requer unidade e integração não de modo dicotomizado, mas, sim, por meio de uma visão ampla e complexa.¹³⁷⁰

Ao discorrer sobre o processo de compreensão do mundo, Edgar Morin alerta que o “princípio sistêmico ou organizacional” pressupõe que as partes e o todo estejam indissolúvelmente associados – equivale à unidade acima tratada. O “princípio holográfico” traduz-se no entendimento de que “a parte está no todo e esse está inscrito na parte”, mantendo firmes laços com o “princípio da reintrodução do conhecimento em todo conhecimento”. Pelos princípios do “circuito retroativo” e do “circuito recursivo”, rompe-se com o princípio da causalidade para se crer que “produtos e efeitos são também produtores e causadores”. Nada existe de forma isolada, vigorando o “princípio da autonomia/dependência”¹³⁷¹.

Nenhum problema de natureza jurídica pode ser solucionado sem se recorrer às normas constitucionais, valendo-se o hermeneuta da unidade e da interpretação em conformidade com o conteúdo esposado – assim acentua Ricardo Maurício Freire Soares¹³⁷². A supremacia da Constituição é um dos cânones hermenêuticos e a “chave da sua identidade”, prevalecendo, pelo *princípio do efeito integrador*, como instrumento para a

¹³⁷⁰ ZABREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 9.ed. Trad. Marina Ascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 14.

¹³⁷¹ MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita. Repensar a Reforma*. Reformar o pensamento. 18. ed. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 118.

¹³⁷² SOARES, R. M. F. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. 221p; SOARES, R. M. F. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 1. 104p.

manutenção da unidade política e da paz social¹³⁷³ Limitar-se a reputar a Carta Maior como conjunto superior não satisfaz ao *princípio da máxima efetividade*, visto que a problemática dos direitos fundamentais, afirma Canotilho “não se sintetiza hoje na fórmula: 'a lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais'; exige um complemento, 'a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais’”¹³⁷⁴.

Distingue-se o “âmbito de proteção” (*Schutzbereich*) do “âmbito de garantia efetiva” (*Garantiebereich*), ficando o primeiro no plano normativo, isso é no “domínio de bens protegidos por um direito fundamental” e o segundo no espectro da concreção e da efetividade. O atendimento ao primeiro aspecto não assegurará o respeito à proteção constitucionalmente deferida ao consumidor, podendo intervir posturas arbitrárias de entes públicos e privados, que “carecem de justificação e de limites”¹³⁷⁵. A almejada efetividade das normas constitucionais em prol do consumidor somente será colimada com a configuração do segundo citado espectro.

Com força normativa da Constituição, costuma-se querer dizer, afirma Konrad Hesse, que “na solução de problemas jurídico-constitucionais deve-se dar preferência àqueles pontos de vista que (...) levem as normas constitucionais a ter efetividade ótima”¹³⁷⁶. Nesse sentido, propugna que as normas constitucionais sejam evocadas para que o fornecedor de produtos e serviços seja concitado a bem informar aos consumidores sobre a garantia legal prevista em sede infralegal, apesar de o CDC não congrega norma expressa sobre tal vertente destinada ao esclarecimento do consumidor.

Na hipótese de conflito entre dois bens constitucionalmente protegidos, pelo *princípio da concordância prática*, deve-se atentar para uma solução ponderada que não atribua peso ou valor demasiado para um em detrimento do outro. O direito do consumidor e a livre iniciativa são bens previstos em sede constitucional, no entanto, com status distintos. A proteção ao consumidor é direito de essência fundamental, enquanto a autonomia privada, conquanto seja um dos princípios da ordem econômica, não se equipara aos bens que compõem o núcleo pétreo.

Na interpretação dos direitos fundamentais, assinala Díez-Picazo, em primeiro plano, “eis que se deve dar a maior efetividade possível, considerando-se as circunstâncias do caso”;

¹³⁷³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, tomo II, p. 304.

¹³⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 363/364.

¹³⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos de Direitos Constitucionais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 198.

¹³⁷⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 87.

em segundo lugar; o recurso à argumentação moral deve ser “realista e respeitar as exigências da democracia”; em terceiro lugar, a abertura à filosofia política e moral há de ser “em harmonia com o texto interpretado e coerente com a tradição e o contexto da carta constitucional”¹³⁷⁷.

Mesmo situado o direito do consumidor em posição hierárquica elevada, por apresentar natureza fundamental, quando em conflito com a livre iniciativa, problemas de interpretação podem emergir, visto que não se pode admitir que o primeiro, por ter um status superior, sufoque ou elimine a segunda. Por intermédio do *princípio da proporcionalidade*, o intérprete verificará os seguintes aspectos: “a) compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e o fim visado (bem como a legitimidade dos fins); b) da necessidade ou exigibilidade da medida; e c) que a ponderação do ônus imposto seja menor que o benefício alcançado”¹³⁷⁸. No entanto, conforme será exposto no próximo tópico, defende-se que não se aplica a ponderação entre o direito do consumidor e a livre iniciativa por serem bens que se encontram em posições distintas, sendo o primeiro de caráter fundamental e a segunda bem constitucional não primordial, embora seja um dos pilares da Ordem Econômica.

A aplicação de todos os princípios expostos nas linhas precedentes tem raízes na solidariedade e interdependência social, enunciando Duguit que “l’homme vit en société, qu’il a toujours vécu en société et qu’il en peut vivre qu’en société avec ses semblables”¹³⁷⁹. A solidariedade é um dos fundamentos perseguidos pelo direito, vez que “L’homme vit en société et en peut vivre qu’en société; la société en subsiste que par la solidarité qui unit entre eux les individus qui la composent”¹³⁸⁰. Quando se tenta a composição dos conflitos entre fornecedores e consumidores, através da interpretação constitucional, pretende-se que a solidariedade seja um elo entre os contendores.

Perpassando pela linha da solidariedade, Benda vocifera que “Con la voz *social* se piensa también en el rechazo del individualismo egoísta y en la conciencia de responsabilidad para con la generalidad”; disso resulta o esforço pela compensação de interesses antagônicos com esteio no princípio de solidariedade¹³⁸¹. É, nesse caminho de uma visão solidária e

¹³⁷⁷ Tradução livre. Díez-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3. ed. Madri: Thomson Civitas, 2008, p. 53.

¹³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 271.

¹³⁷⁹ “o homem vive em sociedade, sendo que ele tem sempre vivido em sociedade e não pode viver senão em sociedade com os seus semelhantes” (tradução livre). DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Editions Panthéon-Assas, 2007, p. 10.

¹³⁸⁰ “O homem vive em sociedade e somente pode viver em sociedade; a sociedade somente subsiste pela solidariedade que une entre si os indivíduos que a compõem”. *Ibidem*, p. 10.

¹³⁸¹ “Com a voz *social* se pensa também no afastamento do individualismo egoísta e na consciência da responsabilidade para com a generalidade”. BENDA, Ernesto. *El Estado Social de Derecho*. In: BENDA,

interconexa, que serão expostas duas teorias que podem guiar a interpretação das normas constitucionais que disciplinam a proteção ao consumidor.

7.4.3 Teorias sobre a Interpretação Constitucional

Nos tópicos anteriores, foram traçados comentários sobre os processos técnicos de interpretação constitucional, como também acerca de princípios constitucionais que concorrerão para tal ofício. É chegada a etapa de se definir qual a teoria que melhor arregimenta a concepção de que o direito do consumidor não se encontra no mesmo patamar constitucional que a livre concorrência ou iniciativa, conquanto sejam ambos princípios da Ordem Econômica Brasileira, de acordo com o art. 170, incisos V e IV, da Constituição Federal de 1988. As teorias, a serem objeto de análise, tratam sobre como as questões de natureza constitucional podem ser resolvidas e são de grande importância, tendo uma delas sido selecionada para fundamentar o objeto desta tese.

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais, como direitos do homem positivados, repousam sobre um núcleo atemporal e universal, de base filosófica, Robert Alexy, após discorrer sobre princípios e regras, anuncia a ponderação de bens como uma ferramenta para dirimir conflitos de cunho constitucional¹³⁸². Na condição de técnica de decisão, a ponderação é utilizada quando há colisão de princípios ou de direitos fundamentais. Nesse sentido, a confluência se verifica entre dois princípios da ordem econômica, sendo um direito fundamental – a proteção ao consumidor; e o outro – a livre iniciativa, simples bem positivado em âmbito constitucional.

A ponderação, para Alexy, encontra-se necessariamente unida ao discurso e os direitos fundamentais¹³⁸³. Disso resulta que os direitos fundamentais estão também enlaçados com o discurso e exigem a sua institucionalização. Se existem direitos do homem, argumenta que “não há somente um direito à vida, mas também um direito do homem a um Estado que realize este direito”, institucionalizando a sua acionabilidade¹³⁸⁴.

Regras e princípios são instrumentos diversos, constituindo as primeiras “normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente”,

Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001, p. 524.

¹³⁸² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 13.

¹³⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161.

¹³⁸⁴ *Ibidem*, idem.

contendo um dever definitivo; já os segundos, albergam, pelo contrário, um “dever ideal”. Princípios são “mandamentos a serem otimizados” e que não portam um dever definitivo, mas somente um “dever-*prima-facie*”, exigindo que algo seja concretizado em “medida tão alta quanto possível, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”¹³⁸⁵.

Decompõe-se a ponderação em três passos parciais. Na primeira etapa, deve ser comprovado o grau do “não-cumprimento ou prejuízo de um princípio”; no segundo passo, persegue-se a demonstração da importância do “cumprimento do princípio em sentido contrário”; ao final, percorre-se o caminho para se constatar “se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro”. Quanto ao princípio da proporcionalidade, trata-se, para Alexy, da otimização relativamente às possibilidades jurídicas, motivo pelo qual acresce que esse é o campo da ponderação, sendo que “somente essa deve aqui interessar”¹³⁸⁶.

Aplicando-se a ponderação no conflito detectado entre o direito do consumidor e a livre concorrência, ambos princípios da Ordem Econômica Brasileira, ter-se-ia que seguir os passos acima indicados. Tratando-se do direito do consumidor à informação clara, adequada e completa sobre a garantia legal dos produtos e serviços, ao serem perpassados os três níveis propostos, seguramente, sérias dificuldades seriam enfrentadas.

Em caráter preliminar, dever-se-ia comprovar o nível de violação ou os danos sofridos. Em seguida, outro encargo surgiria para o consumidor, isoladamente, ou para a coletividade, a depender dos tipos de interesses ou direitos afetados: a reunião de elementos para demonstrar a relevância do respeito ao princípio da sua defesa como parte vulnerável. No ápice do processo hermenêutico, caberia ainda exigir ao consumidor que expusesse justificativas que corroborassem com a mitigação da livre iniciativa.

Com relação ao passo preliminar, deve-se atentar para a certeza de que a proteção constitucional do consumidor não se restringe à tutela ressarcitória, tendo o CDC, nos arts. 8º e seguintes, instituído regras que têm o escopo de prevenir e evitar que danos aconteçam¹³⁸⁷. É a chamada qualidade dos bens de consumo que não se limita apenas a discorrer sobre as providências cabíveis diante do dano a que o consumidor tenha sido acometido, mas, acima de tudo, impor ao fornecedor a prestação de informações prévias sobre os produtos e serviços,

¹³⁸⁵ *Ibidem*, *idem*.

¹³⁸⁶ ALEXY, R. *Kollision un Abwägung als Grundprobleme der Grundrechts der Grundrechtsdogmatik* (Colisão e balanceamento como problema de base da dogmática dos direitos fundamentais). In: LA TORRE, Massimo; SPADARO, Antonino (Orgs.). *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 35/36.

¹³⁸⁷ Nesse sentido, examinar: BEAUCHARD, Jean. *Droit de la distribution et de la consommation*. Paris: PUF, 1996; FERRIER, Didier. *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1996; GUESTIN, Jacques. “L’utile et le juste dans le contrat”. *Recueil Dalloz*, Paris, Dalloz, 1º caderno, Chronique, p. 1-10, 1962; L’HEUREUX, Nicole. *Droit de la consommation*. 4. ed. Québec: Les Editions Yvon Blais, 1993.

precavendo-o, através do esclarecimento sobre as características, qualidade e outros aspectos essenciais para que o uso e a fruição ocorram dentro dos padrões normais e razoáveis.

Desse modo, quando se exige que o fornecedor informe aos consumidores sobre a garantia legal dos bens não se pode esperar que esses demonstrem a concretização de um dano. De outra banda, a conjugação de elementos probatórios pelos consumidores tem sido de difícil execução, quando não de impossível realização. As regras contratuais são ordenadas pelos fornecedores e os contratos, de forma constante, não são redigidos mediante termos claros e, também, nem sempre são acessíveis para os consumidores. A regra da inversão do *onus probandi*, prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, é o cristalino produto dessas circunstâncias.

A técnica da ponderação dos bens, no caso *sub examine*, não traz, em seu bojo, elementos que facilitem exigir do fornecedor a contrapartida de informar ao consumidor sobre a proteção legal dos bens. A sua importância é inegável diante de outras questões que aflorem nas relações de natureza consumerista, no entanto, ao consumidor, parte vulnerável e pressionada pela superioridade técnica e informacional do fornecedor, não seria cabível atribuir-lhe mais ônus para que tenha a sua proteção concretizada.

A vulnerabilidade do consumidor, como dito alhures, está estampada no *caput* do art. 4º, do CDC, exatamente, por não dispor dos mesmos poderes que o fornecedor os tem no ato da contratação. Obrigados a aceitarem, em bloco, as regras negociais, os consumidores, devido à complexidade dos atuais produtos e serviços, não conhecem a sua integral composição e enfrentam dificuldades para melhor se informarem e terem acesso ao aparato judiciário¹³⁸⁸.

Imbuídos do propósito de elaboração de um sistema válido e geral para o tratamento dos direitos fundamentais, Lorenzo Martín-Retortillo e Ignacio Otto y Pardo carregam importantes ideias para a solução do impasse, objeto da presente tese¹³⁸⁹. Considerando que o sistema descritivo isolado, fragmentário ou parcial de cada um dos direitos fundamentais, não seria produtivo nem guiaria o intérprete para um trajeto facilitado, os autores deixam de lado o plano da definição abstrata e acolhem a metodologia do “núcleo qualificado”¹³⁹⁰.

É imperioso notar que os estudos teóricos, encabeçados pelos aludidos doutrinadores, denotam uma preocupação com a natureza plurima dos direitos fundamentais. Afirmam que

¹³⁸⁸ Quanto à questão da vulnerabilidade do consumidor, pesquisar: CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988.

¹³⁸⁹ MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992, p. 23.

¹³⁹⁰ MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992, p. 72.

podem ser vistos sob uma dúplici faceta: objetiva ou positiva e substantiva ou processual¹³⁹¹. Quanto ao primeiro aspecto, o direito fundamental nada mais é do que o “valor positivado” - uma estrutura complexa e com amplas ramificações; no que pertine ao segundo, é um “direito-instituição”, ou seja, direito como opção subjetiva que se atribui a um ou a vários sujeitos. As práticas consumeristas, em virtude do seu caráter massificado e padronizado, em geral, expandem-se para uma multiplicidade de sujeitos, não ficando retidas a um único indivíduo ou grupo.

Propondo uma “renovação dogmática” dos direitos fundamentais, os autores preconizam a incrementação de uma “política de direitos fundamentais” (*Grundrechtspolitik*), dirigida aos operadores do direito, especialmente ao legislador e ao juiz¹³⁹². O eixo central dessa reviravolta na interpretação é a “funcionalização dos direitos fundamentais” ou a “teoria democrático-funcional”, fixando-lhe uma coerente aplicação em compasso com a importância e a relevância que lhes foram atribuídas.

Fundamenta-se a teoria em epígrafe em cinco postulados essenciais¹³⁹³:

1 – O tratamento jurídico de qualquer questão pressupõe a delimitação dos contornos, da fixação do conteúdo e do alcance da proteção constitucional;

2 – Havendo conflitos entre direito fundamental e outro bem constitucionalmente protegido, a “construção dogmática do direito” possibilita resolver o problema através da interpretação, sem tratar de limitação, ponderação ou hierarquia;

3 – Nenhum direito fundamental, por mais que se confronte com um bem constitucional e não fundamental, pode ser efetivado de modo arbitrário, diante dos “limites iminentes”;

4 - Os direitos fundamentais requerem um fazer estatal e não somente um abster-se, para fazê-los reais e efetivos;

5 – A participação da sociedade é indispensável e salutar para que os direitos fundamentais sejam concretizados¹³⁹⁴.

Restou registrado, em várias outras partes desta exposição, que o direito do consumidor é de natureza fundamental e que a livre iniciativa, por mais que integre o rol dos princípios que sedimentam a Ordem Econômica Brasileira, não recebeu o mesmo tratamento qualificativo. Dessa forma, concorda-se com os autores quando defendem que problemas

¹³⁹¹ Ibidem, p. 57.

¹³⁹² Ibidem, p. 165.

¹³⁹³ Ibidem, p. 144.

¹³⁹⁴ MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992, p. 169.

dessa estirpe podem ser finalizados através da interpretação sistemática e unitária das normas constitucionais, sem ter o aplicador do direito que se voltar para “a ponderação de bens e valores nem hierarquização”. Assim, aduzem “Nada de jerarquía de bienes e valores, sino exégesis de los preceptos constitucionales en presencia, determinación de su objeto próprio y del contenido de su tratamiento jurídico”¹³⁹⁵.

Segundo Müller, a racionalidade e a possibilidade de controle intersubjetivo na interpretação e na aplicação do direito só é possível por intermédio de uma concretização da norma jurídica após árdua análise e delimitação do âmbito de cada norma¹³⁹⁶. Depois dessa árdua tarefa, não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não aplicável no caso concreto e não se vê envolvida, portanto, em nenhuma colisão jurídica relevante. Logo, sem colisão não há razão para sopesamento e muito menos para a ponderação.

Verificando-se que certo problema não se plantea entre dois direitos fundamentais, como se observa com o direito do consumidor e a livre iniciativa, não se trata de “colision entre derechos e entre derechos y bienes, aceptando que éstos estén definidos en términos tales que choquen entre sí”. Não existirá colisão, no sentido estrito do termo, mas, sim “un problema de interpretación de las normas en la que se trata de delimitar las fronteras de los derechos”¹³⁹⁷. Tratando-se de um problema de interpretação, o dever do fornecedor de informar ao consumidor sobre a garantia legal dos bens, pode ser extraído da aplicação dos princípios constitucionais já esboçados – o mesmo se pode afirmar quanto ao direito do consumidor à educação.

A proteção ao consumidor, por ter guarida constitucional como direito fundamental, não pode ser manipulada para a constrição exacerbada do fornecedor. Os “limites imanentes” fomentarão para que “los derechos y libertades, por reconocerse em el interior del ordenamiento jurídico, han de conciliarse con otros bienes que el ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos”¹³⁹⁸. Não há que se permitir que o direito do consumidor, devido ao núcleo fundamental, crie situações de imposições esdrúxulas

¹³⁹⁵ “Nada de hierarquia de bens e valores, senão exegese dos preceitos constitucionais em presença, determinação de seu objeto próprio e do conteúdo de seu tratamento jurídico”. Ibidem, p. 144.

¹³⁹⁶ MÜLLER, Friederich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed., atual. e ampl. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 26, 54 e 78.

¹³⁹⁷ “colisão entre direitos e entre direitos e bens, aceitando que estes estejam definidos em termos tais que choquem entre si”; “um problema de interpretação das normas em que se trata de delimitar as fronteiras dos direitos” (traduziu-se). MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y., op. cit., p. 169.

¹³⁹⁸ “os direitos e libertades, por serem reconhecidos no interior do ordenamento jurídico, hão de conciliar-se com outros bens que o ordenamento protege e não podem fazer valer-se de modo absoluto frente a estes”. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1992, p. 110.

contra o fornecedor. Ao se cobrar do fornecedor a propalação de dados sobre a garantia legal dos bens de consumo, bem como a resolução dos vícios que venham à tona, nenhuma sobrecarga lhe terá sido dimensionada.

Para que os direitos fundamentais tenham a verdadeira concretude, o Estado prestacional terá que cumprir efetivamente sua função, competindo-lhe criar as condições sociais e econômicas necessárias¹³⁹⁹. Todo processo de “atualização” e efetivação dos direitos fundamentais não é tarefa simplesmente retida no âmbito estatal, enunciando os autores que “El segundo elemento de la reinterpretación consiste en señalar que el aspecto esencial de los derechos fundamentales es el *status activus*, esto es, la participación, y en concreto el *status activus processualis*”¹⁴⁰⁰. Sem a participação ativa dos operadores do direito e dos demais cidadãos, dificilmente logrará êxito a materialização dos direitos fundamentais.

A ação positiva da sociedade potencia o enraizamento e desenvolvimento da cultura constitucional, já o descuido “o la dejadez pueden implicar el retroceso o estancamiento” – verbera Martín-Retortillo, adicionando que “Hay un vivo dinamismo en el nunca acabado sistema de derechos fundamentales que reclama atención permanente y renovada”¹⁴⁰¹. Acreditar que as normas constitucionais protetivas dos consumidores vão, de *per si*, gerar os efeitos esperados, é algo ilusório, suscitando a participação da sociedade e dos operadores do direito. Frente à tônica de distanciamento e da passividade dos indivíduos, o lastimável quadro de descumprimento dos preceitos constitucionais que protegem os direitos e os interesses dos consumidores manter-se-á. Com o apoio e a iniciativa dos cidadãos, de forma individual ou associativa, nova dimensão efetiva pode ser engendrada nesse âmbito¹⁴⁰². O oitavo capítulo desta tese disporá sobre a imprescindível efetividade do direito do consumidor à informação com base na Constituição Federal de 1988.

¹³⁹⁹ Ibidem, p. 165.

¹⁴⁰⁰ “O segundo elemento da reinterpretación consiste em assinalar que o aspecto essencial dos direitos fundamentais é o *status activus*, isto é, a participação, em concreto do *status activus processualis*”. Ibidem, p. 169.

¹⁴⁰¹ “o que dejó pode implicar o retrocesso o estancamiento” – verbera Martín-Retortillo, adicionando que “Há un vivo dinamismo no nunca acabado sistema de direitos fundamentais que reclama atenção permanente e renovada”. BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. *Los Derechos Fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos*. Zaragoza: El Justicia de Aragon, 2009, p. 65.

¹⁴⁰² BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo. *La Europa de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 82.

8 IMPRESCINDÍVEL EFETIVIDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Se não chega a ser a época de uma 'guerra civil dos consumidores', a nossa é a época da revolução dos consumidores, uma revolução cujo escopo último consiste em tornar o direito e a justiça acessíveis aos cidadãos, ou seja, aos usuários – aos 'consumidores' – do direito e da justiça, em reaproximar o direito, pois, da sociedade civil, da qual com demasiada frequência e por tempo demasiado ele se alienou¹⁴⁰³.

A proteção constitucional do direito do consumidor, qualificado como fundamental, viabiliza exigir do fornecedor de produtos e serviços a prestação de informações sobre a garantia legal, bem como promover a conscientização e educação da população brasileira sobre os seus direitos básicos. Malgrado a Lei n. 8.078/90 não albergue dever expresso nesse sentido, a força normativa da estrutura constitucional é assaz satisfatória, não se fazendo necessária qualquer alteração legislativa, pois o Brasil não precisa de mais normas, mas, sim, que sejam eficazes as já existentes. No entanto, para que as normas constitucionais e consumeristas sejam interpretadas e aplicadas de modo a preservar os interesses e os direitos dos consumidores, efetivando-se no plano concreto, torna-se irrefutável a participação ativa dos aplicadores do direito.

A concretude dos ditames normativos inseridos na Carta Magna Brasileira e no Código de Proteção ao Consumidor somente será possível diante de uma hermenêutica crítica, de jaez axiológico e constitucional, como visto no capítulo sétimo. De nada adiantará, sem embargo, expor os produtivos instrumentos hermenêuticos à disposição dos sujeitos jurídicos, se não for tratada a essencial participação desses no processo de funcionalização do corpo normativo em análise. É preciso, então, destacar a importância de todos os aplicadores que atuam no campo judiciário ou extrajudicial na execução da tarefa de interpretação e concreção das normas que regem as relações entre fornecedores e consumidores, demonstrando que a falta de efetividade das normas vigentes não será amenizada sem a real colaboração de todos. Além de desnudar a indiscutível presença daqueles que, de forma direta ou não, estão interligados às polêmicas questões consumeristas, deve-se descortinar, sob o enfoque de um discurso jurídico crítico, em que consiste a “verdade”, quando se trata do problema acima exposto, consoante explanado no capítulo anterior.

Utilizando-se o laborador jurídico de instrumentos hermenêuticos abalizados, poderá alcançar a “verdade”, que se encontra no entrelaçamento entre normas, fatos e valores, dentro

¹⁴⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 78.

de uma perspectiva tridimensional. Não se pode relegar a um plano secundário a tarefa de compreender qual é a “verdade” contida no argumento de que os fornecedores, com esteio no conteúdo normativo, previsto em sede constitucional e ordinária, devem prestar informações sobre a proteção legal conferida aos consumidores, devendo estes também passar por um processo educacional. O presente capítulo tem por meta tratar da vinculação entre efetividade das normas constitucionais e consumeristas e a atuação dos profissionais do direito através de um discurso jurídico, em que a concepção de “verdade” deve ser desmistificada para que permita uma ampla visão do que se pode obter através da trilogia: fato-norma-valor.

Nesse sentido, tratar-se-á, *a priori*, do problema referente ao “Constitucionalismo tardio”, analisado pelo Professor Manoel Jorge e Silva Neto¹⁴⁰⁴ e discutido no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, com o objetivo de evidenciar que a proteção do consumidor, sem embargo de ser um direito fundamental, ainda não é vista com a força normativa merecida diante do exíguo tempo de vivência com a matriz constitucional. Em seguida, os instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo serão perscrutados para que se demonstre a relevância da mudança de paradigmas, a fim de que as normas constitucionais e consumeristas atinjam a esfera concreta.

8.1 CONSTITUCIONALISMO “TARDIO” E A NECESSÁRIA EFETIVIDADE

Em 1824, portanto, há tão-somente aproximadamente dois séculos, o Brasil teve a sua primeira Constituição, depois de trezentos e vinte e quatro anos de exploração, iniciada pelos colonizadores lusitanos. A história do constitucionalismo brasileiro é bastante recente e tal aspecto explica os motivos pelos quais, não obstante a proteção do consumidor tenha respaldo no Texto Maior, carece de efetividade no plano concreto, quanto a diversos aspectos, versando essa tese sobre o problema do direito à informação acerca da garantia legal dos bens de consumo. Se a cultura constitucionalista é concebida como tenra, o direito do consumidor, positivado em 1990, contando com apenas um pouco mais que duas décadas, encontra-se em estágio embrionário¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰⁴ Sobre o assunto, consultar a obra: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁴⁰⁵ Destaca Luís R. Barroso que “Na acidentada trajetória institucional do Estado brasileiro, o elevado número de Constituições – que conduz à média de uma a cada vinte anos – não dilui sequer a quantidade de emendas e de remendos, de boa e má inspiração, que buscaram adaptá-las a um figurino cada vez mais disforme”. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 47.

Afirma Maurice Hauriou “Aunque se podría remontar a tiempos muy lejanos el esfuerzo constitucional de la humanidad, el régimen constitucional propiamente dicho es un fenómeno tardío de los períodos civilizados, en que se abre y dilata el régimen de Estado¹⁴⁰⁶”. O “Constitucionalismo tardío”, como dito alhures, foi anunciado por Manoel Jorge e Silva Neto de modo a apontar que o povo brasileiro tem diminuto tempo de contato com uma estrutura constitucional, comparando-se com outros povos cuja experiência é muito mais extensa e intensa neste ramo – situação que converge como fator marcante para que se possa compreender o porquê dessa proteção do consumidor ainda não atingiu a efetividade devida e tão esperada, por mais que tenha sido consagrada no Texto Maior,

Considerando os aspectos histórico, político, socioeconômico, cultural, antropológico e filosófico, como ensejadores de dificuldades para que a cultura constitucional torne-se arraigada e efetiva, argumenta o citado doutrinador que, no Brasil, não há cultura constitucional, condensada em comportamentos e condutas tendentes a “i) preservar a 'vontade de constituição' ; ii) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; iii) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional”¹⁴⁰⁷.

Sob o aspecto temporal, a estrutura política brasileira possui pouco tempo de existência formal, pois o País foi, durante longo *lapsus temporis*, subjugado pelos interesses econômicos alienígenas. Não havia qualquer séria intenção de dotá-lo de uma estrutura organizacional garantidora de direitos fundamentais e a própria população, integrada por nativos e, durante muito tempo, escravos e exploradores portugueses e estrangeiros, também não dispunha de condições para pleitear que uma Carta Maior lhes fosse assegurada. As dificuldades espraíram-se sobre os diversos domínios da sociedade brasileira e, nos tempos atuais, ainda ensancham a efetividade das normas constitucionais.

A força normativa da Constituição não reside na simples “adaptação inteligente a uma dada realidade”, sendo imperiosa a conversão dela mesma “em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*)”¹⁴⁰⁸. No Brasil, se essa transformação já tivesse sido alcançada, não se estaria indagando as razões pelas quais o fornecedor deverá prestar informações completas e claras sobre a garantia legal dos bens de consumo colocados no mercado. É exatamente a ausência da cultura constitucional, ou uma

¹⁴⁰⁶ “Ainda que o esforço constitucional da humanidade se possa remontar a tempos muito distantes, o regime constitucional propiamente dito é um fenômeno tardio dos períodos civilizados, no qual se abre e dilata o regime do Estado”. HAURIU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Comares, 2003, p. 7.

¹⁴⁰⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 15.

¹⁴⁰⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

vaga impressão de que existe uma Carta Maior que não exerce poder supremo sobre tudo e todos, que faz com que o consumidor tenha os seus interesses e direitos transgredidos.

Se os direitos previstos em sede constitucional fossem levados a sério, seguindo-se os ensinamentos de Ronald Dworkin¹⁴⁰⁹, outro panorama estaria sendo vivenciado, competindo ao fornecedor informar ao consumidor sobre a garantia legal dos produtos e serviços, ou seja, se houvesse o devido cumprimento desse dever, os aplicadores do direito não divagariam a respeito do tema, incidindo imediatamente as normas constitucionais e consumeristas vigentes. A fase incipiente em que se encontra a mentalidade dos intérpretes das normas constitucionais ainda não possibilita essa tomada de consciência e de atitude, fazendo-se necessária a convocação de todos para modificar tal alarmante estado.

A superação da tardia e frágil cultura constitucional tem como ponto de partida a concepção de que o Texto Maior não pode ser visto como uma *lex imperfecta* ou “letra morta”, para que seja real e efetiva, “terá que ser observada lealmente por todos os interessados e terá que ser integrada na sociedade estatal e esta com ela” - afirma Karl Loewenstein¹⁴¹⁰. De nada adianta ter-se uma Constituição juridicamente válida, “se a dinâmica do processo político não se adapta a suas normas”, desde que ela “carece de realidade existencial” e é qualificada “nominal. Sendo a Constituição um instrumento para “estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores”, constitui-se em mera “semântica”¹⁴¹¹. Amoldando-se a realidade às normas constitucionais e vice-versa, efetiva-se a Carta “normativa”, caracterizada pela simbiose entre plano concreto e ditames nela previstos.

Para que seja real e efetiva, aduz Loewenstein, a Constituição terá que ser “observada lealmente por todos os interessados e terá que ser integrada na sociedade estatal e esta com ela”¹⁴¹². O problema é que quando se implanta um sistema constitucional, sem uma prévia educação política, “recém-liberado da autocracia tradicional ou da tutela colonial, é caso de milagre se toma raízes imediatamente”¹⁴¹³. Foi o que se verificou no Brasil – onde se aparelhou uma estrutura constitucional sem que o povo tivesse incorporado o papel de cidadão zelador do seu fiel cumprimento. Qualquer constituição, para que “seja viva, deve ser, para tanto, efetivamente 'vívida'

¹⁴⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Claret, 2002.

¹⁴¹⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 217.

¹⁴¹¹ *Ibidem*, *idem*.

¹⁴¹² *Ibidem*, *idem*.

¹⁴¹³ *Ibidem*, *idem*.

pelos destinatários e detentores do poder, necessitando um ambiente favorável para a sua realização”. Somente, assim, será o direito do consumidor vivenciado como um direito constitucional de matriz fundamental.

Muitos brasileiros sequer têm conhecimento da existência de uma Lei Suprema e da sua importância para a solução de todos os problemas jurídicos, inclusive os conflitos entre fornecedores e consumidores. Outros tantos, mesmo tendo consciência da existência das normas constitucionais, empedernidos pelo civilismo clássico, defendem que o poder dos particulares supera o teor dos ditames superiores. Existem aqueles que, sabedores do peso e da importância do Texto Maior, procuram, de toda forma, escamoteá-lo e descumpri-lo para o atendimento dos seus arbitrários e leoninos interesses. Há, por fim, os que lutam pelo cumprimento das normas constitucionais em favor da sociedade e enfrentam sérias dificuldades causadas pelos demais.

Em decorrência do constitucionalismo “tardio”, o sentimento do povo brasileiro ainda está muito aquém de enxergar a Carta Maior como um diploma hierarquicamente superior e vinculativo para a solução das questões que emergem. Pablo Lucas Verdú define o sentimento constitucional como “la convicción emocional, o sea, íntimamente vivida por un grupo social, sobre su creencia en la justicia y la equidad del ordenamiento positivo vigente que motivan la adhesión al mismo y el rechazo de sus transgresiones”¹⁴¹⁴. Se todos os brasileiros estivessem imbuídos dessa convicção, não aquiesceriam com o flagrante desrespeito ao consumidor pelos fornecedores que não lhe prestam informações adequadas sobre a garantia dos bens¹⁴¹⁵, bem como exigiriam esclarecimentos sobre os seus direitos básicos como consumidores.

Além de razoável parte da população local não ter a percepção sobre a relevância das normas constitucionais, muitos elegem os seus representantes de forma acrítica e alienada, dando espaço para políticos que não têm a pretensão de defender os interesses da sociedade¹⁴¹⁶. Não há poder constituinte do povo, denuncia Müller, “onde o poder contempla o povo em alienação; onde o povo não encontra a si mesmo”, sendo “um símbolo

¹⁴¹⁴ “a convicção emocional, ou seja, a intimamente vivida por um grupo social, sobre sua crença na justiça e na equidade do ordenamento positivo vigente que motivam a adesão ao mesmo e a rechaça de suas transgressões” (traduziu-se). VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Aproximacion al Estudio del sentir constitucional como modo de integracion politica. Madrid: Reus, S.A., 1985, p. 64.

¹⁴¹⁵ Assevera Luiz Moreira que “A eficácia da titularidade de direitos permite a transformação dos sujeitos em sujeitos de direito”, garantindo “a existência de uma comunidade política que efetiva sua liberdade na medida em que os direitos são conjugadas reciprocidade como conquista cultural”. MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

¹⁴¹⁶ “La démocratie s’entend de tout système politique qui permet la participation libre et éclairée de citoyens à la gestion des affaires publiques” (“a democracia se entende por todo sistema político que permite a participação livre e esclarecida dos cidadãos na gestão dos afazeres públicos”). JEANNEAU, Benoit. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1968, p. 11.

especialmente vistoso, uma metáfora especialmente luminosa”¹⁴¹⁷. O 'poder constituinte do povo', acrescenta, ainda continua sendo um “texto dos dominantes; ainda não pôde desfazer-se das relações de propriedade herdadas da tradição: apesar de ser propriedade do povo, enchem a boca com ele somente os que justificam assim o seu Estado”¹⁴¹⁸.

Quando Müller argumenta que a “Constituição 'fala' como texto, mas 'cala' sobre o fato de seu enunciado não alcançar ou não poder alcançar a realidade”, questionando que “o mero ato de instituir não é suficiente”¹⁴¹⁹, demonstra que a concreção e eficácia social são fundamentais. Por outra via, para que haja efetiva aplicação das normas constitucionais, a população não pode manter em estado de letargia, vociferando Müller que “as pessoas' são inertes em matéria de política constitucional; estão pouco treinadas a perceber e defender as suas possibilidades de autodeterminação (política)” - em primeiro plano, ocupam-se “com assuntos mais importantes' (com aqueles assuntos que lhes estão mais próximos)”¹⁴²⁰.

Combater tal apatia envolve a superação das “leis' da inércia”, clamando as “ideologias transformadoras globais” pela atuação dos “ativistas e ativantes” na condição do “homem novo' enquanto objeto e sujeito infinitamente motiváveis, agitáveis, sem inércia individual e social”¹⁴²¹. Podem e devem ser motivados a “constituir' para si mesmo algo determinado, algo novo, para impor esse dado concreto ativamente ou co-determiná-lo”, visto que “*A esperança só nos é dada por causa dos desesperançados*”¹⁴²².

Com as palavras de Müller, escritas há tempo atrás, o aplicador do direito deve sentir o peso da sua responsabilidade na difusão e na propagação do respeito às normas constitucionais e, *ipso facto*, do direito do consumidor. A busca pela proteção dos consumidores perpassa por um trajeto que envolve o sentimento de que a Constituição Federal a consagrou como direito fundamental, estando em um patamar mais elevado do que a livre iniciativa.

¹⁴¹⁷ MÜLLER, Friedrich. *Fragments (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 26.

¹⁴¹⁸ Ibidem, p. 139.

¹⁴¹⁹ Ibidem, p. 33.

¹⁴²⁰ Ibidem, p. 96.

¹⁴²¹ Ibidem, p. 100.

¹⁴²² Ibidem, p. 138.

8.2 EM BUSCA DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: PARTICIPAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES E DA SOCIEDADE

Exigir dos fornecedores que prestem informações sobre a garantia legal dos produtos e serviços ao disponibilizá-los para o público consumidor, com embasamento nas normas constitucionais vigentes somente será possível mediante a ativa e responsável participação dos aplicadores do direito. Ao examinarem contendas, nascidas no âmago das relações de consumo, os intérpretes jurídicos não podem considerá-las regidas por um microsistema infralegal apartado da textura constitucional.

As normas constitucionais não são “meros instrumentos de retórica”, a serem “indicados, aqui e ali, com grandiloquência em seminários e congressos de direito constitucional”, afirma Manoel Jorge e Silva Neto, “sem que os advogados, membros do Ministério Público e juízes se dêem conta da obrigação que se lhes é continuamente dirigida para o cumprimento dos comandos constitucionais”¹⁴²³. É preciso que haja o compromisso dos operadores do campo jurídico com as emanações constitucionais.

O Estado de Direito *material* começa a existir a partir da garantia dos direitos fundamentais, dos quais resultam “los valores a los que debe orientarse un Estado que tiene como misión realizar la justicia” - enuncia Ernst Benda¹⁴²⁴. Compete ao jurista, para prover a efetividade do sistema constitucional, não ficar adstrito a uma visão neopositivista, lançando um olhar sobre os fatores externos¹⁴²⁵. Ao interpretar e aplicar as normas constitucionais em benefício do consumidor, o hermenêutica terá que ir além do sentido literal, aproximando-se da carga valorativa que contém.

Reconhecida a insuficiência das certezas positivistas, argumenta Gustavo Zabrebelsky que a dogmática constitucional é “fluída” ou “líquida”¹⁴²⁶, já que a lei “no es la expresión 'pacífica' de una sociedad política internamente coherente, sino que es

¹⁴²³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 15.

¹⁴²⁴ “os valores aos quais deve orientar-se um Estado que tem como missão realizar a justiça” (traduziu-se). BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001, p. 505.

¹⁴²⁵ HESSE, Konrad. Constitución y Derecho Constitucional. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001, p. 5.

¹⁴²⁶ “não é a expressão 'pacífica' de uma sociedade política internamente coerente, senão que é a manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social” (traduziu-se). ZABREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. 2.ed. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2011, p. 89.

manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social”. Os valores que vicejam no setor constitucional, que albergam as normas protetivas do consumidor, devem ser levados em consideração pelo intérprete.

Desapegar-se da exegese literal das normas jurídicas envolve uma “verdadeira formação para a humanidade”, composta por uma visão universal e geral¹⁴²⁷, fincada na verificação da carga valorativa que envolvem. Para que o aplicador do direito exerça essa concepção ampla, terá que enxergar a Lei Fundamental como instrumento que se irradia para todos os polos jurídicos. Nos conflitos entre fornecedores e consumidores, ao invés de ficar detido no singelo exame das normas contidas na Lei n. 8.078/90, alçará voos maiores aportando na Constituição Federal.

A “hiperespecialização”, porém, assinala Morin, se fecha em si mesma “sem permitir integração em uma problemática global ou em uma concepção de conjunto do objeto do qual ela considera apenas um aspecto ou uma parte”. Em tal situação, tornam-se invisíveis “os conjuntos complexos”; “as interações e retroações entre partes e todo”; “as entidades multidimensionais”; e “os problemas essenciais”¹⁴²⁸. Aqueles que, especializando-se na matéria jurídico-consumerista, esquecem-se da proteção constitucional deferida aos adquirentes de produtos e serviços, bem como dos valores que a fundamentam, cairão no citado fosso e não conseguirão solver e liquidar, com êxito, os problemas que lhes ocorrem.

O enfraquecimento de uma percepção global, adiciona Morin, “leva ao enfraquecimento do senso de responsabilidade” e “da solidariedade”, ninguém mais preservando seu “elo orgânico com a cidade e seus concidadãos”¹⁴²⁹. A reforma do pensamento é o desafio dos desafios, tratando-se de uma modificação “não programática, mas paradigmática”¹⁴³⁰. O primeiro passo é entender que as normas jurídicas estarão sempre vinculadas aos ditames constitucionais; no segundo momento, tem-se que averiguar qual a natureza e o peso dos bens envolvidos; no terceiro, o arcabouço valorativo vem à tona para aprimorar o processo hermenêutico.

Fundamentar a exigência de que o fornecedor preste informações qualificadas, completas e claras sobre a garantia legal dos bens de consumo, através da interpretação das normas constitucionais, constitui tarefa que exige do intérprete uma concepção

¹⁴²⁷ SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Escrever*. Trad. Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM Pocket, p. 31.

¹⁴²⁸ MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 13.

¹⁴²⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁴³⁰ *Ibidem*, p. 20.

ampla e fundada em uma hermenêutica crítica e plural¹⁴³¹. Nada se constrói sem esforços e a ultrapassagem de etapas é inevitável – é preciso, porém, avançar com a cooperação dos aplicadores do direito e dos demais sujeitos, para que o constitucionalismo, no Brasil, atinja a fase do amadurecimento, possibilitando que o microsistema consumerista também consiga desvencilhar-se das amarras embrionárias, arraigadas no “civilismo tradicional”, e produza efeitos concretos em benefício do direito fundamental daqueles que remuneram a aquisição e/ou fruição de produtos e serviços.

A efetiva proteção dos interesses e dos direitos dos consumidores, quanto à obtenção de informações sobre a garantia legal dos produtos e serviços, depende de dois aspectos essenciais. Exigir que o fornecedor, ao disponibilizar certo bem no mercado, esclareça ao consumidor a proteção legal que o ordenamento jurídico lhe confere em caso de vícios é um desses aspectos. Contudo, o consumidor deverá ser educado para que conheça os seus direitos e tenha amplas condições de exigí-los.

Modificar o cenário atual pressupõe uma postura crítica de todas as instituições e sujeitos envolvidos com a proteção e a defesa do consumidor, pois muitos estão acostumados a conceber as normas como algo pronto e acabado, cuja efetividade não depende da ampla participação de todos¹⁴³². As normas são vistas, frequentemente, como “estátuas”, com força “imperial”, e não como instrumentos que admitem uma hermenêutica constitucional e axiológica¹⁴³³. Para tanto, os indivíduos precisam conscientizar-se de seu potencial questionador através do exercício da cidadania e da necessidade do agir em conjunto e não de forma isolada.

A consciência desenvolve-se, de modo gradual, no plano da história, da socialidade e da comunicação¹⁴³⁴ e, diante do paradigma individualista, fica atravancada. O conceito de individualismo é polissêmico e admite abordagens distintas, destacando-se como fato social, valor moral (positivo ou negativo) e como princípio lógico¹⁴³⁵. A evolução industrial e tecnológica fez surgir uma sociedade com nova feição, movida por “conflitos de ponta”, ancorados no forte individualismo

¹⁴³¹ Consultar: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

¹⁴³² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. Contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 30.

¹⁴³³ Ibidem, idem.

¹⁴³⁴ ALVES, Alaôr Caffé; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. et al. *Direito, Sociedade e Economia*. Leituras Marxistas. São Paulo: Manole, 2005, p. 54.

¹⁴³⁵ ANSART, P. *Les sociologies contemporaines*. Paris: Seuil, 1990, p. 76.

e na competição entre os sujeitos¹⁴³⁶. Como instrumento moral, o individualismo entorpeceu a cultura jurídica de outrora e ainda resiste em ser amenizado pela socialidade.

Na sociedade pós-moderna, quanto mais, inexoravelmente, “o princípio do valor de troca subtrai valores de uso aos homens, tanto mais o próprio valor de troca se disfarça como objeto da fruição”¹⁴³⁷. O ter substitui o ser e a lógica do mercado alimenta-se do individualismo e vice-versa, conduzindo Adorno a afirmar que a sociedade de mercadorias é unida e mantida por uma espécie de cimento: “o valor de troca”. Tudo gira em torno desse valor, aquele que tem dinheiro para as compras “se embriaga com o ato de comprar”; “a religião do automóvel converte todos os homens em irmãos”, e “tudo se move conforme a mesma ordem”¹⁴³⁸. Nesse campo árido, o individualismo ganha mais espaço e converte-se em algo sagrado.

O desenvolvimento e a manifestação da capacidade crítica do sujeito perpassam pela superação do individualismo reinante e das dimensões da solidão que ocupam inúmeros setores da atividade humana¹⁴³⁹. Sendo a consciência um produto social e histórico, não evoluirá “sem socialidade, intersubjetividade, interação material e linguagem entre os homens”¹⁴⁴⁰. O primeiro passo, então, é o contato solidário entre os sujeitos para a capacitação coletiva do agir.

A compreensão do “ser” inicia-se com um processo relacional que é “uma relação de 'espelho' às atitudes do outro”¹⁴⁴¹. A proximidade entre os sujeitos favorece essa missão, pois, com usos isolados, registra Agnes Heller, “o homem jamais se enfrenta”, apreendendo-se numa “totalidade relativa como sistema, como estrutura”¹⁴⁴². É preciso que os sujeitos aprendam a agir em conjunto para a reversão dos malefícios causados pela sociedade massificada, que lhes trouxe, também, uma série de benefícios e, por via transversa, problemas ainda sem solução.

¹⁴³⁶ RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e Ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 160.

¹⁴³⁷ ADORNO, T. W. *Minima Moralia: reflexões a partir da vida danificada*. São Paulo: Ática, 1993, p. 79.

¹⁴³⁸ Ibidem, ídem.

¹⁴³⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p.129.

¹⁴⁴⁰ ALVES, Alaôr Caffé; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. et al. *Direito, Sociedade e Economia. Leituras Marxistas*. São Paulo: Manole, 2005, p. 52.

¹⁴⁴¹ BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 34.

¹⁴⁴² HELLER, Agnes. *O Cotidiano e a História*. 8. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 116.

O interagir do indivíduo com o próximo o afasta da “coisificação” e dos “determinismos histórico-naturais”, permitindo-lhes tornarem-se sujeitos conscientes e agentes¹⁴⁴³. Argumenta Bauman que o indivíduo *de jure* não pode se transformar no indivíduo *de facto*, sem antes se tornar um cidadão – para que o homem seja um sujeito de direito, no plano real, deve pensar e agir com firmeza e criticidade¹⁴⁴⁴. Os indivíduos não podem se tornar “sujeitos de sua própria sujeição” e precisam reagir diante do alarmante quadro vigente¹⁴⁴⁵.

A transposição da “ação conformista” para a “ação rebelde”, em busca de uma proteção efetiva, depende de três providências fundamentais: o indivíduo precisa ter a percepção de que a realidade jurídica não está finda e que pode ser inovada; a formação da consciência crítica é fruto da interação; e que a compreensão de que o agir isolado enfraquece a campanha transformadora. Para tal, o pensamento reflexivo não pode ser desprezado¹⁴⁴⁶ e a formação de grupos, alianças, e outras formas de associativismos, é a chave do progresso. Sem a mediação institucional, aduz Ricouer, “o indivíduo é apenas um esboço de homem; para sua realização humana é necessário que ele pertença a um corpo político”¹⁴⁴⁷. A transição do “homem capaz ao cidadão real” é um desafio que instiga todos e que, para a efetividade do microssistema consumerista, não pode ser postergada¹⁴⁴⁸.

Organizar-se em entidades representativas é o grande mote dos cidadãos que queiram realmente mudanças e, infelizmente, nos dias atuais, as pessoas não mais se comunicam e interagem, como em tempos passados, mesmo com as múltiplas ferramentas de comunicação informatizada. Os sujeitos estão, cada vez mais, isolados, perseguindo metas próprias e não comunitárias. Nos países em vias de desenvolvimento, a falta de consciência crítica é ainda mais intensa e o isolamento dos indivíduos dificulta a superação dos paradigmas jurídicos obsoletos. É hora de reversão deste lastimável quadro que se tem acentuado no mundo jurídico.

Ademais, as instituições, órgãos e agentes responsáveis pela fiscalização das relações de consumo e pela busca de soluções para os problemas que sucedam devem desempenhar um

¹⁴⁴³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 11.

¹⁴⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Individualizada*. Vidas contadas e histórias vividas. Tra. José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 79.

¹⁴⁴⁵ CASTORIADIS, C. *L'institution imaginaire de la société*. Paris: Seuil, 1975, p. 34.

¹⁴⁴⁶ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 195.

¹⁴⁴⁷ RICOEUR, Paul. *O Justo I*. A justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 31.

¹⁴⁴⁸ *Ibidem*, *idem*.

papel ativo e enérgico, não ficando limitados a uma mera exegese das normas que compõem a Lei n. 8.078/90. Devem ter em mente que os dispositivos legais que integram o microsistema consumerista jamais poderão ser interpretados de forma isolada e dissociada dos ditames constitucionais. Para que o direito seja realmente modificado e torne-se efetivo, os consumidores devem ter consciência de que são sujeitos que precisam exercer a sua cidadania e não agir de modo isolado¹⁴⁴⁹. A superação dos paradigmas impostos exige a participação de todos na construção da realidade social, concebendo-a não como pronta e reificada, mas como algo aberto e em constante mudança¹⁴⁵⁰.

A Política Nacional das Relações de Consumo, conforme disposto pelo art. 5º, incisos I a V, da Lei n. 8.078/90, será executada através da assistência judiciária gratuita, de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, Delegacias de Polícia especializadas, Juizados e Varas Especializadas e Associações. Observa-se que o legislador infraconstitucional, pretendendo incrementar a proteção e a defesa dos interesses dos consumidores, previu uma gama de instrumentos para o cumprimento de tais atividades, açambarcando a estrutura jurisdicional, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a sociedade civil organizada.

Os órgãos públicos, instituídos para a fiscalização das relações de consumo, denominados de PROCONs e/ou CODECONs, também integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e, por conseguinte, colaboram com a execução da mencionada Política. Delinear-se-á, nos próximos tópicos, observações sobre as atribuições dos órgãos integrantes da mencionada Política, com o escopo de que seja facilitada a compreensão da importância de cada um para que as normas constitucionais e infralegais em prol dos consumidores sejam efetivamente cumpridas através de um discurso jurídico voltado para a realidade fática.

8.2.1 Assistência Judiciária Gratuita e Defensoria Pública

O acesso às vias jurisdicionais é direito fundamental de todo e qualquer cidadão, conforme preconiza o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal Brasileira. A despeito de assegurado, no âmbito constitucional, o direito de peticionar em face da ordem jurisdicional, nem sempre tem sido possível diante das deficitárias condições

¹⁴⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 47.

¹⁴⁵⁰ BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 45.

socioeconômicas de diversos brasileiros. Desde a década de 60, com a edição da Lei n. 1.050, que normatizou a concessão da gratuidade do acesso à justiça, verificou-se a preocupação do legislador com o cenário reinante.

Em razão da dificuldade de aproximação entre os sujeitos carentes e a estrutura jurisdicional, a Lei n. 8.078/90 estabeleceu, dentre os instrumentos para a materialização dos ideais políticas e institucionais¹⁴⁵¹ em benefício do consumidor, a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para aqueles qualificados como carentes. Como aduz Mauro Cappelletti, “O patrocínio dos pobres não é mais matéria de graça ou de caridade. Este se tornou um dever. Mas, precisamente, um dever gratuito 'honorífico': um compromisso entre dever e *gratia*”¹⁴⁵². Diante do dever do Poder Público de prover aos cidadãos desprovidos de recursos econômicos meios para que apresentem as suas demandas ao Poder Judiciário, o CDC trouxe norma específica acerca da matéria.

Com o desenvolvimento das relações massificadas¹⁴⁵³, principalmente, após o segundo grande conflito de porte mundial, o acesso à justiça foi submetido ao crivo de uma nova visão, segundo Cappelletti, a “Perspectiva dos Consumidores”. Passaram a ser examinadas as necessidades não satisfeitas dos consumidores, seu “relativo *bergaining power*”, demonstrado por frágeis “recursos financeiros informativos e organizativos”, bem como pelo “tipo de relações e de interesses que estão implicados e dos que pedem a tutela”¹⁴⁵⁴. Assim sendo, com base nas garantias constitucionais asseguradas ao consumidor, deu-se enfoque aos obstáculos para o acesso do consumidor ao Judiciário.

A facilitação da defesa dos direitos dos consumidores foi assegurada como direito básico, encontrando-se elencada no inciso VIII, do art. 6º da Lei n. 8.078/90, juntamente com a possibilidade de inversão do *onus probandi*. Havendo hipossuficiência por parte do consumidor, ou seja, não dispondo de recursos econômicos e financeiros para prover a produção probatória, poderá a autoridade judiciária decretar a inversão dos ônus da prova, não

¹⁴⁵¹ A expressão “ideais político-institucionais” refere-se à Política Nacional das Relações de Consumo cujos princípios se encontram registrados no art. 4º, incisos I a VIII, do CDC e os instrumentos que a compõem estão delineados no art. 5º, incisos I a V, deste mesmo diploma legal.

¹⁴⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, volume I, p. 197.

¹⁴⁵³ No primeiro capítulo desta tese, foram expostas as raízes históricas, socioeconômicas, políticas e culturais que deram origem à sociedade de massas, bem como as suas principais características.

¹⁴⁵⁴ Cappelletti refere-se ao poder de barganha que o consumidor, na atual sociedade massificada, não mais consegue exercer com facilidade em decorrência do predomínio dos contratos de adesão. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, volume I, p. 391 e 392.

se aplicando as regras clássicas da distribuição probatória disciplinadas pelo art. 333, incisos I a III, do Código de Processo Civil Pátrio¹⁴⁵⁵.

Deve-se ressaltar que, atualmente, tem-se aplicado, no campo prático, a teoria da distribuição dinâmica dos encargos probatórios, não sendo observada aquela norma, visto que não apenas o consumidor carente pode ter dificuldades para comprovar os fatos constitutivos do seu direito, mas também aqueles outros que, mesmo dispondo de recursos econômicos e financeiros, enfrentam outras dificuldades nesse sentido¹⁴⁵⁶. Isso ocorre devido à vulnerabilidade dos consumidores sob os seus múltiplos aspectos, destacando-se o informacional, técnico, jurídico, biopsíquico e cultural¹⁴⁵⁷. Dessa forma, mesmo aqueles que não apresentam dificuldades econômicas e financeiras, podem contar com a distribuição probatória mais equânime.

A inserção quanto ao pagamento das custas e demais encargos judiciais foi o primeiro passo para a facilitação do ingresso em juízo dos indivíduos necessitados. Considera-se a previsão constitucional da Defensoria Pública, como instituição incumbida da defesa dos interesses e dos direitos dos necessitados, o segundo passo da evolução da proteção conferida à população carente. Em seguida, a instituição dos órgãos que a integram foi o terceiro passo de indiscutível importância para que essa garantia se tornasse efetiva. Numa quarta dimensão protetiva, constata-se a legitimação da Defensoria Pública para a propositura de medidas judiciais coletivas em benefício dos consumidores.

A Defensoria Pública, erigida como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, restou incumbida da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados, de acordo com o art. 134 da CF/88. A defesa individual das pessoas carentes sempre foi tarefa atribuída a tal ente, ganhando maior vulto a partir da estruturação dos

¹⁴⁵⁵ Ressalte-se que o simples fato de o consumidor ser hipossuficiente não significa que o Poder Judiciário deverá decretar a inversão do ônus da prova, visto que terá também que observar se a alegação deduzida em juízo é *prima facie* plausível. A maioria da doutrina que trata do tema entende que a inversão do ônus da prova é *ope iudice* e não *ope legis* – o que significa inferir que o juiz não está obrigado a decretá-la se ausentes estiverem os seus pressupostos, sendo que a verossimilhança sempre deverá ser examinada no caso concreto. Sobre o tema, consultar: CABRAL, Érico Pina. *Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor*. São Paulo: Método, 2008; SANTOS, Sandra Aparecida dos. *A Inversão do Ônus da Prova*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. *A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Servanda, 2006; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. São Paulo: Renovar, 2004; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Temas de direito processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 73-82; TARUFFO, Michele. *A prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

¹⁴⁵⁶ Consultar: PEYRANO, Marcos L. La teoría de las 'cargas probatorias dinámicas' en la flamante ley de enjuiciamiento civil española (Lei 1/2000). In: PEYRANO, J. W. (Dir.) e WHITE, I. L. (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

¹⁴⁵⁷ No sétimo capítulo desta tese, foram examinadas as espécies de vulnerabilidade acima referidas, sendo, pois, desnecessária a sua repetição.

respectivos órgãos – devendo-se atentar para o fato de que muitas comarcas interioranas ainda não possuem a efetiva implantação de núcleos para a defesa pública dos direitos dos consumidores carentes.

Com a edição da Lei Federal n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, e a nova redação atribuída ao art. 5º da Lei n. 7.347/85, a Defensoria Pública tornou-se legitimada para a defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores carentes. O art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar n. 80/94, que trata da estrutura orgânica da Instituição, foi alterado pela Lei Complementar 132/09, com o fito de albergar aquela alteração. Compete à Defensoria Pública o exercício da defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor. Outrossim poderá promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos metaindividuais e individuais homogêneos, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes¹⁴⁵⁸.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, irredimida com a nova função atribuída àquela Instituição, ingressou com a Ação de Inconstitucionalidade 3493/DF, questionando o conteúdo do diploma legal em apreço. No corpo da petição inicial da ADI, disponível no site do Supremo Tribunal Federal¹⁴⁵⁹, a citada Associação, no tópico referente à pertinência temática, argumenta que a legitimação da Defensoria Pública comprometerá a independência e a autonomia do Ministério Público. Pugnou, assim, a CONAMP pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais acima mencionados ou, de forma subsidiária, que lhe seja conferida interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo-se a legitimidade dos Defensores Públicos em casos que envolvam direitos difusos, à luz do princípio da correção funcional¹⁴⁶⁰.

Considera-se que a legitimação da Defensoria Pública para a defesa coletiva dos consumidores não configura situação atentatória ao livre e equilibrado exercício das funções ministeriais, desde que seja limitada aos interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos de pessoas realmente carentes¹⁴⁶¹. Deve-se destacar que projetos de lei em curso

¹⁴⁵⁸ Consultar: VERRI, Marina Mezzavilla. *Legitimidade da Defensoria Pública na ação civil pública: limites*. Ribeirão Preto, SP: Ribeirão Gráfica e Editora, 2008, 151 p.

¹⁴⁵⁹ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2548440>>. Acesso em 14 jan. 2011.

¹⁴⁶⁰ Manoel Jorge e Silva Neto posiciona-se neste sentido, conforme orientações externadas na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA. Sobre o princípio da correção funcional, consultar a seguinte obra: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁴⁶¹ Observe-se a decisão do STJ no julgamento do Recurso Especial n. 555.111-RJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 555.111-RJ, Rel. Min. Castro Filho, j. 5/9/2006).

sobre as ações coletivas, não obstante aquela ADI, mantiveram a Defensoria Pública no rol dos legitimados, viabilizando, inclusive, a atuação conjunta dos entes através de litisconsórcio ativo¹⁴⁶². Acredita-se que a atuação da Defensoria Pública não afetará o Ministério Público, posto que tudo que aquela concretizar será em prol dos necessitados, inexistindo razões plausíveis para se conceber prejuízos para o *Parquet*.

Prima-se pelo acesso democrático dos cidadãos à estrutura jurisdicional e quanto mais entes forem legitimados para o cumprimento desse mister, mais probabilidade de êxito terá essa meta. Cássio Scarpinella Bueno enuncia que deve ser aferida a legitimidade da Defensoria Pública em cada caso concreto, para que atue, de fato, em benefício dos direitos e dos interesses que carecem de proteção. Mancuso afirma que “não se pode estabelecer primazia ou privilégio de um co-legitimado em face de outros, nem mesmo ao argumento da anterioridade da iniciativa judicial”¹⁴⁶³. Vedar, aprioristicamente, o reconhecimento de sua legitimidade, no entanto, apresenta-se como algo absurdo.

Deve-se ter o cuidado necessário para que a Defensoria Pública não desenvolva uma atuação desmedida em prol de interesses que não merecem a sua guarda, caracterizados pela ausência de necessidade ou hipossuficiência, deixando de lado a defesa daqueles que realmente clamam a sua proteção. Assinala Scarpinella Bueno que a Defensoria deve atuar “em prol de seus 'interesses institucionais', sendo-lhe interdito buscar a tutela jurisdicional de direitos e interesses estranhos àquela finalidade. Também para ela, em suma, põe-se a necessidade de pesquisar a 'pertinência temática’”¹⁴⁶⁴.

É importante ressaltar que, na Argentina, a Defensoria Pública desempenha função de destaque na defesa dos direitos e interesses da coletividade. Lorenzetti afirma que o Defensor do Povo, instituído pelo artigo 86 da Constituição Nacional, tem por missão a defesa e a proteção “de los derechos humanos y demás derechos y garantías tutelados en la Carta Magna y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración”¹⁴⁶⁵. Para uma produtiva atuação da Defensoria Pública Brasileira, deve-se dar continuidade ao movimento de sensibilização dos Poderes Executivos Estaduais e Federal para que invistam “na ampliação

¹⁴⁶² Dentre tais projetos, destacou-se o n. 5139/2009 que tramitou no Congresso Nacional que se voltou para a tentativa de criação do Código Brasileiro de Processos Coletivos, não expurgando a legitimidade da Defensoria Pública.

¹⁴⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 556.

¹⁴⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Direito processual coletivo e Direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.

¹⁴⁶⁵ “dos direitos humanos e demais direitos e garantias tutelados na Carta Magna e nas leis, ante fatos, atos ou omissões da Administração” (traduziu-se). LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia Colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni, 2010, p. 276.

dos quadros, abertura de concurso para pessoal administrativo e aparelhamento técnico, material e estrutural das Defensorias Públicas”¹⁴⁶⁶.

No Brasil, ao invés dos entes legitimados entrarem em atrito, para definirem quem deve ou não atuar em prol da coletividade, precisam unir forças e esforços para que a defesa seja a mais efetiva possível. Nesse ponto, o Projeto de Lei n. 5.139/09 incentiva a atuação conjunta da Defensoria Pública e do Ministério Público, admitindo o litisconsórcio facultativo entre tais instituições e os demais legitimados. O dever destas é realizar o melhor trabalho possível para proteger a coletividade consumerista e, para tal, faz-se imperioso o diálogo e o serviço harmonioso. No tocante ao problema desta tese, a Defensoria Pública, sendo legitimada para a tutela jurídica das coletividades carentes, poderá tentar formalizar termos de ajustamento de conduta com os fornecedores para que prestem informações aos consumidores sobre a garantia legal dos produtos e serviços e sanem os vícios existentes, e, caso não obtenha êxito com este instrumento, a propositura de ações coletivas será outro importante instrumento. Promover a educação do consumidor carente quanto aos seus direitos básicos é outra finalidade, que deve ser perseguida por esta Instituição.

8.2.2 Atuação do Ministério Público

O Ministério Público, tanto no âmbito estadual quanto no federal, tem atribuições para apurar ocorrências que envolvam a coletividade consumerista. Quanto a não prestação de informações sobre a garantia legal dos produtos e serviços por parte dos fornecedores, o Ministério Público Estadual tem o dever constitucional e legal de, através de procedimento administrativo, investigar o problema e materializar as providências cabíveis¹⁴⁶⁷. Contribuir com o processo de educação e de conscientização dos consumidores sobre os seus direitos básicos é outra função que deve ser promovida pela Instituição. Já o Ministério Público Federal terá atribuições quando presentes interesses da União ou de outros entes federais, consoante disposto pelo art. 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988 – situação que não se verifica no caso em apreço.

¹⁴⁶⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernadina. A Legitimidade da Defensoria Pública para a Propositura de Ações Cíveis Públicas: Primeiras Impressões e Questões Controvertidas. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (Coords.). *O Novo Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200, p. 181.

¹⁴⁶⁷ “A defesa dos direitos do consumidor insere-se nas funções institucionais do Ministério Público” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 209259/DF, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 07/12/2000).

8.2.2.1 A defesa da coletividade

Na condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consoante dispõe o art. 127, caput, da Constituição Federal de 1988. Dentre as funções institucionais do Ministério Público, elencadas no art. 129 da Carta Maior, restou prevista a promoção do inquérito civil e da ação civil pública¹⁴⁶⁸, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, de acordo com o inciso III daquele dispositivo constitucional. A Lei n. 8.078/90, com base no texto constitucional, estabeleceu que a Instituição estaria legitimada para a proteção dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, em conformidade com os arts. 81, parágrafo único, incisos I a III, e 82, I.

No campo consumerista, o Ministério Público não possui atribuição para encetar medidas judiciais em prol de apenas um indivíduo ou exíguo grupo de pessoas, somente podendo e devendo desenvolver atividades quando se deparar com os interesses e direitos acima enumerados¹⁴⁶⁹. Questionamentos não são arregimentados com relação à legitimidade de o *Parquet* propor medidas judiciais para tutela das situações caracterizadas como difusas e coletivas, seguindo-se o teor dos incisos I e II do citado art. 81¹⁴⁷⁰. O mesmo não ocorre, contudo, quando sejam detectadas hipóteses individualizadas que possam ser congregadas dada a homogeneidade e a origem comum.

No que concerne ao tema, vislumbra-se a divisão em dois grandes grupos: os que consideram que a dita Instituição somente deverá atuar quando presentes estiverem questões indisponíveis¹⁴⁷¹ e os que defendem que a deliberação sobre a legitimação do *Parquet*

¹⁴⁶⁸ Sobre o inquérito civil, examinar: JORGE, André Guilherme Lemos. *Inquérito Civil*. Contraditório e ampla defesa sobre a efetividade dos princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2009; MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999; PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil. Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública*. Instrumentos da Tutela Coletiva. Belo Horizonte: Del Rey, 2000; SOUZA, Moutari Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁴⁶⁹ No campo penal, o Ministério Público atua em prol da sociedade e pode defender interesse individual disponível da vítima, como ocorre, por exemplo, em caso de alguém que sofre assédio sexual.

¹⁴⁷⁰ Os interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, p. único, inciso I). Já os coletivos são também transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (inciso II daquele mesmo artigo).

¹⁴⁷¹ No primeiro grupo, encontram-se Pedro da Silva Dinamarco, José dos Santos Carvalho Filho, Alexandre Amaral Gavronski, José Marcelo Menezes Vigilar, Antônio Cláudio da Costa Machado, dentre outros juristas. DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 213; GAVRONSKI, Alexandre

dependerá da relevância social do problema¹⁴⁷². Defende-se que o Ministério Público poderá diligenciar para a proteção de interesses ou direitos indisponíveis ou relevantes para a sociedade. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem admitido a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais disponíveis, como se pode constatar através do enunciado de Súmula n. 643 que dispõe: “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”. Nestas ações, além de defender direitos coletivos dos consumidores, a Instituição propugna pela devolução dos valores pagos indevidamente, protegendo interesses individuais disponíveis.

Haverá indisponibilidade quando a proteção do interesse em jogo apresentar-se extremamente importante e necessária. Os direitos indisponíveis são, para Miguel Reale, “aqueles que, por sua natureza essencial ao valor e à sobrevivência da pessoa humana ou ao bem da coletividade, não poderão ser objeto de renúncia, de troca ou de cessão a terceiros”¹⁴⁷³. A indisponibilidade poderá ser definida pela importância de certa situação, para que seja garantida a permanência do indivíduo em estado vital, ou quando valores fundamentais da sociedade estão necessitando de proteção. São na realidade direitos que não podem ser alienados ou renunciados dada à sua essencialidade para o ser humano ou para a sociedade.

Quanto à atuação do Ministério Público, o Projeto de Lei n. 282/2012, que se destina à atualização do CDC, não acatou a mais atualizada proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual no sentido de registrar que possui absoluta legitimidade para a proteção dos direitos difusos e coletivos, porém quanto aos direitos individuais homogêneos, deve ser necessariamente aquilatada a presença do interesse social. Críticas têm sido tecidas quanto à atuação desmedida e desnecessária do Ministério Público na tutela de direitos individuais

Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30; VIGLIAR, Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 56; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 3 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 148.

¹⁴⁷² Defendendo o segundo posicionamento, podem ser mencionados Ada Pellegrini Grinover, Rodolfo de Camargo Mancuso, Hugo Nigro Mazzilli, Kazuo Watanabe e Pedro Lenza. GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 890; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, 248 p. WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume II, p. 735.

¹⁴⁷³ REALE, Miguel. Da ação civil pública. In *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 132.

homogêneos disponíveis e/ou que não expressem relevância social¹⁴⁷⁴. Rogério Lauria e Tucci questiona que muitas petições iniciais, formuladas pelo *Parquet*, são tecnicamente ineptas dada a extensão demasiada da atuação da Instituição e conclui afirmando que, “com o máximo respeito, que a utilização da ação civil pública, pelo Ministério Público, a par de exagerada, tem-se mostrado realmente abusiva”¹⁴⁷⁵.

A atuação irrestrita e ilimitada do Ministério Público na defesa de todo e qualquer interesse individual homogêneo, principalmente, quando se trata de situações disponíveis, é objeto de crítica por parte de Alexandre Amaral Gavronski. Questiona o autor “Quantas causas são atualmente ajuizadas pelo Ministério Público em defesa de interesses individuais disponíveis, ensejando longas e intermináveis discussões acerca da legitimidade do mesmo para defesa desses interesses (...)?”, vindo a complementar que termina “desviando os esforços institucionais de áreas nas quais, seja pela falta de repercussão patrimonial, seja pela difusão dos interessados, seria fundamental a atuação ministerial¹⁴⁷⁶”.

O entendimento de que a defesa dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, por meio da ação civil pública, somente deverá ocorrer quando for identificada a indisponibilidade dos mesmos, tem sido a posição majoritária defendida na doutrina e pela jurisprudência. Consoante informa Pedro da Silva Dinamarco¹⁴⁷⁷, o problema é que “são raros os interesses individuais homogêneos que sejam realmente indisponíveis, como os referentes a alguns direitos básicos da criança e do adolescente ou aos índios”¹⁴⁷⁸. Para o referido Autor, está havendo “um inegável abuso do Ministério Público na propositura de ações civis públicas (e um abuso maior ainda na interpretação de normas de direito material)”.

Integrando o referido grupo que defende a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos que gerem impactos sociais, Hugo Nigro Mazzilli¹⁴⁷⁹ aduz que essa Instituição atuará sempre quando: a) verifique-se expresse interesse social, demonstrado pela dimensão ou pelas características do dano, mesmo que, ainda não ocorrido;

¹⁴⁷⁴ Vigoritti examina o tema na obra: VIGORITI, Vincenzo. *Interessi colettivi e proceso*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 459.

¹⁴⁷⁵ TUCCI, Rogério Lauria. A ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnoldo (coord.). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 391.

¹⁴⁷⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30.

¹⁴⁷⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 213.

¹⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 214.

¹⁴⁷⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 157.

b) o bem jurídico demonstre relevância social; c) a situação possa afetar a estabilidade de um sistema social, jurídico ou econômico, “cuja preservação aproveite à coletividade como um todo”. Dessa forma, a nota essencial para a definição da presença do Ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos será a relevância para a sociedade e não a indisponibilidade do bem.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por intermédio da Súmula 7 do seu Conselho Superior, tem adotado os argumentos esposados pela segunda corrente doutrinária. A Instituição estaria, pois, legitimada para a defesa dos interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito à saúde ou à segurança das pessoas, ou ao acesso das crianças e adolescentes à educação; b) aqueles em que haja extraordinária dispersão de lesados; c) quando convenha à coletividade o zelo pelo funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico¹⁴⁸⁰. Dessa forma, a atuação do *Parquet* estaria vinculada à necessária observância da importância e funcionalidade das questões envolvidas.

Ao tratar do tema, Ada Pellegrini Grinover destaca que a legitimação do Ministério Público, assim como de outros entes, para a defesa dos interesses individuais homogêneos, intensificou-se em virtude da grande importância social na resolução uniforme dos conflitos que atinjam de forma igualitária uma massa de indivíduos. A impossibilidade de reunir os pleitos destes em uma única lide, caso não existissem os interesses individuais homogêneos, acarretaria, sem sombra de dúvidas, decisões contraditórias e uma enorme gama de demandas repetitivas, asoberbando, ainda mais, o Poder Judiciário¹⁴⁸¹¹⁴⁸².

A atuação do Ministério Público Estadual na defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores, para que sejam informados sobre a garantia legal dos produtos e serviços e consigam solucionar os problemas gerados pelos vícios que podem emergir, é indiscutível. A promoção da educação dos brasileiros com relação aos seus direitos básicos como consumidores é outra missão que se adequa perfeitamente às funções institucionais dessa

¹⁴⁸⁰ No Estado da Bahia, o Conselho Superior do Ministério Público ainda não editou súmula específica sobre a matéria.

¹⁴⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. As ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I.

¹⁴⁸² Nos Estados Unidos, as *class actions* são, frequentemente, intentadas por associações de consumidores, grupos informais destes, ou mesmo de forma isolada. Na Inglaterra, existe a chamada *relator action* ou *representative action* proposta, normalmente, por associações com o objetivo de que o responsável por danos aos consumidores seja obrigado a repará-lo. O pedido é previamente submetido ao Procurador-Geral de Justiça (“Attorney General”), que autoriza ou não ajuizamento da ação competente. Na França, a *action d’intérêt publique* vem sendo ajuizada por associações de consumidores através da autorização preliminar do Ministério Público. Na Alemanha, existe a chamada *Adhäsionsprozess*, ajuizada por entidades civis de proteção ou defesa do consumidor.

Instituição. Ao mover ações coletivas contra os fornecedores, para que informem aos consumidores sobre a existência da garantia legal dos bens e não se esquivem de solucionar os vícios que apareçam o *Parquet* estará promovendo direitos difusos e coletivos da comunidade. Pugnando pela restituição dos valores pagos pelos consumidores, diante da não substituição de produtos viciados cobertos pela garantia legal e pela indenização dos consumidores, devido aos danos materiais e morais sofridos, o Ministério Público promoverá a proteção dos interesses individuais, homogêneos e relevantes, uma vez que afetam uma grande dispersão de lesados.

8.2.2.2 Poder Exclusivo de Instauração do Inquérito Civil

Dentre as funções institucionais do Ministério Público, encontra-se a promoção do inquérito civil, de acordo com o quanto previsto no art. 129, inciso III, da CF/88, assim como no art. 25, inciso IV, alínea “a”, da Lei Federal n. 8.625/93, que organizou, em sede nacional, a Instituição¹⁴⁸³. O procedimento investigatório em epígrafe encontra-se, também, disciplinado no bojo da Lei n. 7.347/85 e em resoluções editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP¹⁴⁸⁴, bem como pelos Colégios de Procuradores das entidades correspondentes a cada uma das unidades federativas¹⁴⁸⁵.

Existem quatro fontes que podem ensejar a atuação investigativa do Ministério Público, quais sejam: a representação do consumidor; a remessa de peças informativas por parte de outros órgãos; a requisição da Procuradoria Geral de Justiça e a diligência instaurativa *ex officio*. A representação do consumidor pode ser elaborada por escrito e protocolizada junto ao Ministério Público ou é possível que o interessado compareça à Promotoria de Justiça do Consumidor para prestar declarações que devem ser registradas pelo órgão. É possível, também, que remeta uma correspondência eletrônica denunciando os fatos detectados.

Para que a representação possa ser recebida e enseje a instauração da investigação, exige-se a identificação do interessado, a descrição dos fatos e, se possível, a indicação dos

¹⁴⁸³ O artigo 138, inciso III, da Constituição do Estado da Bahia também prevê tal atribuição. Do mesmo modo, o art. 72, inciso IV, alínea “b”, da Lei Complementar n. 11/96, que estruturou e organizou o Ministério Público do Estado da Bahia.

¹⁴⁸⁴ Deve ser consultada a Resolução n. 22/07 do Conselho Nacional do Ministério Público.

¹⁴⁸⁵ O Ministério Público do Estado da Bahia, por meio do seu Colégio de Procuradores, disciplinou o Inquérito Civil através da Resolução n. 006/2009.

elementos comprobatórios¹⁴⁸⁶. Caso o consumidor sinta-se receoso ou constrangido para subscrever a peça, poderá fazê-lo de forma anônima – o que não inviabilizará a apuração por parte do Ministério Público, já que, podendo agir de ofício, nada o impede de apurar os fatos delatados por quem não tenha a pretensão de ser identificado¹⁴⁸⁷. Não será necessária a assinatura de advogado nem do acompanhamento deste ao consumidor que delibere por prestar declarações diretamente para o órgão ministerial¹⁴⁸⁸.

Ao tomar conhecimento de práticas abusivas em desrespeito aos consumidores, órgãos públicos poderão remeter peças informativas para o Ministério Público. Com fundamento nos dados contidos em tais documentos, o órgão ministerial deverá dar início à investigação, complementando-os, inclusive, com o auxílio do próprio ente que os enviou e de outros que sejam considerados pertinentes. O Procurador-Geral e o Conselho Superior poderão também determinar ou delegar ao órgão ministerial que apure determinado fato.

Não deverá, no entanto, o Ministério Público portar-se de modo a aguardar que seja instado a investigar determinadas questões, devendo adotar um posicionamento ativo e dinâmico em face dos inúmeros abusos cometidos pelo mercado de fornecimento em prejuízo dos consumidores. Ora, verificando, pelos diversos meios de comunicação de massa, a ocorrência de certa conduta ou omissão lesiva à coletividade consumerista, não poderá a Instituição se quedar inerte e aguardar que alguém o provoque, *a contrario sensu*, de modo imediato, deverá partir para a investigação, iniciando-a de ofício.

Tem-se observado, entretanto, que a atuação de ofício não tem sido uma prática constante por parte de determinados Ministérios Públicos, quer na esfera estadual ou federal, limitando-se a aguardar que os consumidores apresentem as suas reclamações. O ideal seria que houvesse um planejamento estratégico para os órgãos que atuam nas capitais dos estados e não somente para aqueles das comarcas interioranas, a fim de que estabelecessem metas para o desenvolvimento de um trabalho preventivo e pró-ativo. Com relação à reiterada

¹⁴⁸⁶ A Lei Complementar n. 11/96, no art. 78, alíneas “a” a “c”, apresenta os seguintes requisitos para a representação: “a) nome, qualificação e endereço do representante e, sempre que possível, do autor do fato; b) descrição do fato objeto das investigações; c) indicação dos meios de prova”. Verificar também o art. 2º, inciso II, da Resolução n. 22/07 do Conselho Nacional do Ministério Público e o art. 3º, inciso II, da Resolução n. 006/09 do Colégio de Procuradores do MPBA.

¹⁴⁸⁷ Sobre denúncia anônima, examinar as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça: “Processo penal. Denúncia anônima não pode ser fundamento de interceptação telefônica. Prova ilícita” (STJ, Habeas Corpus n. 64.096, Relator Arnaldo Esteves Lima, j. 27.05.2008, DJU 04.08.2008), bem como o precedente: STJ, HC 44.649/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 8/10/07. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu, no julgamento do INQ 1957, atuando como Relator o Ministro Carlos Velloso (DJU de 11.11.2005), que “abrir inquérito baseado em carta anônima é dar valor jurídico a um documento que nem pode ser considerado e que a ordem jurídica define como desvalor”.

¹⁴⁸⁸ Quanto ao atendimento à população por parte do Ministério Público, sendo sua missão constitucional receber o povo e ministrar-lhe a orientação devida, deve o setor específico recebê-lo nos dois turnos, a fim de evitar que se desloque de forma desnecessária, estando ausente o órgão competente.

omissão dos fornecedores de cumprirem a obrigação de informar aos consumidores sobre a existência da garantia legal dos produtos e serviços e de resolver os conflitos concernentes aos vícios apresentados, não precisaria o Ministério Público aguardar que uma denúncia fosse formalizada para que atue em favor da coletividade. É cediço que o setor de fornecimento cria toda espécie de imbróglio para não informar ao público sobre a existência da proteção legal dos bens e tampouco solver os vícios que os arrefeçam. Assim sendo, devem os integrantes do *Parquet* dos Estados unir esforços para fomentarem a educação dos consumidores, firmarem ajustamento de conduta com os fornecedores ou acioná-los quando não conseguirem solução administrativa da questão¹⁴⁸⁹.

A instauração do inquérito civil pressupõe a verificação de fatos e de elementos informativos que revelam fortes indícios de violação dos interesses e direitos dos consumidores, não se exigindo demonstração cabal, mas dados verossímeis acerca do evento. É possível que as informações, preliminarmente, obtidas não acarretem uma concepção tão clara sobre a transgressão das normas consumeristas, podendo o órgão ministerial iniciar um procedimento preparatório para inquérito civil. A elaboração de uma portaria, contendo a descrição dos fatos e a indicação dos dispositivos legais violados, e sua divulgação por meio do órgão informativo oficial são providências salutares que atendem ao princípio da motivação e da publicidade, norteadores de todo e qualquer procedimento administrativo.

Iniciada a investigação, cabe ao órgão competente a busca da verdade dos fatos, devendo efetivar todas as diligências cabíveis para que a alcance. A oitiva de consumidores, fornecedores, órgãos públicos e entidades envolvidos, além de outros sujeitos e entes qualificados como necessários, são providências que devem ser procedidas pelo Ministério Público. A requisição de informações e de documentos, através da expedição de ofícios, é providência comum e necessária para a evolução da investigação. A depender da natureza da questão apurada, serão instados órgãos, autarquias ou entidades específicas. A remessa de expedientes para a Coordenação dos Juizados Especiais e órgãos administrativos instituídos especificamente para a proteção dos consumidores, solicitando-lhes informações sobre as demandas dos consumidores, tem sido considerada como essencial, isso porque favorece detectar-se se, realmente, a *quaestio* se denota de cunho coletivo.

¹⁴⁸⁹ Quanto à legitimação do Ministério Público para a tutela judicial coletiva dos interesses e direitos dos consumidores, examinar as seguintes decisões do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 605.755-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22/9/2009; STJ. REsp. n. 794.752-MA, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/2/2010; STJ. REsp. n. 1.087.783-RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 1º/9/2009.

Apesar de o inquérito civil e o seu procedimento preparatório não serem regidos pelas normas do processo civil, dentre as quais o contraditório e a ampla defesa, deve ser disponibilizado ao fornecedor amplo acesso aos autos e a oportunidade de se manifestar em prazo mínimo de 10 (dez) dias¹⁴⁹⁰; exceto na hipótese de ser decretado o sigilo do feito, para resguardar o efetivo e razoável trâmite da apuração, o fornecedor deverá ser ouvido, resguardando o direito de pronunciamento e juntada de documentos através de advogado constituído ou não, ou seja, de forma direta.

Obtidas todas as informações sobre o objeto da investigação, o Ministério Público poderá seguir três diversos caminhos que exigem posicionamento com fundamentação e motivação. Alcançando-se a conclusão de que não restaram comprovados os fatos relativos à atuação abusiva por parte do fornecedor, promoverá o arquivamento do feito – o mesmo será concretizado, caso não se identifique a presença de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, indisponíveis ou relevantes. Havendo elementos demonstradores da atuação indevida do fornecedor, é salutar que, antes da propositura da medida judicial coletiva, proponha um termo de ajustamento de conduta (TAC). A despeito de não ser obrigatório, o ajuste é medida importante para se buscar a adequação da conduta do fornecedor e evitar a desnecessária judicialização de celeumas¹⁴⁹¹. Sendo firmado o pacto, o órgão ministerial também terá que promover o arquivamento dos autos da investigação.

Arquivada a apuração diante da inexistência de razões plausíveis para continuá-la ou após a subscrição do ajuste, os autos são remetidos para o Conselho Superior do Ministério Público, para examiná-los e emitir parecer pela homologação ou não¹⁴⁹². É importante que o arquivamento seja composto pelas duas partes: a descrição de todas as diligências realizadas no curso da investigação e os fundamentos jurídicos que o autorizaram. Em se tratando de arquivamento decorrente de ajuste firmado, devem ser analisadas todas as cláusulas que o compõem na redação final, após a subscrição pelo fornecedor, inclusive, em caso de modificação do teor da proposta inicial, após as considerações do fornecedor, serão explicitados os motivos que conduziram a tal.

Convocar os fornecedores, para que prestem informações sobre a garantia legal dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo e sanem os vícios existentes, é diligência que compete ao Ministério Público, na defesa dos interesses e direitos

¹⁴⁹⁰ Consultar a Lei Complementar n. 11/96.

¹⁴⁹¹ Consultar as citadas Resoluções e verificar os requisitos do TAC.

¹⁴⁹² Ver o art. 9º, *caput* e § 1º, da Lei 7.347/1985.

transindividuais¹⁴⁹³. Por meio de procedimentos administrativos, o *Parquet* tem o condão de tentar formalizar termos de ajuste com os fornecedores de bens de consumo independentemente de representações prévias dos interessados, posto que lhe cabe agir de ofício, quando patentes violações dos ditames normativos. Não sendo firmado ajuste, demandas judiciais coletivas devem ser intentadas.

8.2.3 Juizados e Varas Especializadas

A instituição de Juizados e de Varas Especializadas para as causas de natureza consumerista encontra previsão na Lei n. 8.078/90, como já anteriormente explicitado, e no direito fundamental de acesso à justiça, albergado pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Todos os conflitos, não solucionados por via consensual ou administrativa, alcançarão o âmbito judicial para que sejam pacificados.

A depender do valor da causa relativo à lide entre fornecedores e consumidores, a medida judicial poderá ser proposta em um dos Juizados ou em uma das Varas Especializadas¹⁴⁹⁴. Em determinadas unidades federativas do País, não foram instituídas Varas Especializadas das Relações de Consumo, ou não mais existem, competindo aos próprios juízos cíveis o tratamento e o julgamento da matéria¹⁴⁹⁵.

A decisão das questões judiciais de cunho consumerista exige dos juízes preparo adequado e, *ipso facto*, o conhecimento da matéria específica. José Roberto dos Santos Bedaque e Carlos Alberto Carmona chegam a afirmar que os juízes “não ostentam (de um modo geral) o grau de conhecimento necessário ao adequado desempenho de sua tarefa”, e acrescentam que “o Estado não coloca à disposição dos juízes os meios adequados para o desenvolvimento de sua tarefa.”¹⁴⁹⁶. Regendo-se o Direito das Relações de Consumo por especificidades que o diferenciam da seara cível, apesar de não se afastar *in totum* dessa, os magistrados precisam se atualizar e conhecê-las.

¹⁴⁹³ Consultar: YEAZELL, Stephen. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. New Haven and London, Yale University Press, 1987.

¹⁴⁹⁴ Questões cujos valores monetários não ultrapassem 40 (quarenta) salários mínimos podem ser discutidas e decididas nos Juizados Especiais e se, os montantes não forem superiores a 20 (vinte) salários mínimos, não haverá necessidade da presença de Advogado, consoante disposto pela Lei n. 9.099/95.

¹⁴⁹⁵ Na Comarca de Salvador-Ba, existiam 02 (duas) Varas Especializadas nas Relações de Consumo que foram transformadas em Varas dos Feitos das Relações Cíveis, Comerciais e de Consumo. Atualmente, existem 32 Varas com atribuições cíveis, comerciais e consumeristas.

¹⁴⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. Relatório geral brasileiro para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (Viena, Áustria, 23 a 28 de agosto de 1999). *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 96, 1999, p. 96.

O Poder Judiciário deve incentivar a atualização dos seus integrantes para que possam bem servir à comunidade jurídica, realizando os valores que compõem o Estado Democrático de Direito, implementando a igualdade e liberdade, sob uma perspectiva material¹⁴⁹⁷. A renovação de conhecimentos não deve direcionar-se apenas para o conteúdo da Lei n. 8.078/90 e diplomas afins, englobando, principalmente, uma visão da Hermenêutica Crítica, como será, a seguir, esboçado¹⁴⁹⁸. Não se espera que os juízes apreendam apenas o conteúdo normativo inserido nas leis, tendo uma concepção ampla de que decidir pressupõe um domínio da Constituição Federal e de uma aplicação que não se dissocia da interpretação crítica.

Quanto ao modo de reflexão e aplicação do direito posto, afirma Willis Santiago Guerra Filho que existem três tipos de juízes: “o tradicional”, “o moderado ou tolerante” e “o juiz revolucionário”, cada um com um perfil específico. O primeiro utiliza-se da forma clássica de compreensão do Direito, considerando que tem por finalidade a pacificação social, a segurança, a certeza e a segurança jurídicas¹⁴⁹⁹. O segundo tenta ser um agente para a “concretização de direitos, sabendo que pode contribuir com melhorias para o meio social através do ato decisório, de modo que se possa, progressivamente, realizar-se o imaginado Estado Democrático de Direito”¹⁵⁰⁰. O terceiro, encantado com a ideia da “possibilidade de ruptura da ordem jurídica (já que esta foi criada somente para a manutenção das relações de poder)”, encontra-se imbuído da visão de transformação¹⁵⁰¹.

A presença da terceira espécie de juiz seria o ideal para o tratamento da questão em análise – há a necessidade premente de magistrados que compreendam as normas consumeristas através da hermenêutica crítica e não positivista. Ademais, que tenham uma percepção do seu poder de mudanças e não se acomodem com ideias estereotipadas e preconcebidas. Não se deve deixar de alertar que o Poder Judiciário

¹⁴⁹⁷ “Caberá, assim, ao Judiciário suprir a ausência completa e os defeitos da produção legislativa, no sentido da realização dos chamados ‘Direitos fundamentais de terceira geração’, ou ‘direitos de solidariedade’, precisamente os direitos sociais, econômicos e culturais de minorias étnicas e étnicas, etc.”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade)*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 70, 1993, p. 140/141.

¹⁴⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45.

¹⁴⁹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade)*. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 70, 1993, p. 135/136.

¹⁵⁰⁰ *Ibidem*, *idem*.

¹⁵⁰¹ *Ibidem*, *idem*.

necessita ser constituído de juízes que conheçam a importância das matérias que envolvam a coletividade¹⁵⁰².

A carência de informações claras sobre a proteção legal dos consumidores diante dos vícios dos produtos e serviços afeta não apenas um único sujeito, alastrando-se para toda a coletividade. Hoje, ninguém mais vive sem a aquisição e uso de bens de consumo¹⁵⁰³, não sendo mais possível sobreviver apenas com os recursos extraídos diretamente da natureza. Dessa forma, a questão em tela é de natureza coletiva e não meramente individual. Todos os indivíduos são consumidores, independentemente da condição socioeconômica, política, cultural, etária etc. e, por isso, todos devem ter acesso a informações corretas e completas sobre a garantia dos produtos e serviços, cabendo aos fornecedores sanarem os vícios existentes. O processo de educação dos consumidores, no que pertine aos seus direitos básicos, atinge a toda a população brasileira, abrangendo não apenas os pouco instruídos, mas também os próprios acadêmicos dos cursos de Direito e os profissionais da área, visto que, consoante gráficos analisados, muitos desconhecem a contagem dos prazos das garantias legal e contratual.

8.2.4 Órgãos Públicos de Proteção ao Consumidor

Com o objetivo de que a defesa do consumidor seja a mais ampla possível e não fique restrita apenas ao âmbito de atuação do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor (DPDC)¹⁵⁰⁴, atual SENACON, a Lei n. 8.078/90 e o Decreto 2.181/97 previram a criação de órgãos estaduais incumbidos da elaboração e execução da política em prol dos adquirentes e usuários de produtos e serviços. As atribuições destes entes encontram-se previstas naquele Decreto e assimilam-se às previstas para o órgão federal.

¹⁵⁰² ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 84.

¹⁵⁰³ No terceiro capítulo desta tese, foram analisados os bens que podem ser objeto das relações jurídicas de consumo, traçando-se, inclusive, críticas sobre o consumismo e os bens supérfluos.

¹⁵⁰⁴ O DPDC, atual SENACON, constitui órgão federal vinculado à Secretaria de Direito Econômico e ao Ministério da Justiça e é o responsável pelo planejamento e a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, conforme dispõe o art. 106, inciso I, do CDC. Tal ente também exerce funções de investigação e de fiscalização das relações de consumo, de educação dos consumidores e de incentivo à criação e ao desenvolvimento de associações que atuem em defesa do consumidor, além de outras atividades previstas nos incisos II a XIII daquele mesmo artigo. De acordo com o art. 5º, parágrafo único, do Decreto Federal n. 2.181/97, este Departamento deverá solucionar os casos de conflitos de atribuições entre os órgãos que integram o Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (SNDC).

Os órgãos estaduais de defesa do consumidor podem ter personalidade jurídica ou não. No Estado da Bahia, a Superintendência de Proteção ao Consumidor (PROCON-BA) integra a estrutura da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos e não constitui uma pessoa jurídica autônoma¹⁵⁰⁵. Em São Paulo, a PROCON é uma fundação pública criada mediante normas de caráter privado e possui uma estrutura jurídica específica.

As mesmas funções atribuídas ao órgão federal coordenador do SNDC devem ser exercidas pelos órgãos estaduais. Assim, no âmbito estadual, os órgãos exercem funções de *programação-execução; indução de providências; deliberação; consultoria; informação-educação; fiscalização; e sancionatória*. Compete aos órgãos estaduais discutir, elaborar e executar as metas e os objetivos que comporão as políticas referentes à proteção e à defesa dos consumidores no espectro de cada unidade federativa correspondente¹⁵⁰⁶. A questão atinente ao dever de o fornecedor informar ao público consumidor sobre a garantia legal dos produtos e serviços, não criando obstáculos para resolver as questões relativas aos vícios verificados, deve ser objeto de tratamento quando da discussão e da estruturação das políticas estaduais. Outrossim dentro da função de informação e educação do consumidor, os órgãos estaduais devem promover atividades voltadas para o esclarecimento da população sobre os seus direitos básicos e a proteção legal existente em caso de vícios de produtos e serviços.

Ao receber o órgão informações ou denúncias, formalizadas por pessoas físicas ou jurídicas, deverá encaminhá-las para os setores competentes, a fim de que as apurações sejam concretizadas. De acordo com a função deliberativa, o órgão estadual poderá instaurar procedimentos administrativos, propor ajustes e ingressar com medidas judiciais coletivas para a proteção da coletividade. É cabível, também, apresentar rol de práticas e cláusulas consideradas abusivas nas relações de consumo, com base nas normas contidas nos arts. 39 e 51 do CDC. A ausência de informações sobre a garantia legal dos produtos e serviços e as dificuldades que os consumidores enfrentam perante os vícios evidenciados são fatores que devem conduzi-los a procurar os órgãos públicos competentes.

¹⁵⁰⁵ Inicialmente, foi instituída, através da Lei n. 6.074/91, com a nomenclatura de Coordenação de Defesa do Consumidor, sendo, por meio da Lei n. 7.028/97, alterada a denominação para Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON. Com a edição da Lei n. 7.435, de 30 de dezembro de 1998, que dispôs sobre a organização e estrutura da Administração Pública do Poder Executivo Estadual, seguida do Decreto n. 7.521/99, o referido órgão passou a denominar-se Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo que tal nomenclatura persiste até os dias atuais (Informações extraídas do site: procon@sjdh.ba.gov.br/www.sjdh.ba.gov/procon.htm. Acesso em: 03/07/13).

¹⁵⁰⁶ Sobre a proteção administrativa do consumidor, consultar: SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. Salvador-BA: Jus Podium, 2009.

Os interessados podem formalizar consultas em face do órgão estadual, requerendo a elaboração do necessário parecer. Para cumprir a missão de educar e bem informar o público consumidor, o órgão deverá utilizar todos os recursos possíveis, do mesmo modo que a SENACON. Compete aos órgãos estaduais a elaboração e a publicação do Cadastro Estadual de Reclamações Fundamentadas, nos mesmos moldes acima vistos. Poderá criar um sistema unificado de informações sobre os aspectos considerados essenciais no que pertine às relações de consumo. Na fiscalização das atividades empreendidas pelos fornecedores de produtos e serviços, o órgão poderá lavrar autos de acordo com o problema verificado *in concreto*, instaurar procedimentos administrativos e, dentro do espectro punitivo, aplicar sanções, que serão examinadas *a posteriori*, em tópico específico.

Observa-se que, na prática, determinados órgãos estaduais tem-se limitado a atender os consumidores e a tentar fazer um acordo com o fornecedor e, quando este logra êxito, arquivam o procedimento engendrado pela reclamação. Assevera Leonardo Roscoe Bessa que “Não deveria ser assim. O atendimento à pretensão do consumidor deve servir no máximo como fator atenuante da sanção, jamais como fundamento do arquivamento”¹⁵⁰⁷. Não pode o órgão contentar-se apenas com a resolução do conflito entre o consumidor e fornecedor, pois “É dever da autoridade administrativa aplicar as sanções indicadas no art. 56 sempre que constatada ofensa, ainda que posteriormente corrigida ou mitigada, a direito do consumidor”¹⁵⁰⁸.

Ao arquivar o procedimento administrativo, após o acordo entre os interessados, o órgão estadual não estará colaborando para que as sanções cumpram o seu papel preventivo e repressivo¹⁵⁰⁹. A incidência da sanção terminará estimulando o fornecedor a comportar-se em conformidade com as normas vigentes, não desrespeitando os direitos e interesses dos consumidores. O fato de o fornecedor ter resolvido fazer uma composição com o consumidor não o exime de ser sancionado em caráter administrativo, podendo servir tal ocorrência para atenuar a penalidade que lhe será imposta¹⁵¹⁰. Quanto à ausência de informações sobre a garantia legal dos bens de consumo e as agruras sofridas pelos consumidores para que soluções sejam obtidas diante dos vícios, os órgãos públicos competentes, ainda que consigam

¹⁵⁰⁷ BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudio Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 327.

¹⁵⁰⁸ Ibidem, idem.

¹⁵⁰⁹ Ibidem, idem.

¹⁵¹⁰ Dispõe o art. 25, inciso III, do Decreto 2.181/97 que é circunstância atenuante “ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou, de imediato, reparar os efeitos do ato lesivo”.

firmar um acordo, devem perseguir o propósito de formalizar um Termo de Ajustamento de Conduta ou, não sendo possível, ingressar com demanda coletiva¹⁵¹¹.

Os órgãos, criados nas municipalidades para a proteção e a defesa dos consumidores, também poderão constituir ou não pessoa jurídica específica e exercerão as mesmas funções multicitadas.¹⁵¹² O Sistema de Proteção e Defesa do Consumidor de Salvador-BA é constituído pelos Conselho Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor, como órgão deliberativo, Secretaria Municipal de Serviços Públicos (SESP), que, na condição de órgão executivo, organizará a CODECON - Coordenadoria de Defesa do Consumidor. Da mesma forma que os entes estaduais, instituídos para a proteção dos interesses e dos direitos dos consumidores, os órgãos municipais devem contribuir para que os fornecedores sejam instados a informar devidamente aos consumidores sobre a garantia legal dos produtos e serviços, resolvendo os conflitos relativos aos vícios observados. A educação e a conscientização dos consumidores são outras necessidades que pressupõem a colaboração dos órgãos municipais.

Tecidas as considerações sobre a atuação do Poder Público no campo político-organizacional, observa-se que as funções que lhe são deferidas, se efetivamente concretizadas, viabilizariam uma produtiva e eficaz proteção e defesa dos consumidores. No Brasil, porém, o descrédito que macula a figura do Estado, como acentua Marcelo Abelha Rodrigues, “faz com que não se dê o devido valor à tutela administrativa, desperdiçando-se um excelente mecanismo de desafogo do judiciário e de exercício de uma tutela preventiva”¹⁵¹³.

Os órgãos públicos, que compõem o SNDC, não podem manter-se em um estado passivo e inerte, competindo-lhes lançar mão de todas as ferramentas jurídicas cabíveis para que os problemas, que floresçam no mercado de consumo, sejam resolvidos sem desaguar, como de costume, na malha judiciária. Desempenhando as suas funções com zelo e

¹⁵¹¹ Com relação aos legitimados do art. 82 do CDC, o STJ reconheceu que: “No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa (art. 82 e incisos do CDC), tendo em vista a relevância social do bem jurídico tutelado e até mesmo o conteúdo político de certas demandas, dada a grande repercussão que assumem no seio da sociedade. Em casos que tais, a ampla legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos dos consumidores decorre de preceito constitucional (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 181.580/SP, voto proferido pelo Min. Rel. Castro Filho, DJ 22/3/2004).

¹⁵¹² O Sistema Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor de Salvador-BA foi instituído através da Lei n. 4.575, de 08 de julho de 1992. Em 17 de dezembro de 1997, através da Lei Municipal nº 1.966/97, a Secretaria da Justiça e Direitos Humanos e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON-BA) celebraram Convênio com a Prefeitura do Município de Feira de Santana, o qual instituiu a Coordenadoria Municipal de Defesa do Consumidor - COMDECON. Em 1999, ocorreu também a celebração de Convênio em Vitória da Conquista.-BA (consultar site da Secretaria de Serviços Públicos do Município de Salvador-BA).

¹⁵¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. Salvador-BA: Jus Podium, 2009, p. 52.

proficuidade, os órgãos públicos de proteção ao consumidor contribuirão para que os fornecedores sejam concitados a prestar informações completas e precisas sobre a garantia legal dos bens de consumo e sanem os conflitos vinculados aos vícios dos produtos e serviços. Reitera-se que a educação dos consumidores com relação aos seus direitos básicos somente será viável se todos os órgãos públicos competentes desenvolverem um projeto articulado, realizando-se seminários, encontros, palestras etc., publicando cartilhas, folders e outros materiais informativos.

8.2.5 Entidades Representativas dos Consumidores

A sociedade civil pode se organizar em entidades privadas para a militância na defesa dos ideais consumeristas, sendo reconhecida, em sede constitucional, a plena liberdade de associação para fins lícitos¹⁵¹⁴. A criação de entes para a proteção dos interesses e dos direitos consumeristas independe de autorização por parte do Poder Público, pressupondo, no entanto, a obediência aos requisitos e às formalidades previstos em lei¹⁵¹⁵. As associações e as fundações, que tenham, dentre os seus postulados, a defesa da multicitada categoria integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC)¹⁵¹⁶.

No Brasil, a cultura do associativismo em prol da defesa do consumidor teve início na década de 70, quando surgiram as primeiras entidades desse jaez. Antes mesmo do início da vigência da Lei n. 8.078/90, foi estruturada, em Curitiba, em 26.10.1976, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor de Curitiba (ADOC) e, em 19.05.1976, a Associação de Proteção ao Consumidor (APC) surge em Porto Alegre. Em virtude do período histórico em que foram organizadas, estigmatizados pelos resquícios do autoritarismo, tais entidades enfrentaram sérias dificuldades quanto à atuação, acentuando Marcelo Gomes Sodré, “seja pela novidade do tema, seja pela falta de organização da sociedade civil”, ou “mesmo pela absoluta falta de um apoio por parte do governo federal”¹⁵¹⁷. Em São Paulo, em 1987, estruturou-se o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) que, juntamente com a Pró-Teste, vem desenvolvendo um ativo trabalho pró-consumidor¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁴ Verificar o artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal Brasileira.

¹⁵¹⁵ Analisar o art. 5º, inciso XVIII, da CF/88.

¹⁵¹⁶ GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A Associação Civil como Garantidora da Defesa do Consumidor*. São Paulo: Lex Editora S.A, 2005, p. 243.

¹⁵¹⁷ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, p. 131.

¹⁵¹⁸ Para melhor conhecer a estrutura do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), inteirar-se o leitor do conteúdo registrado no sítio eletrônico da Instituição (www.idec.org.br).

As entidades privadas, mesmo que tenham outras finalidades além da proteção do consumidor, integram o SNDC, podendo, de acordo com o art. 8º do Decreto n. 2.181/97, atuar na esfera extrajudicial e judicial¹⁵¹⁹. Recebendo denúncias, as entidades devem encaminhá-las para os órgãos públicos competentes, a fim de que as providências legais adequadas sejam buscadas. É cabível a representação, em juízo, dos consumidores, a título individual ou mediante a propositura de medidas coletivas. Tratando-se de ações coletivas, exige-se o cumprimento do requisito da pré-constituição, devendo a associação encontrar-se em funcionamento pelo prazo mínimo de 01 (um) ano¹⁵²⁰. A dispensa dessa exigência poderá verificar-se caso haja manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido¹⁵²¹.

Quaisquer outras atividades correlatas com a defesa do consumidor podem ser exercidas pelas multicitadas entidades, de acordo com o inciso III daquele dispositivo normativo. Uma das grandes bandeiras, a ser levantada por tais entes, é a orientação e a informação do público consumidor, através da realização de eventos, cursos, palestras etc., como também mediante a elaboração e a distribuição de material sobre os diversos temas que envolvem o microsistema do CDC. A faceta esclarecedora da população sobre os seus direitos básicos, nas relações de consumo, consiste em uma atividade de extrema importância, já que não adiantarão leis protetivas, se não existirem cidadãos conscientes dos deveres dos fornecedores e das garantias que podem ser manejadas para a pacificação das lides.

No cenário brasileiro, marcado pelo descompromisso de muitos fornecedores com a qualidade dos produtos e serviços ofertados, as entidades de defesa dos consumidores exerceriam uma função de inegável relevância¹⁵²². Não é o que se observa, entretanto, em algumas localidades do País, marcadas pelas deficitárias condições educacionais da população

¹⁵¹⁹ Sobre o tema, verificar: PAES, José Eduardo Sabo Paes. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Contábeis, Trabalhistas e Tributários*. São Paulo: Forense, 2010.

¹⁵²⁰ Assim dispõe o parágrafo 1º do art. 82 do CDC: “O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

¹⁵²¹ A dispensa deste requisito pode ser visualizada na ação coletiva proposta pelas vítimas da explosão do Shopping de Osasco, bem como dos seus sucessores (STJ, REsp 279273 SP 2000/0097184-7, 3ª Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, j. 04/12/03, Dj; 29/03/04. RDR vol. 29, p. 356).

¹⁵²² “A associação civil que intenta ação coletiva para defesa dos interesses de seus associados consumidores está isenta do pagamento dos ônus da sucumbência, nos termos do art. 87 do Código de Defesa do Consumidor, salvo se comprovada má-fé” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EDREsp. n. 156598, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 10/08/1998, p. 74, DJU 30/04/1998). Examinar também os seguintes Recursos Especiais sobre a legitimidade das associações para a defesa em juízo dos seus integrantes: STJ, REsp. 132063, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 06/04/1998; STJ, REsp. n. 132.502/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, unânime, DJU de 10/11/2003; STJ, REsp. n. 805.277-RS, Rel. Min^a. Nancy Andriighi, julgado em 23/9/2008.

e, principalmente, pela precária consciência do papel a ser desenvolvido pelos sujeitos como verdadeiros cidadãos¹⁵²³.

Apesar de o associativismo ainda encontrar-se em fase de desenvolvimento no Brasil, não se equiparando com a evolução já atingida nos diversos países europeus, não se pode deixar que o quadro permaneça estagnado, competindo aos diversos agentes sociais a reunião e a corporificação de entidades civis. A cultura brasileira, salienta José Geraldo Brito Filomeno, “não tem tradição associativa. Todavia, referida atitude é a mais correta em matéria coletiva, não se devendo sempre ficar à espera do Estado-pai-provedor”¹⁵²⁴. Ora, à população cabe um posicionamento ativo frente às questões consumeristas – o que implica numa tomada de posição e não a mera letargia. A congregação dos seus interesses em uma entidade associativa fortalecerá a defesa do consumidor e fará com que a sociedade civil reúna os cidadãos para uma atuação conjunta e harmoniosa neste setor¹⁵²⁵.

Múltiplas e variadas questões conflituosas podem ser solucionadas através da participação ativa da sociedade civil, não sendo cabível que fique sempre, de modo inerte, aguardando que o Estado as solucione. Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz enunciam que a defesa do interesse coletivo dos consumidores “est d'abord assurée par l'administration. Cette défense peut aussi déboucher sur des actions en justice. Enfin, quand ces moyens se révèlent inefficace, il arrive que les consommateurs utilisent collectivement des moyens de lutte”¹⁵²⁶. Por mais que o Decreto n. 2.181/97 tenha regulamentado a Lei n. 8.078/90 e instituído o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), esperar que tudo seja resolvido através das diligências dos órgãos que o integram, seria uma visão falaciosa que vai de encontro com o plano fático.

¹⁵²³ Em pesquisa realizada pelo Centro de Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (CEPEJ), sob a orientação da, ora, subscritora, sob o título “TUTELA PROCESSUAL COLETIVA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE TEÓRICO-PRÁTICA NA COMARCA DE SALVADOR-BA”, concluída em abril de 2011, notou-se que há uma exígua quantidade de demandas propostas pelas citadas entidades. Em Salvador-BA, a sociedade civil não conta com entidades estruturadas de modo a executar um trabalho profícuo voltado para o efetivo cumprimento das normas de natureza consumerista. O Movimento das Donas de Casa (MDC) e a Associação dos Consumidores da Bahia (ACEBA) têm atuado nessa seara de modo ainda tênue, demonstrando a real necessidade de incremento das suas atividades. SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Ações Coletivas para a Defesa dos Consumidores: em busca da real efetividade. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da Silva; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos (Orgs.). *Tutela Processual Coletiva do Consumidor*. Salvador: Paginae, 2012.

¹⁵²⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I, p. 57.

¹⁵²⁵ Sobre o tema, consultar aulas do Professor Manoel Jorge e Silva Neto, proferidas, no segundo semestre de 2011, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

¹⁵²⁶ “é, inicialmente, assegurada pela administração. Esta defesa pode assim resultar em ações na justiça. Enfim, quando esses meios se revelam ineficazes, urge que os consumidores utilizem coletivamente os meios de luta” (traduziu-se). CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 627.

A atuação individual do consumidor torna-se muito mais frágil do que o agir conjunto de um todo conglomerado. O consumidor isolado, sozinho, segundo Mauro Cappelletti, “não age; se o faz é um herói; no entanto, se é legitimado a agir não meramente para si, mas pelo grupo inteiro do qual é membro, tal herói será submetido ao ridículo destino de Dom Quixote, em vã e patética luta contra o moinho de vento”¹⁵²⁷. Imperiosa é a estruturação de entidades civis, pois, as típicas necessidades da sociedade de massa, complementa o mestre italiano, exigem que os grupos organizem seus planos de luta em defesa dos interesses difusos, coletivos metaindividuais, não ficando arraigados às “tradicional estruturas individualistas de tutela – entre as quais aquelas judiciais”¹⁵²⁸.

Na sociedade pós-moderna, mormente naqueles países em via de desenvolvimento, onde o processo de conscientização dos indivíduos quanto aos seus direitos ainda caminha a passos lentos, prevalece o individualismo e o associativismo fica mais atravancado. Bauman lembra que, mesmo transcorrido razoável tempo em que o mal-estar na civilização foi abordado, “a liberdade individual reina soberana: é o valor pelo qual todos os outros valores vieram a ser avaliados e a referência pela qual a sabedoria acerca de todas as normas e resoluções supraindividuais devem ser medidas”¹⁵²⁹. O individualismo campeia às soltas e o prazer dos seres humanos é abeiberado em atividades cada vez mais isoladas, levando Bauman a aduzir que a ‘mão invisível’ deste recobrou a verdade e está uma vez mais prestigiada – complementa que “A liberdade individual, outrora uma responsabilidade e um (talvez o) problema para todos os edificadores da ordem, tornou-se o maior dos predicados e recursos na perpétua autocriação do universo humano”¹⁵³⁰.

A sociedade de consumo consolidou-se e, em sua volta, os sujeitos perambulam de forma individualizada e atomizada em busca dos produtos e serviços ofertados e quando se deparam com inadequações, não se unem para a defesa coletiva. Uma espécie de evidência fantástica do consumo e da abundância, enuncia Baudrillard, “criada pela multiplicação dos objetos, dos serviços, dos bens materiais”, vem acarretando uma “mutação fundamental na ecologia da espécie humana”, uma vez que “os homens da opulência não se encontram rodeados, como sempre acontecera, por outros homens, mas, mais por objetos”.¹⁵³¹

¹⁵²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editores, 1997, p. 67.

¹⁵²⁸ Ibidem, idem.

¹⁵²⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 10.

¹⁵³⁰ Ibidem, idem.

¹⁵³¹ BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. 15.

A criação de entidades civis de defesa do consumidor perpassa pela noção de responsabilidade social dos sujeitos. É preciso resgatar a concepção de que os sujeitos devem assumir a responsabilidade em face dos seus concidadãos e se unirem em torno de entes sérios para a defesa coletiva. Entidades representativas dos consumidores podem muito contribuir para que os fornecedores prestem informações sobre a garantia legal dos bens de consumo, quer tentando acordos diretamente com esses, quer levando a questão para a esfera do Poder Judiciário ou de outras instituições legitimadas para a tutela coletiva. Produtivas atividades educacionais podem ser igualmente promovidas pelos entes associativos, auxiliando os brasileiros no conhecimento dos seus direitos básicos como consumidores.

As entidades civis de defesa do consumidor podem e devem desempenhar relevante missão no seio da sociedade de massa, congregando solidariamente os interesses de todos. A movimentação, nesse sentido, deve ser encampada por todos aqueles que tenham noção da força do agir coletivo. No meio acadêmico-jurídico, discussões travadas podem resultar na materialização de entidades associativas em prol dos consumidores. Nos demais círculos sócio-comunitários, ideias similares podem ser cultivadas e florescer para que, quem sabe, um dia, a defesa coletiva do consumidor brasileiro seja o reflexo e a consequência da luta da sociedade civil, que não mais aguardará o poder público, pois terá a visão que o integra.

8.3 GUINADA OPERACIONAL EM BENEFÍCIO DA EFETIVIDADE

Garantir ao consumidor a efetividade do seu direito à informação sobre a garantia legal dos produtos e serviços, e a resolução dos problemas acarretados pelos vícios existentes é o propósito desta tese. Nos tópicos acima dissertados, demonstrou-se que os entes integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor devem laborar nesse caminho. Tudo o que for possível fazer para se evitar demandas judiciais deve ser perseguido, contudo, às vezes, o Poder Judiciário precisa ser buscado como última alternativa para a real proteção dos consumidores.

8.3.1 Poder Judiciário: relevante papel

A solução dos litígios entre fornecedores e consumidores sobre o direito à informação no que tange aos produtos e serviços dependerá do posicionamento do Poder Judiciário,

possuindo os seus integrantes importante papel a desempenhar. Espera-se que os magistrados atuem de modo enérgico e altivo, dentro das perspectivas da Nova Hermenêutica Crítica, não sendo, porém, defendido um ativismo judicial nos moldes clássico e radical.

Não se pode confundir a defesa de teses substancialistas, através da Hermenêutica Crítica, com a adesão a uma espécie de 'ativismo judicial', enuncia Lênio Streck¹⁵³². As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana, apresentando, no estágio inicial, natureza conservadora, servindo de amparo para que a Suprema Corte, atendendo aos setores reacionários, mantivesse a segregação racial e invalidasse leis sociais em geral¹⁵³³. A partir da década de 50, a Suprema Corte, à época, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), passou a produzir jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais¹⁵³⁴.

O *ativismo judicial* caracteriza-se pela participação mais intensa do Poder Judiciário na efetivação dos valores constitucionais, de modo a tangenciar o espectro de atuação do Executivo e do Judiciário. A postura ativista manifesta-se, segundo Luís Roberto Barroso, por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a questões que não estejam registradas, de forma expressa, no seu teor, ou quando, mesmo previstas, não foram objeto de disciplina pelo legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, principalmente quanto às políticas públicas¹⁵³⁵.

No *caso sub examine*, defende-se, seguindo o entendimento de Lênio Streck, que não se trata de ativismo judicial quando o Poder Judiciário é conclamado para dirimir os conflitos entre fornecedores e consumidores, aplicando as normas e princípios constitucionais. Primeiro, porque existem normas constitucionais expressas protetivas dos consumidores; segundo, não há necessidade de ser declarada a inconstitucionalidade de normas infralegais presentes na Lei n. 8.078/90, ou quaisquer outros diplomas afins; terceiro, o aparato judicial, ao julgar lides sobre o tema, não terá que impor ao Poder Público a concretização ou a abstenção de certas políticas¹⁵³⁶.

¹⁵³² BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. 14.

¹⁵³³ Examinar, respectivamente, os casos *Dred Scott v. Sanford*, de 1857, e *Lochner*, 1905-1937.

¹⁵³⁴ Verificar os casos *Brown v. Board of Education*, 1954 (envolveu a segregação racial), *Miranda v. Arizona*, 1966 (acusados em processo criminal) e *Richardson v. Frontiero*, 1973 (mulheres).

¹⁵³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 283.

¹⁵³⁶ Nessa hipótese, as ações coletivas intentadas para a solução do problema investigado nesta tese não exigirão do Poder Judiciário um redirecionamento dos atos de governo em matéria de relações de consumo, estando

Ao valer-se da Hermenêutica Crítica para a solução da contenda, o magistrado estará concretizando valores consagrados no texto constitucional, através de normas e princípios. Assevera Lênio Streck que as teorias materiais “reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais sociais como valores a serem concretizados”¹⁵³⁷. Acentua Ernildo Stein que há diferença entre ativismo judicial ou jurisprudência dos valores e a “Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito” que, tendo como base a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica, busca um processo de desconstrução da metafísica vigente no pensamento dogmático do direito”, desenraizando aquilo que tendencialmente encobre-se¹⁵³⁸.

Percorrendo as diretrizes da Hermenêutica Crítica, o magistrado não pode mais ser a mera 'boca da lei', que, na realidade nunca foi, não constituindo seu único ponto de referência¹⁵³⁹. Existem, no entanto, muitos magistrados apegados ao rigor da lei e despreocupados com a realização de um procedimento hermenêutico crítico – o que dificulta a concretização das normas consumeristas¹⁵⁴⁰. Se o Poder Judiciário não enxergar a realidade social, política e econômica do País, denuncia Lênio Streck, “aprendendo a lidar com os conflitos grupais, comunitários e classistas nela subjacentes, mais cedo do que se imagina poderá passar a ser considerado uma instituição irrelevante ou até mesmo descartável”¹⁵⁴¹.

Acontece que, confirma Mauro Cappelletti, os magistrados se reduzem “a constituir entre si uma espécie de ermo isolado” e, no entanto, “desejar-se-ia no magistrado, sobretudo, largueza de idéias: a despreconceituosa experiência do mundo, a cultura que permite entender os fermentos sociais que fervem sob as leis”¹⁵⁴². Sob a ponte da Justiça, adiciona, “passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os

apenas os entes, que integram a Política Nacional das Relações de Consumo, exercendo o papel de promover e defender os interesses da população quanto ao direito à informação sobre a garantia legal dos bens de consumo, bem como zelando para que os vícios que os acometam sejam sanados.

¹⁵³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 89.

¹⁵³⁸ STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Porto Alegre, Edipucrs, 2000, p. 67.

¹⁵³⁹ CAPPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido*. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Trad. Grasiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 225.

¹⁵⁴⁰ Afirma Maria Tereza Sadek que “O conservadorismo das cúpulas da magistratura encontra guarida em uma cultura que reverencia a norma, a forma, e, em consequência, passa ao largo das contingências sociais, econômicas e políticas”. SADEK, Maria Tereza Aina. O Judiciário e seus Desafios. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (Org.). *Impasses e Aporias do Direito Contemporâneo*. Estudos em Homenagem a José Eduardo Faria. São Paulo: São Paulo, 2011, p. 93.

¹⁵⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 57.

¹⁵⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 93.

interesses sociais”. Seria plausível “desejar fosse o juiz capaz de reviver em si, para os compreender, cada um destes sentimentos” e para “remediar o risco de clausura corporativa”, devem ser utilizados “os instrumentos normativos, organizativos e estruturais que possam tornar a autonomia dos juízes aberta ao corpo social e, assim, às solicitações dos “consumidores” do supremo bem que é a Justiça”¹⁵⁴³.

Julgar com responsabilidade as questões consumeristas submetidas ao crivo do Poder Judiciário, dentro da ótica da Hermenêutica Crítica, envolve interpretar e aplicar não como fases distintas e isoladas, estando sempre conjugadas e estritamente vinculadas¹⁵⁴⁴. Na tese discursiva-procedimental, há uma “autonomização/cisão/separação entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação ou entre interpretação e aplicação”¹⁵⁴⁵, contrargumentando Streck que “é equivocado afirmar que o juiz primeiro decide e depois fundamenta (justifica), ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento”¹⁵⁴⁶. Nesse ponto, converge a Hermenêutica crítica com o posicionamento de Ronald Dworkin ao rechaçar a distinção entre conhecer, interpretar e aplicar e de não aquiescer com a fusão discricionariedade/arbitrariedade¹⁵⁴⁷.

Enquanto a tese discursivo-procedimental acredita em uma fundamentação prévia, sendo “relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações”¹⁵⁴⁸, a Nova Hermenêutica Jurídica valoriza a tradição e o círculo gadameriano. Dessa forma, dentro dessa linha crítica, o juiz não é desonerado da responsabilidade de elaborar o discurso fundamentador, ao mesmo tempo, interpretando e aplicando as normas. Ao decidir as lides sobre as relações de consumo e o direito à informação sobre a garantia legal dos bens de consumo e os vícios que os afetam, os magistrados terão que justificar as suas decisões, necessariamente fundamentando-as. Destaca, inclusive, Lênio Streck que a cisão entre interpretação e aplicação engendrou o conceito de “casos difíceis”, considerando-se que “os princípios (critérios) para solvê-los não se encontram no plano da aplicação”, devendo ser extraídos de uma “história jurídica’ que somente é possível no plano de discursos *a priori* (discursos de fundamentação prévios)”¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴³ Ibidem, p. 91.

¹⁵⁴⁴ Afirma Guastini que “o juiz não pode recusar-se a resolver as controvérsias, não é permitido denegar a justiça, não pode limitar-se a aplicar o direito: deve criá-lo”. GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes Às Normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 223.

¹⁵⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 62.

¹⁵⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 286.

¹⁵⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 235.

¹⁵⁴⁸ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação jurídica no direito e na moral*. São Paulo: Landy, 2004, p. 70.

¹⁵⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 62.

O que diferencia um caso de fácil resolução dos ditos difíceis é a “condição de possibilidade: a pré-compreensão”, diferenciando-se apenas pelo “nível de possibilidade de objetivação”¹⁵⁵⁰. A exigência de que o fornecedor preste informações sobre a garantia legal dos bens de consumo, optando ou não pela garantia contratual, e que não se esquivе de solver os vícios identificados, não pode ser vista como um caso difícil, eis que, ao interpretar e aplicar as normas consumeristas, previstas na Lei n. 8.078/90 e na Constituição Federal de 1988, o aplicador do direito dispõe de normas e de princípios suficientes para concretizá-la.

É curial relevar que o intérprete, ao atribuir sentido ao texto, não se encontra autorizado a 'dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa', atribuindo-lhe sentidos arbitrários, como se texto e norma estivessem isolados¹⁵⁵¹. O juiz, embora inevitavelmente criador do direito, “não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos” - na verdade, “todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais”- leciona Cappelletti¹⁵⁵². Os magistrados, dentro do espectro de liberdade e de autonomia que possuem, para julgar as lides de cunho consumerista, devem trilhar o caminho da “verdade”, que corresponde à equidade e à dignidade humana.

8.3.2 Desjudicialização: fortalecimento das esferas extrajudiciais

O Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Secretaria de Segurança Pública são instituições que, compondo a Política Nacional das Relações de Consumo, desempenham, através dos seus respectivos órgãos, importantes missões para a proteção dos interesses e direitos dos consumidores. As atribuições de tais entidades foram examinadas em tópicos específicos e descortinam a enorme relevância para a promoção do direito à informação dos adquirentes e usuários de bens e serviços.

Circunscrever a interpretação constitucional apenas ao aparato jurisdicional denota um “empobrecimento do papel da teoria constitucional: a Constituição pareceria estar dirigida somente aos juízes, porém não aos cidadãos, nem aos representantes, em face de sua incapacidade para informar o conteúdo do debate, discussão e decisão política”¹⁵⁵³. No constitucionalismo dirigente, o Poder Judiciário exerce papel de absoluta relevância, porém

¹⁵⁵⁰ Ibidem, idem.

¹⁵⁵¹ Ibidem, p. 31.

¹⁵⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 23 e 24.

¹⁵⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 21.

não elimina nem diminui a importância das funções de todos os demais atores e instituições¹⁵⁵⁴.

A efetividade das normas consumeristas não poderá ser atribuída apenas ao labor judicial em demandas individuais e coletivas, sendo salutar que todas as instituições, que integram a multicitada política, sejam participantes ativas na concretização de tais ditames. Ao discorrer sobre a ideia de Justiça, Amartya Sen afirma que as instituições podem “contribuir diretamente para a vida que as pessoas são capazes de levar de acordo com o que têm razão para valorizar”. Elas podem também facilitar a capacidade dos cidadãos de examinar minuciosamente os valores e as prioridades, principalmente através do debate público, incluindo-se “considerações da liberdade de expressão e do direito à informação, bem como a existência de locais para o debate informado”¹⁵⁵⁵.

Toda teoria da justiça tem de dar lugar importante para o papel das instituições, complementa Amartya Sen, de modo que “a escolha das instituições não deixe de ser um elemento central em qualquer explicação plausível da justiça”, destacando, no entanto, que se deve “procurar instituições que *promovam* a justiça”, ao invés de tratá-las “como manifestações em si da justiça” - o que reverberaria numa espécie de “visão institucionalmente fundamentalista”¹⁵⁵⁶. Apenas identificar e compreender as atribuições de todos aqueles que fazem parte da estrutura política prevista, em sede normativa, para a realização da proteção da coletividade consumerista, não satisfaz o intento de uma visão crítica.

As referidas instituições devem ter existência formal e efetiva, não sendo cabível a configuração formal sem que, no altiplano concreto, realizem as tarefas que lhes foram reservadas constitucionalmente. Os homens, que sofrem com o fato de as instituições não produzirem vida pública, assevera Martin Buber, poderiam lutar para “dissolvê-las ou fragmentá-las”; ou mesmo “renová-las” diante do “Estado automatizado” agrupar cidadãos “totalmente estranhos uns aos outros, sem fundar ou favorecer uma vivência com-o-outro, deve-se substituir isto por uma comunidade”. A verdadeira comunidade, acrescenta, origina-se de dois aspectos: “de estarem todos em relação viva e mútua com um centro vivo e de

¹⁵⁵⁴ “Ao invés de lavar as mãos diante da iniquidade social, verdadeira chaga no Brasil, a Ciência do Direito deve veicular um discurso aberto, centrado na realização da justiça social”. AVEZEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 74.

¹⁵⁵⁵ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelle Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, p. 14.

¹⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 112.

estarem unidos uns aos outros em uma relação viva e recíproca”¹⁵⁵⁷. Ora, estando todos os mencionados órgãos envolvidos com a defesa do consumidor, devem, além da configuração formal, exercer plenamente as suas atribuições.

8.3.3 Sociedade Aberta dos Intérpretes

Exigir que o fornecedor de produtos e serviços preste informações sobre a proteção legal, conferida ao consumidor, não deve ser tarefa adstrita apenas às demandas judiciais coletivas, competindo aos demais integrantes da Política Nacional das Relações de Consumo a participação ativa nesse mister. Igualmente, a educação e a conscientização dos consumidores sobre os seus direitos básicos é providência a ser executada com o auxílio aos entes mencionados nos tópicos anteriores. Todos os órgãos envolvidos na concretização dos ideais consumeristas, resultantes de um direito fundamental de matriz constitucional, precisam estar imbricados nessa atividade.

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma, enuncia Peter Häberle, “é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”. Não somente ao Poder Judiciário compete dirimir as questões discutidas em ações individuais e coletivas, devendo as demais instituições contribuírem para a empreitada¹⁵⁵⁸. É preciso que os ditames constitucionais sejam efetivados através dos esforços conjuntos de todos os órgãos encarregados da defesa do consumidor.

A interpretação constitucional não pode continuar sendo “coisa de uma sociedade fechada”, questionando Häberle que “dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos 'vinculados às corporações' (*zünftmässige Interpreten*) e aqueles participantes formais do processo constitucional”. Isso deve mudar para que os consumidores possam contar com a verdadeira colaboração dos entes que compõem o aparato político. Sendo a interpretação constitucional mais um elemento da “sociedade aberta”, todas as “potências públicas, participantes materiais do processo

¹⁵⁵⁷ BUBER, Martin. *Eu e Tu*. Trad. Newton Aquiles Voz Zuben. São Paulo: Centauro Editora, 2001, p. 78.

¹⁵⁵⁸ BUBER, Martin. *Eu e Tu*. Trad. Newton Aquiles Voz Zuben. São Paulo: Centauro Editora, 2001, p. 15.

social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade”¹⁵⁵⁹.

Se todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição, afirma Härbele, devem comprometer-se com a defesa das emanções constitucionais, *a fortiori*, os entes que integram a Política Nacional das Relações de Consumo¹⁵⁶⁰. É indubitável que a probabilidade de cumprimento do direito é máxima, quando ele é reconhecido e aplicado por aqueles que, a isso, estão juridicamente obrigados, lembra Arthur Kaufmann. Os indivíduos têm-se acostumado a se conformarem com “um grau mínimo de vigência” das normas, mas “é juspoliticamente da maior importância que o direito se constitua de modo a ser aceite pela consciência, de forma ótima, como obrigatório”.¹⁵⁶¹

O Ministério Público, no âmbito das missões constitucionalmente previstas, quando receber representações dos consumidores sobre a ausência de informações a respeito da garantia legal dos produtos e serviços, deverá instaurar procedimentos investigatórios para a apurá-las, propondo ao fornecedor a subscrição de termo de ajustamento de conduta (TAC). Conhecedor de que os fornecedores não esclarecem devidamente aos consumidores sobre a dita proteção legal, o *Parquet* não poderá manter-se em estado letárgico até que um consumidor arrefeça a voz e apresente-lhe uma representação. Valendo-se do seu poder de investigação *ex officio*, o órgão ministerial deve iniciá-la, para que o lamentável quadro atual seja descontinuado. É cediço que o fornecedor, além de informar ao consumidor sobre a proteção legal existente, não pode se furtar a solucionar o problema que o produto ou serviço apresente sob a alegação de que a garantia contratual não o cobre ou que já expirou. O Ministério Público, por conseguinte, não deve se limitar apenas a exigir que informações sejam prestadas, mas também que os vícios sejam sanados, competindo-lhe ainda colaborar com a educação dos consumidores.

A Defensoria Pública, no cumprimento do seu relevante papel de defender os necessitados, mesmo que não concitada por esses, também deverá, através de um trabalho preventivo, convocar os fornecedores para que firmem termos de ajuste sobre a questão. Consumidores em deficitário estado econômico adquirem ou

¹⁵⁵⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

¹⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵⁶¹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 3. ed. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 293.

usufruem de produtos ou serviços que, dado o menor valor da remuneração, encontram-se muito mais acometidos da denominada “obsolescência planejada”, ou seja, já são colocados no mercado com o intuito de terem pouca duração. Urge, assim, que a garantia dos bens de consumo seja informada e efetivada quer através de ajustamentos, quer por meio de ações coletivas em prol dos hipossuficientes. Se todos os consumidores devem ser educados com relação aos seus direitos básicos, os que sejam desprovidos de razoáveis recursos financeiros ainda mais, uma vez que enfrentam mais dificuldades para obterem instrução.

Os órgãos públicos de proteção ao consumidor, denominados PROCONs e CODECONs, ou entidades com qualquer outra denominação, podem e devem participar da força-tarefa voltada para que os fornecedores de bens respeitem o direito do consumidor à informação qualificada sobre a garantia legal. O termo de ajustamento de conduta é um instrumento a ser utilizado, mas, caso não logre êxito, tais órgãos possuem o poder de aplicar as sanções administrativas previstas no art. 56 da Lei n. 8.078/90, destacando-se a imposição de multa. De mais a mais, ações coletivas podem ser propostas contra os fornecedores para que sejam compelidos a respeitarem o direito à informação dos consumidores e não se esquivem de solucionar as celeumas advindas com os vícios detectados nos produtos e serviços, além do que a educação dos consumidores não pode ser negligenciada por tais órgãos.

As Delegacias de Polícia do Consumidor (DECONs), a despeito da atuação direcionada para a investigação de infrações penais, exercem importante papel, sobretudo quanto à apuração daquelas condutas delituosas vinculadas à ausência de informações verdadeiras sobre os bens de consumo. Desempenhando as suas funções com proficuidade, são instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo, instituída com o intuito de harmonização das forças que compõem o mercado. Informações prestadas com o escopo de indução do consumidor em erro sobre aspectos relevantes dos produtos e/ou serviços poderão configurar publicidade ou oferta enganosa, ou ainda estelionato, não cabendo, nesta tese, uma análise aprofundada desta temática. Embora não se desconheça a importância das Delegacias de Polícia do Consumidor, na prática, pouca efetividade tem sido observada quanto à apuração das infrações penais previstas nos arts. 61 a 74 da Lei n. 8.078/90¹⁵⁶². De

¹⁵⁶² Os tipos penais previstos nos artigos 63 e 64 do CDC tratam da omissão de informações sobre a nocividade e a periculosidade dos produtos e serviços. O art. 65 versa sobre a execução de serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente. Os arts. 66 a 68 tratam da oferta enganosa,

acordo com o art. 74 do CDC, a não entrega da garantia construtual, devidamente preenchida no ato da compra de um bem de consumo, constitui crime com pena de detenção de um a seis meses. Não se tem conhecimento, porém, de nenhuma condenação de agentes por não terem efetivado a entrega da garantia contratual, quando um produto é vendido ou um serviço vem a ser contratado. Constitui tipo penal que trata de bem jurídico que poderá ser melhor protegido através de providências cíveis e administrativas, como visto nas linhas precedentes¹⁵⁶³. Não contribuem para a técnica do desestímulo de condutas, principalmente, pelo fato de que serão punidos os funcionários do estabelecimento comercial e não o proprietário em si, já que, no campo penal, a responsabilidade é subjetiva.

Não sendo a interpretação um processo de passiva submissão, afirma Härbele, não se “confunde com a recepção de uma ordem”, conhecendo “possibilidades e alternativas diversas”. Os órgãos responsáveis pela execução da Política Nacional das Relações de Consumo devem trilhar o caminho da interpretação das normas consumeristas, não ficando adstritos à exegese literal. À medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia à subsunção, complementa, “a vinculação se converte em liberdade”¹⁵⁶⁴. Deve-se perceber que a norma não é algo achado pronto, “há se de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)”¹⁵⁶⁵.

A alienação dos sujeitos, causada pela deficitária educação e conscientização sobre os seus direitos básicos como consumidores, sufoca a capacidade de dominar e transformar e, como vocifera Boaventura de Souza Santos, no plano social, é esse também “o horizonte cognitivo mais adequado aos interesses da burguesia ascendente que via na sociedade em que começava a dominar o estágio final da evolução da humanidade”¹⁵⁶⁶. Para que as instituições atuem de modo efetivo na defesa do consumidor, devem passar pela renovação da teoria

e da publicidade enganosa e abusiva (o art. 69 refere-se a não organização de dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade). O art. 70 trata do emprego de peças ou componentes de reposição usados sem autorização do consumidor. A cobrança indevida de dívidas foi tipificada como infração penal pelo art. 71. Os arts. 72 e 73 tratam dos obstáculos que podem os consumidores enfrentar para que tenham acesso a informações constantes em bancos de dados e possam corrigir as consideradas errôneas.

¹⁵⁶³ Sobre o tema, examinar: ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Coleção Veja Universidade, 2004, p. 21; JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. 3. ed. rev. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: RT, 2010, p. 19; WEZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial IBdef, 2006, p. 85.

¹⁵⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 30.

¹⁵⁶⁵ *Ibidem*, *idem*.

¹⁵⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004, p. 31.

crítica fundada em duas bases: a dinamicidade das ações e conjunto de possibilidades que enuncia. As estruturas são tão dinâmicas quanto as ações que consolidam, motivo pelo qual devem as instituições mover-se na tentativa de proteção ao consumidor. No seu conjunto, elas “criam horizontes de possibilidades e, por isso, tanto excluem como potenciam”¹⁵⁶⁷.

Deixando as instituições em comento de zelar pelo fiel cumprimento dos seus papéis, como afirma Ricouer, “a extensão do *alcance* da responsabilidade no espaço e, sobretudo, seu prolongamento no tempo podem ter efeito inverso, uma vez que o sujeito da responsabilidade se torna inapreensível à força de ser multiplicado e diluído”¹⁵⁶⁸. A inércia na execução da tarefa de proteger os interesses e os direitos dos consumidores, relegando-a para um segundo plano, trará efeitos nefastos, assoberbando, ainda mais, o Poder Judiciário com problemas que poderiam ser objeto de composição extrajudicial e incentivando os fornecedores a continuarem atuando de modo excuso.

Os cidadãos, na condição de consumidores de produtos e serviços, são também responsáveis pela construção de novos paradigmas concretizadores das normas que regem as suas relações com os fornecedores. Não pode o indivíduo ficar apenas aguardando que as instituições resolvam todas as questões que estigmatizam o direito à informação do consumidor. Quer compondo associações e fundações criadas para a defesa da coletividade, consumerista; quer agindo informalmente através de pequenos grupos, o sujeito deve participar do processo de efetivação dos ditames normativos, não ficando apenas assistindo inerte o desenrolar das ações ou omissões alheias.

Trata-se do movimento no sentido de ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional, afirma Cappelletti, aduzindo que “a concepção ‘oficial’ dos que criam o direito, governam, julgam e administram -, mas sobretudo no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça”¹⁵⁶⁹. Os destinatários da norma- os próprios consumidores- são participantes ativos do processo hermenêutico, afirma Härbele, muito mais ativos do que se pode supor tradicionalmente¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente*. Contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002, p. 33.

¹⁵⁶⁸ RICOEUR, Paul. *O Justo I*. A justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 60.

¹⁵⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Poro Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 91.

¹⁵⁷⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 13.

O 'Povo', complementa, não é apenas “um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão”; é, acima de tudo, um “elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional”¹⁵⁷¹. Não se deve imaginar que, apenas elegendo aqueles que irão elaborar as normas através do aparato legislativo, os indivíduos já deram a sua total parcela de contribuição.

Na prática, infelizmente, o que se vê, em geral, é um estarrecedor quadro de desorganização da sociedade civil e o tênue interesse na participação das atividades pró-consumidor. A população não se estimula para a constituição de entes associativos e os que existem nem sempre contam com a colaboração dos indivíduos. Limitando-se apenas a votar nas eleições, o povo fica à mercê do que fazem ou não os órgãos públicos. Como acentua La Boétie, podendo escolher entre ser livre e ser escravo, o povo se decide pela “falta de liberdade e prefere o jugo, é ele que aceita o seu mal, que o procura por todos os meios”¹⁵⁷². É preciso resgatar a ideia de democracia participativa, tratada por Boaventura de Souza Santos como um instrumento essencial para que os seres humanos não continuem inertes e assistindo, taciturnos, as práticas abusivas do mercado de fornecimento¹⁵⁷³.

A interpretação constitucional não pode ser vislumbrada apenas em sentido estrito – realizada pelo Poder Judiciário e demais entes integrantes da Política Nacional das Relações de Consumo, conglomerando todos em sentido lato¹⁵⁷⁴. Do ponto de vista teórico-constitucional, aduz Härbele, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que “representam um pedaço da publicidade da Constituição”¹⁵⁷⁵. Para tal, no entanto, os sujeitos devem se desapegar do individualismo e pensar no todo, trilhando o processo emancipatório.

Cada ser humano, questiona Martin Buber, vive no “seio de um duplo Eu”, existindo homens, entretanto, “cuja dimensão de pessoa é tão determinante que se podem chamar de pessoas”, e outros em que o egoísmo é tão preponderante “que se pode atribuir-lhes o nome

¹⁵⁷¹ Ibidem, p. 37.

¹⁵⁷² LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso sobre a Servidão Voluntária*. Trad. Manuel J. Gomes. Brasília: LGE Editora, 2009, p. 15. Na página 30, adiciona que “os homens nascem sob o jugo, são criados na servidão, sem olharem para lá dela, limitam-se a viver tal como nasceram, nunca pensaram ter outro direito nem outro bem senão o que encontraram ao nascer”.

¹⁵⁷³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Lisboa, CES, n. 21, p. 11-43, novembro. 1986.

¹⁵⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 17.

¹⁵⁷⁵ Ibidem, p. 33.

de egótico”.¹⁵⁷⁶ Na verdade, vê-se uma multidão de pessoas que, mesmo tendo acesso aos meios informatizados de comunicação, distanciam-se cada vez mais, conectando-se apenas aos seus objetivos individualizados e esquecendo-se de que vivem em sociedade. Agem assim em todas as esferas da vida humana e não apenas com relação aos problemas que afligem as relações de consumo¹⁵⁷⁷.

O individualismo e o conformismo, ainda que imperceptível por parte dos cidadãos, com as imposições das classes dominantes, são marcas da sociedade pós-moderna. O mundo dos dominados, assinala Alain Tourraine¹⁵⁷⁸. tornou-se tão diverso e tão fragmentário “que ele desconhece a forma de engendrar um ator histórico, isto é, uma vontade de ação coletiva, tendo um efeito sobre as orientações da sociedade”¹⁵⁷⁹. Compreender que o sujeito não é uma simples peça na engrenagem, configurando-se um ator capaz de modificar a realidade, “em nome de um apelo ao 'sujeito' humano, aos seus direitos e às leis que os fazem respeitar”, deve ser uma meta a ser perseguida por todos¹⁵⁸⁰.

A solidariedade entre os indivíduos e a amenização do individualismo é um dos primeiros passos, pois, como leciona Tourraine, é preciso “dar novamente vida a um humanismo respeitador das demandas de todos os seres humanos”, já que não se pode continuar “vendo o universo econômico tratar os seres humanos como mercadorias ou máquinas”¹⁵⁸¹. Por outro lado, comenta Schopenhauer, “o que faz dos homens seres sociáveis é a sua incapacidade de suportar a solidão e, nesta, a si mesmos”¹⁵⁸². Nada pode o homem construir sozinho, em estado isolacional, exigindo-se congregação com os semelhantes para o agir conjunto.

A transformação social emancipatória, como bem conclama Boaventura de Sousa Santos, é outro passo essencial, constituindo-se em um desafio da “*peritagem heróica ao conhecimento edificante*”¹⁵⁸³. O conhecimento-regulação, que dominou totalmente o conhecimento-emancipação, precisa ser suplantado através de um

¹⁵⁷⁶ BUBER, Martin. *Eu e Tu*. Trad. Newton Aquiles Voz Zuben. São Paulo: Centauro Editora, 2001, p. 92.

¹⁵⁷⁷ “Superficialmente, o problema do ‘Homem de Lugar Nenhum’ é não ter unidade ou continuidade em sua vida”. KAZEZ, Jean. *O peso das coisas*. Filosofia para o bem-viver. Trad. Catharina Epprecht. Rio de Janeiro, 2009.

¹⁵⁷⁸ TOURAINE, Alan. *Após a crise*. A decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p. 25.

¹⁵⁷⁹ Ibidem, idem.

¹⁵⁸⁰ Ibidem, p. 160.

¹⁵⁸¹ Ibidem, p. 25.

¹⁵⁸² SCHOPENHAUER, Arthur. *Aforismos para a Sabedoria da Vida*. Trad. Jair Barboza. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30.

¹⁵⁸³ Ibidem, p. 31.

desafio baseado na “dicotomia espera/esperança” - valer-se da teoria crítica pós-moderna para uma atitude aberta à “possibilidade de alternativas credíveis”¹⁵⁸⁴.

Os indivíduos e a sociedade civil organizada possuem responsabilidades especiais para com seus compatriotas, porém não têm considerado os deveres de lealdade e de responsabilidade para com os próximos¹⁵⁸⁵. Diferentemente dos deveres naturais e das obrigações voluntárias, lembra Michael Sanders, as obrigações de solidariedade não dependem de um ato de consentimento - seu valor fundamenta-se na reflexão moral, “no reconhecimento do fato de que minha história de vida está implicada na história dos demais indivíduos”¹⁵⁸⁶.

Seria muito bom que as normas fossem cumpridas e os sujeitos não tivessem que ser incomodados para participarem do processo de concretizá-las. Como afirma Agnes Heller, “Gostaríamos de ter a rosa sem o espinho; de viver num mundo de normas vagamente organizadas onde os outros agiriam com relação a nós guiados por uma pesada estrutura normativa”. No entanto, quando “escolhemos normas morais (no modelo em discussão), escolhemos um modo de vida; escolhemos a comunidade de pessoas com as mesmas normas que nós. Não se pode ter a rosa sem o espinho”¹⁵⁸⁷.

A união, a consciência moral e o agir coletivo são fatores sem os quais os sujeitos não poderão ser atores, para que as normas consumeristas sejam concretizadas e efetivadas. Os próprios consumidores, ou seja, a sociedade como um todo, uma vez que todos os seus integrantes não podem sobreviver sem produtos e serviços, precisam levantar-se do estado pacífico em que se encontram para que uma nova realidade possa vir a ser iniciada.

8.3.4 Conscientização e Educação do Consumidor: Tarefas de Todos

A participação da população, no processo de modificação do atual panorama instalado apresenta inquestionável relevo, para que esse estágio seja atingido, no entanto, o processo de conscientização dos indivíduos deve ser visto em caráter prioritário. Não se pode esperar que os indivíduos despertem para o necessário labor social com o fito de concretização das

¹⁵⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2002, p. 35.

¹⁵⁸⁵ SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 276.

¹⁵⁸⁶ SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 277.

¹⁵⁸⁷ HELLER, Agnes. *Além da Justiça*. Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 414.

normas consumeristas, caso não sejam devidamente esclarecidos sobre a importância de tal papel. Através do processo educacional formal e informal, as instituições componentes da Política Nacional das Relações de Consumo podem contribuir, para que os indivíduos percebam que uma nova realidade depende dos esforços de todos.

Ministério Público, Defensoria Pública, PROCONs, CODECONs, Delegacias de Polícia do Consumidor, Associações e Fundações de Defesa do Consumidor, como visto, devem atuar de modo pró-ativo para a defesa dos interesses e direitos da população, tentando celebrar termos de ajustamento de condutas com os fornecedores, em prol do direito à informação dos consumidores. Além disso, a atribuição de tais entes, englobando também o Poder Judiciário, deve expandir-se para o processo de conscientização da população sobre os direitos básicos dos consumidores e a primazia de lutar para efetivá-los.

O Estado constitucional deve investir na *educação* de seus cidadãos para, consoante prenuncia Häberle, partirem “em *busca* da verdade no contexto de seus valores básicos”; com isso, “um cânon (aberto) de objetivos educacionais e de formação se torna relevante”, dentre outros, amor pela veracidade, tolerância, democracia e reconciliação¹⁵⁸⁸. Sem dúvida, anuncia Paulo Bezerra, “uma função do direito que, se nem sempre é identificada, mas sempre acompanhará a regulação da sociedade pelo direito, é sua função educativa”. Nesse sentido, complementa, “a produção do direito e sua aplicabilidade deve necessariamente dirigir-se para uma pedagogia da conduta humana”¹⁵⁸⁹. Por intermédio dos esforços dos aludidos entes, a política de conscientização e informação dos cidadãos poderá iniciar-se e gerar frutos positivos.

O processo de conscientização dos indivíduos não será direcionado apenas para aqueles que não integram a área jurídica, posto que muitos operadores do direito desconhecem as normas protetivas dos consumidores e não estão habilitados para desempenharem o papel de verdadeiros atores sociais. É desejável, assim aduz Paulo Bezerra, “uma maior amplitude de aplicação da função educativa do direito, e que as pessoas, especialmente os operadores do direito, sejam educados para o direito”. Isso porque “não existe deseducação para o direito apenas nas camadas menos esclarecidas da população” - operadores jurídicos, ditos como “obtusos”, e “intérpretes limitados também denotam uma educação pouco proveitosa para o direito”¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁸ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 107.

¹⁵⁸⁹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 36.

¹⁵⁹⁰ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A Produção do Direito no Brasil*. 2. ed. rev. ampl. Ilhéus-BA: UESC, 2008, p. 152.

Conscientizar e educar a população sobre os seus direitos básicos nas relações de consumo e a sua participação na reversão do quadro atual entrelaça-se com procedimentos múltiplos e variados. Edição de cartilhas, folders, encartes e diversos outros meios impressos, realização de seminários, palestras, colóquios e congêneres, difusão de ideias em veículos de comunicação de massa fazem parte de um amplo conjunto de providências viáveis para o esclarecimento dos sujeitos. Tudo isso faz parte do processo educacional informal que se faz premente, para que se possa apreender “a arte de viver num mundo saturado de informações”, ou seja, como diz Bauman, e também “a arte mais difícil e fascinante de preparar seres humanos para essa vida”¹⁵⁹¹.

A mobilização jurídica dos sujeitos, acentuando a busca do conhecimento dos seus direitos, é importante, mas não suplanta a mobilização política consentânea, segundo Boaventura de Sousa Santos, com uma “concepção de luta social cujo quadro temporal é muito mais complexo do que aquele que presidia à mobilização jurídica sob a égide da moderna utopia jurídica”¹⁵⁹². É fundamental que os sujeitos saibam quais são os seus direitos e que também compreendam que algo mais deve ser feito: a “luta contra-hegemônica”, caracterizada pela recusa “a ser vistos como residuais, inferiores, ignorantes, improdutivos, ou como tendo uma implantação apenas local”¹⁵⁹³. Nas relações de consumo, os sujeitos precisam entender que a união gera a força, para que a atual realidade possa ser modificada. Ademais, devido à contratação massificada, os clássicos liames, que antes ficavam retidos nas malhas privadas, na sociedade pós-moderna, desembocam na esfera pública¹⁵⁹⁴.

A tese da “modernização reflexiva” ou da “liberação progressiva da ação em relação à estrutura” embasa-se em três vigas principais. Primeiro, na valorização dos poderes sempre crescentes dos atores sociais; em segundo, em uma vida cotidiana qualificada por conexões entre os sujeitos que, deixando de lado o individualismo, partem para a solidariedade; em terceiro, na “tentativa de lançar alguma luz nas bases ontológicas em mutação desse fenômeno recorrente da população na *modernidade*

¹⁵⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Trad. Vera Pereira. São Paulo: Zahar, 2010, p. 125.

¹⁵⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. A Crítica da Governança Neoliberal: o Fórum Social Mundial como Política e Legalidade Cosmpolita Subalterna. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (Org.). *Impasses e Aporias do Direito Contemporâneo. Estudos em Homenagem a José Eduardo Faria*. São Paulo: São Paulo, 2011. p. 50.

¹⁵⁹³ Ibidem, idem.

¹⁵⁹⁴ HAARSCHER, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 135.

tardia”¹⁵⁹⁵. É, nesse caminho, que a conscientização dos sujeitos deverá caminhar para que resultados proveitosos possam ser compartilhados.

Socializar, educar e trabalhar pela cidadania são facetas do processo de formação humana que pode ser obtido pelos meios informais e formais. Quanto aos primeiros, salientou-se o papel das instituições voltadas para as relações de consumo. Quanto ao segundo, depende de o Poder Público deliberar pela inclusão do Direito das Relações de Consumo na grade curricular dos Cursos de Direito, como disciplina obrigatória. Outrossim, no Ensino Médio, seria interessante a inserção de matéria sobre os direitos básicos do consumidor, para que, juntamente, com as noções propedêuticas de Filosofia e Sociologia, possam os discentes ter noções elementares sobre os seus direitos.

Viver em sociedade de modo pleno é não negligenciar os laços com os semelhantes e estar sempre postos a auxiliá-los. Como afirma Durkheim, é necessário que a sociedade seja algo “mais do que uma mera coleção de indivíduos”, cujos interesses são “tomados isoladamente”¹⁵⁹⁶. O processo de conscientização e de educação da população deve expandir-se com a ajuda de todos, não sendo transferida a responsabilidade apenas para as instituições que estão congregadas na Política Nacional das Relações de Consumo. A Sociedade Civil, organizada ou não, tem um decisivo papel nessa jornada de esclarecimento dos indivíduos sobre os seus direitos como consumidores¹⁵⁹⁷.

O sonho do “porvir compartilhado” possui “toda a fecundidade da imaginação, todas as potências do desejo, todos os prestígios dos começos”¹⁵⁹⁸. O direito é uma “obra de imaginação, solução para um problema inédito, ideia diretiva antecipando um estado de coisas possível e desejável”- afirma Burdeau¹⁵⁹⁹. Todo começo é complexo, mas, ao mesmo tempo, é a esperança de novos horizontes. Que as palavras

¹⁵⁹⁵ LASCH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott. *Modernização Reflexiva*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997, p. 145.

¹⁵⁹⁶ DURKHEIM, Émile. *A Educação Moral*. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 77.

¹⁵⁹⁷ O Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, através da Pesquisa “Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo”, realizada, sob a orientação da Autora, à época, Doutoranda, no segundo semestre de 2011 e primeiro semestre de 2012, elaborou cartilha sobre os direitos básicos dos consumidores e vem proferindo palestras sobre o tema em instituições de ensino. SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo: uma análise crítica sobre o conhecimento e a compreensão dos cidadãos acerca das normas legais vigentes. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da Silva; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos (Orgs.). *Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo*. Salvador: Paginae, 2012.

¹⁵⁹⁸ BURDEAU, G. *Traité de science politique*. 3 ed. Paris: LGDJ, 1980, t. I, v. 1, p. 306 e seg.

¹⁵⁹⁹ *Ibidem*, *idem*.

saíam do papel e migrem para a realidade e que todos os cidadãos, por serem consumidores, em sua essência, unam-se para que o direito à informação seja realmente respeitado.

A educação dos consumidores constitui fator relevante para a solução do problema enfrentado nesta tese, mormente sob o aspecto zetético, mas ela não é a única ferramenta a ser utilizada. Conforme aduz Manoel Jorge e Silva Neto “É evidente que a educação, e seu corolário, a conscientização, são instrumentos para o alcance da boa e adequada informação”¹⁶⁰⁰, conquanto, medidas jurídicas e extrajudiciais sejam também essenciais para que os consumidores tenham acesso à informação sobre a garantia legal dos produtos e serviços.

Ao longo deste capítulo, demonstrou-se que os instrumentos que compõem a Política Nacional das Relações de Consumo possuem atribuição legal para intentarem ações coletivas contra os fornecedores com o escopo de serem compelidos a informar ao público consumidor sobre a garantia legal dos bens de consumo, não se esquivando de resolver os problemas decorrentes dos vícios existentes. Do mesmo modo, providências extrajudiciais podem contribuir para a mitigação da problemática, tendo os órgãos públicos atribuição para tentarem formalizar termo de ajustamento de conduta com os fornecedores, a fim de que estes se comprometam a informar aos consumidores e a diligenciar para que os vícios verificados sejam sanados.

Reafirma-se que a efetiva proteção dos consumidores perante a garantia legal dos produtos e serviços não requer qualquer alteração na estrutura normativa da Lei n. 8.078/90, mas, tão somente, que os dispositivos constitucionais sejam efetivamente cumpridos, como assevera Manoel Jorge e Silva Neto ao discorrer sobre o tema¹⁶⁰¹. A supremacia e a efetividade da Carga Magna Brasileira de 1988 são os instrumentos maiores que servirão para proporcionar aos consumidores informações devidas, educação e resolução das questões concernentes aos vícios dos produtos e serviços. É preciso, como aduz Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁶⁰², reafirmar a força

¹⁶⁰⁰ O autor tratou da temática na palestra intitulada “Tutela Processual Coletiva do Consumidor e o Direito à Informação”, proferida no decorrer do Seminário intitulado “Tutela Processual Coletiva do Consumidor, organizado com a colaboração do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ/FUFBA e realizado em 08 de abril de 2011.

¹⁶⁰¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132.

¹⁶⁰² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade na Constituição de 1988. In: *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

normativa dos dispositivos constitucionais, que erigiram a defesa do consumidor como direito fundamental e princípio da Ordem Econômica e, para tal mister, é fundamental a participação de todos os integrantes da sociedade e não apenas dos órgãos públicos.

9 Considerações Finais

1. Desenvolvida a presente tese através de sete capítulos, conforme proposto na introdução, constatou-se que o problema inerente à efetividade do direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos produtos e serviços, para que os vícios existentes sejam sanados, realmente, existe no plano fático. Realizada pesquisa de campo, verificou-se que a maioria dos consumidores ouvidos não conhece a distinção entre as garantias legal e contratual, relatando os próprios profissionais da seara jurídica dificuldades em lidar com os prazos referentes a cada uma delas. Outrossim, as garantias contratuais examinadas apresentam conteúdo que termina conduzindo o consumidor a acreditar que apenas elas prevalecem e que inexistente proteção legal mais ampla. Dessa forma, o direito do consumidor à informação sobre a garantia legal não vem sendo implementado de modo satisfatório, como visto abaixo:

1.1 - interpretada a pesquisa de campo realizada, observou-se que os consumidores não detêm conhecimento da verdadeira proteção prevista na Lei n. 8.078/90 diante dos vícios que podem macular produtos e serviços. Foram mantidos contatos com pessoas instruídas e que pertencem a classes sociais que acessam os meios de comunicação de massa; no entanto, constatou-se que o desconhecimento das normas referentes à garantia legal alastra-se entre os cidadãos;

1.2 - a ausência de uma correta compreensão do teor das garantias legal e contratual não se adstringe apenas aos consumidores em geral, mas também aos funcionários dos estabelecimentos comerciais e aos profissionais da área jurídica. Funcionários de empresas de grande porte, de microempresas e de lojas de departamento não são devidamente orientados sobre a natureza da garantia contratual e a sua coexistência com a proteção legal. Assim sendo, no ato de venda de produtos e serviços, nada explicam sobre a garantia legal, limitando-se a reiterar apenas o conteúdo do instrumento contratual;

1.3 - por outro lado, profissionais da própria área jurídica, não obstante não desconheçam a existência da proteção legal, não conseguem discernir como contabilizar os prazos existentes. As dificuldades para o cômputo dos prazos referentes às garantias legal e contratual, levando-se em consideração o tipo de vício detectado, é perceptível até mesmo no próprio campo doutrinário, como visto em capítulo específico. Dessa forma, sérias providências devem ser adotadas pelos órgãos de proteção e defesa dos consumidores para que tal panorama seja revertido;

1.4 - se o desconhecimento das normas inerentes à proteção legal em face dos vícios dos produtos e serviços é marca indiscutível no seio de grupos que possuem instrução, nas classes menos favorecidas economicamente, cujo acesso à educação é mais precário, a ausência de informação é muito mais intensificada;

1.5 - contribuem para tal quadro os seguintes fatores:

1.5.1. A ausência de real interesse dos fornecedores de prestarem esclarecimentos sobre a proteção legal ao concederem a garantia contratual. Nos formulários referentes às garantias contratuais examinadas, observou-se que, em geral, o corpo da letra é inferior ao corpo 12, não existindo destaque para a parte específica relativa à garantia. A garantia legal é praticamente ignorada, limitando-se o fornecedor a tratar apenas dos aspectos contratuais e, quando muito, a fazer considerações sobre os prazos legais para se reclamar dos vícios aparentes, mas nada informam sobre os vícios ocultos;

1.5.2 - muitos funcionários dos estabelecimentos que foram entrevistados informam que recebem treinamentos para que prestem esclarecimentos ao público a respeito das garantias dos produtos e serviços vendidos. Contudo, quando questionados sobre os prazos para a reclamação de vícios, com base na garantia legal, não conseguiam responder com precisão. Ora, se fossem efetivamente preparados para bem orientarem os consumidores teriam, ao menos, um conhecimento mínimo sobre a questão;

1.5.3 - a concessão da garantia estendida é, em regra, mais um expediente utilizado pelo fornecedor para se valer do desconhecimento por parte do consumidor da verdadeira proteção. Na maioria dos casos, quando o produto ou serviço apresenta um vício, a garantia estendida já expirou e constata-se que o valor do conserto é o mesmo ou menor do quanto pago a título da proteção ampliada;

1.5.4 - nas instituições de ensino médio e superior, não são transmitidas noções básicas sobre os direitos dos consumidores, conforme vislumbrado por meio da pesquisa de campo – situação que acarreta a carência de informações sobre a proteção legal conferida pelo microssistema jurídico vigente. A educação formal não contempla instrumentos destinados à informação e ao esclarecimento dos cidadãos sobre os seus direitos básicos:

a) é importante registrar que os próprios Cursos Jurídicos nem sempre inserem o Direito das Relações de Consumo como disciplina obrigatória. Na Faculdade de Direito da UFBA, a disciplina integrava rol das obrigatórias, tornando-se, atualmente, facultativa – o que contribui para que muitos discentes não tenham acesso ao seu conteúdo;

b) a educação informal dos consumidores, pelo apurado, também não tem sido

propiciada pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor de forma satisfatória. São raros os contatos dos consumidores com seminários, palestras etc., sobre os seus direitos. Até mesmo cartilhas sobre os diversos temas que integram as relações de consumo são pouco divulgadas, observando-se que a forma impressa ainda impera e que a transmissão via Internet – que poderia ser melhor aproveitada – apresenta-se exígua. Salienta-se que um dos resultados desta tese, com base nos objetivos previstos, foi a elaboração de uma Cartilha sobre as garantias dos bens de consumo e a execução de um projeto para a realização de miniexposições, inicialmente, em instituições de ensino médio públicas e privadas, sobre o tema, com o fito de colaborar para que os cidadãos sejam conscientizados sobre os seus direitos.

2. A hipótese basilar da investigação restou confirmada de modo a demonstrar que a Lei n. 8.078/90, ao disciplinar o instituto da garantia legal nos arts. 24 e 25, não possui norma que determine o dever de o fornecedor prestar informações sobre a proteção legal, quando disponibiliza a garantia contratual. Do mesmo modo, o art. 4º, inciso IV, e o art. 6º, inciso II, referem-se ao direito do consumidor à informação e à educação, mas não delimitam a forma do seu cumprimento no que diz respeito à garantia legal dos bens colocados no mercado nem como seria a atuação dos entes incumbidos da proteção e da defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores. Quanto às hipóteses secundárias, observou-se que:

2.1 - não se propugna pela alteração do CDC para contemplar mais detalhamentos inerentes ao direito do consumidor à informação, não sendo necessárias mais normas além das que já integram o microsistema consumerista. O posicionamento legalista ou positivista conduziria à ampliação demasiada e desnecessária desse arcabouço normativo e entende-se que a modificação do panorama atual não depende apenas da interpretação dos princípios consumeristas, mas, sim, de uma hermenêutica crítica e axiológica dos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema;

2.2 - por intermédio de uma hermenêutica crítica, defende-se a interpretação e a aplicação das normas contidas na Constituição Federal de 1988 por que versam sobre a proteção do consumidor e das disposições constantes no CDC que tratam sobre o direito à informação, a garantia legal dos bens de consumo e a responsabilidade civil do fornecedor perante os vícios por insegurança e por inadequação dos produtos e serviços.

3. Como visto, não se nega que há uma lacuna no CDC, no que tange à ausência de previsão sobre a obrigatoriedade de o fornecedor informar ao consumidor sobre a garantia legal. No entanto, o seu preenchimento não provoca a necessidade de alteração legislativa em razão de dois aspectos essenciais: a proteção constitucional deferida à categoria é suficiente

para a pacificação da questão; e o direito à informação do consumidor apresenta conteúdo fluido e abrangente, não podendo ser extremamente detalhado. O segundo aspecto refere-se à previsão constitucional do direito do consumidor como de matriz fundamental, ocupando uma posição superior e diferenciada diante da liberdade e da autonomia privada do fornecedor. Quanto ao segundo aspecto, afirmou-se que seria impossível o legislador prever todas as circunstâncias e peculiaridades que caracterizam a sociedade de consumo, marcada pela complexidade e variedade de produtos e serviços. Alguns aspectos precisam ser considerados:

3.1 - defende-se que tendo o direito do consumidor sido erigido ao patamar de fundamental, deverá ser priorizado e que a liberdade do fornecedor não pode se sobrepor nem ser considerada como um obstáculo para que informações precisas e adequadas sobre a garantia legal lhes sejam apresentadas. Para isso, uma hermenêutica de natureza sistemática e axiológica terá que ser manejada, prescindindo-se de acréscimos normativos naquele *Codex*. É preciso que a Lei n. 8.708/90 seja interpretada de forma harmônica com as normas constitucionais, entendendo-se que compõem um todo unitário e interligado, no qual a Carta Maior se encontra assentada no ápice. O empreendimento a ser desenvolvido terá que trilhar o caminho dos valores, não podendo ser uma tarefa mecânica dissociada de postura axiológica;

3.2 - dentro da concepção sistemática, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o direito fundamental do consumidor, terá que ser considerada como um instrumento superior que enseja exigir do fornecedor que bem informe ao consumidor sobre os múltiplos aspectos das relações contratuais e, principalmente, acerca da garantia legal dos produtos e serviços. O desequilíbrio de forças entre tais categorias é evidente, razão pela qual o constituinte previu a criação de um diploma legal específico para reger as relações entabuladas. Foi a vulnerabilidade do consumidor que acarretou a sua proteção constitucional através de um direito fundamental. A transparência nas relações de consumo, o equilíbrio e a solidariedade, fundados na boa-fé objetiva e a intervenção estatal, para dirimir e mitigar as assimetrias detectadas, resultam do fomento que a Carta Magna Brasileira proporcionou;

3.3 - sob o aspecto axiológico, os valores da verdade, liberdade, igualdade e justiça, no momento em que as normas constitucionais são interpretadas e aplicadas em conjunto com os demais ditames legais, virão à tona. A verdade não sucede da mera e simples exegese dos dispositivos legais, presentes no CDC; ela exige muito mais, devendo o intérprete voltar-se para as normas constitucionais. A liberdade do fornecedor, também resguardada no âmbito constitucional, não pode ser vista como um empecilho para que a igualdade material possa ser perseguida nas relações consumeristas. Se há um perceptível desequilíbrio de forças, a proteção constitucional tornou-se imprescindível e terá o condão de solver a celeuma. A ideia

de justiça provoca uma análise crítica por parte de todos os envolvidos com a proteção e a defesa do consumidor.

4. O direito do consumidor, quanto à obtenção de informações devidas sobre as garantias contratual e legal dos bens, termina entrando em confronto com a liberdade do fornecedor de atuar, no mercado, da forma como melhor lhe aprouver. A controvérsia entre tais bens deverá ser pacificada de acordo com os difames constitucionais, mormente pelo fato de que são princípios que integram a Ordem Econômica Brasileira. Para tal mister, essencial será, *a priori*, a identificação da natureza dos bens envolvidos, para que, em seguida, seja delimitada a forma de tratamento a ser utilizada em face da questão:

4.1 - ora, o direito do consumidor é de matriz constitucional e fundamental, não se encontrando no mesmo patamar situacional que a livre iniciativa, estando alicerçado nos valores contidos na parte preambular da Constituição Federal e nos princípios e objetivos fundantes da República Federativa do Brasil. O direito do fornecedor, por outro lado, não pode sofrer limitações arbitrárias e desmedidas;

4.2 - a conformação dos interesses envolvidos na problemática exige uma interpretação com arrimo nos princípios constitucionais e nos elementos metajurídicos que compõem o plexo valorativo informador da Lei Maior. Os processos clássicos de interpretação jurídica não fornecem as ferramentas satisfatórias para se alcançar uma solução abalizada, conduzindo, necessariamente, o intérprete a manejar instrumentos outros aclarados pelo Neoconstitucionalismo. A unidade da Carta Constitucional, a interpretação conforme, o efeito integrador e a máxima efetividade são princípios vetores que colaboram na *persecutio* com vistas a um resultado efetivo;

4.3 - mesmo com a remissão aos princípios constitucionais, o hermeneuta, para solver a situação conflituosa, terá que partir para o campo axiológico, valorando as teorias e técnicas existentes. Nesse momento, ao vislumbrar que não se encontra em frente a dois bens jurídicos do mesmo nível constitucional, ao invés de os ponderar, reconhecerá a irrefutável proeminência do direito fundamental do consumidor e a imprescindível adequação da conduta do fornecedor no sentido de prestar-lhes informações qualificadas sobre as garantias legal e contratual dos bens;

4.4 - a não utilização da técnica da ponderação, dada a incoerência de conflito entre bens do mesmo status constitucional, não significa que engendrará prejuízos de grande monta para o fornecedor, afetando a sua liberdade de iniciativa. Os limites imanentes a todo e qualquer direito estão sempre presentes, mesmo quando seja de natureza fundamental.

Atribuir ao fornecedor o encargo de bem informar ao consumidor não ultrapassa tais limites, sendo tarefa justificada pelo sistema de proteção aos direitos elencados como essenciais.

5 - os argumentos esposados pelas teses exegetico-positivista e discursivo-procedimental não contribuem para a salutar pacificação da questão. A primeira, fundamentando-se em uma interpretação literal das leis, não permitirá que o operador do direito ultrapasse o seu conjunto linguístico. A segunda, através de um consenso fictício, levam-no a crer que o ente se confunde com o ser e, dessa forma, o que se encontra na norma seria o seu próprio texto, não possibilitando avançar além do que está óbvio. Por outro lado, não se pode aceitar que os operadores do direito, com esteio em concepções subjetivas, queiram interpretar as normas ao seu bel-prazer:

5.1 - a “Nova Hermenêutica Crítica”, por meio de uma ontologia fundamental, poderá conduzir o Poder Judiciário e os demais componentes daquele Sistema a desvelar o que realmente se encontra por traz das normas constitucionais e consumeristas e a alcançar a “verdade”, que corresponde à equidade nas relações de consumo. Realizando-se um intercâmbio entre sujeito e objeto, propõe-se o seguimento dessa linha para que as normas que disciplinam as relações de consumo sejam desocultadas e, no seu seio, possam ser visualizados os valores que permitem exigir do fornecedor informações claras, precisas e completas sobre a garantia legal dos bens de consumo.

6. Além do posicionamento hermenêutico crítico, são imprescindíveis dois fatores essenciais para que a efetividade do direito do consumidor à informação seja promovida: o envolvimento das instituições e da sociedade. Todos os entes que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e executam a Política desse ramo terão que participar dessa tarefa – do mesmo modo, os próprios consumidores, através da sociedade organizada. Dessa forma:

6.1 - não se deve, contudo, deixar que as palavras fiquem retidas no papel, sendo a praxis o momento da verdadeira concreção. Conseguir estabelecer como paradigma a prestação de informações qualificadas sobre as garantias dos bens de consumo pressupõe a tomada de uma consciência crítica por parte dos operadores do direito. A partir da compreensão de que a Constituição Federal é o instrumento que se sobrepõe a todas as demais normas, a solução é alcançada, mas, para isso, é preciso desvincular-se da visão patrimonialista e individualista propugnada pelo civilismo clássico, adotando-se uma visão multidisciplinar. Transformar o panorama vigente, marcado pela predominância do poder do

provedor e pela fragilidade informacional do consumidor, suscita a participação de todos – os aplicadores do direito e cidadãos. Urge que todos levem a bandeira de luta!

6.2 - a efetiva proteção dos interesses e dos direitos dos consumidores, porém, somente será possível quando o individualismo for suplantado pela solidariedade e todos, não somente aqueles, mas também as instituições, entes e agentes que atuam no setor, realizarem um trabalho conjunto e profícuo, no qual a reunião de forças seja uma marca indelével. Dúvidas não pairam de que, com esteio nas normas de ordem constitucional e nos mencionados princípios e cláusula geral da boa fé objetiva, os fornecedores terão que prestar esclarecimentos ao público consumidor sobre a proteção legal em caso de vícios dos produtos e serviços;

6.3 - entretanto, a complexidade da questão vai muito além, não competindo aos órgãos e entes que integram o Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor apenas a tarefa de exigir do provedor, transferindo-lhe toda a responsabilidade sobre o problema. Um trabalho ativo deverá imperar para que os consumidores sejam educados e informados de modo apropriado sobre as garantias legal e contratual dos bens de consumo.

7. Propõem-se as seguintes soluções, com esteio na Hermenêutica Crítica das normas constitucionais e na ativa atuação dos entes que integram a Política Nacional das Relações de Consumo:

7.1 - as normas que regem o direito do consumidor à informação sobre a garantia legal dos produtos e serviços, presentes no CDC, quando interpretadas à luz da Constituição Federal, viabilizam exigir do provedor que não omita dados sobre aquela proteção quando disponibilizar a garantia contratual e, muito menos, que se negue a sanar os vícios existentes:

7.1.1 - os vícios por insegurança, também denominados de defeitos, causam os acidentes de consumo ou a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, consoante examinado no quarto capítulo desta tese, e devem ser solucionados pelo provedor com fundamento no direito do consumidor à informação e à reparação dos danos materiais e morais sofridos, de acordo com os arts. 12 e 14 do CDC. Não incidindo nenhuma das excludentes de responsabilidade, previstas nos art. 12, parágrafo 3º, incisos I a e III, e 14, parágrafo 3º, incisos I a III, deste mesmo diploma legal, o provedor terá que ser responsabilizado mesmo que, quando tenha confeccionado a garantia contratual, tenha omitido informações a tal respeito:

7.1.1.1 - diante dos acidentes de consumo resultantes do uso de produtos, a responsabilidade de todos os integrantes da cadeia de fornecimento será solidária, podendo também o comerciante ser acionado, mesmo quando não incidam as hipóteses dos incisos I a

III do art. 13, mediante a aplicação do art. 931 do Código Civil Pátrio. Quando não for possível identificar o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador do produto, ou quando este for fornecido sem identificação clara destes ou quando o comerciante não conservá-lo adequadamente, deverá ser acionado em conjunto com os demais participantes da rede de fornecimento;

7.1.1.2 - a responsabilidade dos fornecedores, em caso de acidente de consumo, será solidária e objetiva, exceto a dos profissionais liberais que será subjetiva diante das obrigações de meio e, em caso de obrigações de resultado, considera-se que deverá ser objetiva;

7.1.2 - os vícios por inadequação dos produtos ou serviços, que podem ser em razão da qualidade ou da quantidade, de acordo com os arts. 18 a 22 do CDC, geram a responsabilidade do fornecedor, mesmo que este tenha, na garantia contratual, registrado dados com o fito de se eximir dessa situação. A responsabilidade de todos os que façam parte da cadeia de fornecimento será solidária e objetiva independentemente do que esteja registrado no instrumento contratual quando não se verificarem as excludentes de responsabilidade examinadas.

7.2 - utilizando-se da proteção constitucional e legal deferidas em prol dos consumidores, os aplicadores do direito, através da “Hermenêutica Jurídica Crítica”, deverão agir nos seguintes moldes:

7.2.1 - órgãos públicos instituídos para a defesa dos consumidores (DPDC, PROCONS e CODECONS), Defensoria Pública e Ministério Público Estadual devem, por meio de procedimentos administrativos apuratórios, notificar os fornecedores de produtos e serviços para que subscrevam Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), comprometendo-se a esclarecer os consumidores sobre a existência e os efeitos da proteção legal quando concederem a garantia contratual, não prestando informações ambíguas, obscuras ou inverídicas, bem como a sanar os vícios que sejam detectados. Em caso de negativa para a formalização do ajuste, aqueles entes devem ingressar com ações coletivas em benefício dos consumidores com o objetivo de que os fornecedores sejam compelidos ao cumprimento de tais obrigações. Associações e Fundações que atuam em favor dos consumidores possuem também legitimidade para ingressarem com demandas coletivas neste sentido;

7.2.2 - todos os entes incumbidos da proteção e da defesa do consumidor devem promover a educação deste sobre os seus direitos básicos através de instrumentos informais (cursos, seminários, cartilhas etc.), assim como unir esforços para que estes sejam ministrados formalmente na grade curricular das Instituições de Ensino, devendo os Cursos Jurídicos ter o

direito do consumidor como disciplina obrigatória. Assim sendo, o problema enfrentado nesta tese requer a união de todos em busca de um fim comum: a proteção de todos nós consumidores!

REFERÊNCIAS

- ABRÃO Nelson. *Direito Bancário*. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ADORNO, T. W. *Minima Moralia: reflexões a partir da vida danificada*. São Paulo: Ática, 1993.
- _____; HORKHEIMER, M. *La dialectique de la raison*. Fragments philosophiques. Paris: Gallimard, 1977.
- AFONSO, Maria; VARIZ, Manuel. *Da Responsabilidade Civil Decorrente de Produtos Defeituosos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na Relação de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr/jun. 95.
- ÁGUILA, Ramón Horacio Domínguez. El Daño en el Derecho Chileno. Primera Jornada La Responsabilidad del Profesional Liberal. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, agosto 2006.
- ALARCÃO, Rui de. Globalização, Democracia e Direito do Consumidor. In: MONTEIRO, António Pinto (Dir.). *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, n. 08, 2006/2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. *Direito, Razão, Discurso*. Estudos para a filosofia do direito. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. *Constitutionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista da Faculdade de Direito da UFRG*, vol. 16, p. 206 e ss. 1999.
- _____. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- _____. Kolision un Abwägung als Grundprobleme der Grundrechts der Grundrechtsdogmatik (Colisão e balanceamento como problema de base da dogmática dos direitos fundamentais). In: LA TORRE, Massimo; SPADARO, Antonino (Orgs.). *La ragionevolezza nel diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.
- _____. “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”. In: *Der Staat* n. 29 (1990).
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.
- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La Responsabilità del produttore*. 4. ed a cura di Fabio Toriello. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.
- _____. Finalità el oggetto della legge (art. 1). In: ALPA, Guido; LEVI, Vanna (Cur.). *I Diritti dei Consumatori e degli Utenti*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 2001.
- _____. Libertà contrattuale e tutela costituzionale, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1995.
- _____. *I Diritto dei Consumatore*. Milano: CEDAM, 1998.
- ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos Civiles-Comerciales-de Consumo. Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
- _____. Os contratos de consumo e as cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p.17, jul./set. 1999.
- _____. ; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Ley, 1995.
- ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*. 3. ed. rev. e atual. Madrid: Dykinson S.L, 2007.
- ALVES, Alaôr Caffé; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. et al. *Direito, Sociedade e Economia*. Leituras Marxistas. São Paulo: Manole, 2005.
- ALVES, Geraldo Magela A. *Código do Consumidor na Teoria e na Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. II.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: RT, 1980.
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo; MARINS, James. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: RT, 1995.
- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ALVIM, Thereza. et al. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- ANSART, Pierre. *Ideologias, conflito e poder*. Trad. Aurea Weissenberg. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.
- ARISTOTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. J. Tricot. São Paulo: Martins Claret, 2000.
- ARNOULD, E. J.; THOMPSON, C. J. Consumer Culture Theory (CCT): Twenty Years of Research. *Journal of Marketing*, v. 31, p. 868-882, march, 2005.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986.

ASCENÇÃO, José Oliveira. Direito Civil e Direito do Consumidor. In: MONTEIRO, António Pinto (Dir.) *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, n. 08, 2006/2007.

ASHTON, T. S. *A Revolução Industrial*. Lisboa: Europa-América, 1995.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 6028: informação e documentação: resumo: elaboração*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *NBR 6027: informação e documentação: sumário: elaboração*. Rio de Janeiro, 2003.

_____. *NBR 10520: informação e documentação: citação: elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 14724: informação e documentação: elementos textuais: elaboração*. Rio de Janeiro, 2011.

ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2004.

ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

_____. *Promises, Morals, and Law*. New York: Clarendon Paperbacks, 2003.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. *Concessão de Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade Civil Extracontratual das Pessoas Jurídicas de Direito Privado Prestadoras de Serviço Público. *Fórum Administrativo: Direito Público*. Belo Horizonte, a. 3, n. 25, p. 1.993-2.014, mar. 2003.

BALANDIER, Georges. *O Dédalo para Finalizar o Século XX*. Trad. Suzana Martins. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale della obbligazione*. Milão: Giuffrè, 1954, t. II.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no Direito brasileiro. *RF* 276/1.

BARBOSA, Livia. *Sociedade de Consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, t. 2, 1933.

BARBOZA, João Luiz. O direito fundamental do consumidor e seu direito à informação. In: GOZZO, Débora. *Informação e Direitos Fundamentais. A Eficácia Horizontal das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARRENA, Cristian. *El Daño Moral en la Responsabilidad Contravtual y Extracontratual*. Valparaíso: Editorial Libromar, 2001.

BARROS, Alice Monteiro de. Trabalhadores Intelectuais. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, número 183, setembro de 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

BARTHÉLEMY, Joseph; DUEZ, Paul. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1933.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____.; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____.; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, arts. 5º ao 17º*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BASTOS, Maurício S. *A Nova Competência da Justiça do Trabalho*. Disponível em: www.mauricio.bastos.nom.br/forum.php . Acesso em: 12 jan. 2009.

BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010.

_____. *Simulacros e Simulação*. Trad. Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio d'Água Editores Lda., 1991.

_____. *O Sistema dos Objetos*. 5. ed. Trad. Zulmira Ribeiro Tavares. São Paulo: Perspectiva, 2009.

_____. *Cool Memories III. Fragmentos 1991-1995*. Trad. Rosângela Vasconcellos Tibúrcio. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

BARBER, Benjamin R. *Consumido. Como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos*. Trad. Bruno Casotti. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. *Vida para Consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Vida a Crédito*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *A Sociedade Individualizada. Vidas contadas e histórias vividas*. Tra. José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. *Ética Pós-Moderna*. Trad. João Rezende Costa. 3. ed. São Paulo: Paulus, 1997.

_____. *Em Busca da Política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. *A Ética é Possível num Mundo de Consumidores?* Trad. Alexandre Werneck. São Paulo: Zahar, 2011.

BEAUCHARD, Jean. *Droit de la distribution et de la consommation*. Paris: PUF, 1996.

BECKER, Anelise. As Garantias Implícitas no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista de Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 69-91. jan./mar., 1994.

BECKER, Michael. *Der unfaire Vertrag*. Tübingen: Mohr, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. Relatório geral brasileiro para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (Viena, Áustria, 23 a 28 de agosto de 1999). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 96, p. 96. 1999.

BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. *A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Servanda, 2006.

BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001.

_____. Dignidade Humana y Derechos de la Personalidad. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001.

_____. El Estado Social de Derecho. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2.ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 9, jan.mar. 1998, p. 5-52.

_____. In: FREITAS, Juarez (Coord.). *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I.

_____.; MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2005.

- BERGER, Peter L. LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2004.
- BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 59, p. 78-108, jul.-set. 2006.
- BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1916.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos Bezerra. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus/Bahia: Editora da UESC, 2007.
- _____. *Acesso à Justiça*. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2008.
- _____. *A Produção do Direito no Brasil*. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus-BA: Editus – Editora da UESC, 2008.
- _____. *Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2009.
- _____. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Renovar, 2010.
- _____. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus-BA: UESC, 2007.
- _____. Os Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Paranaense (UNIPAR)*, volume 9, número 1, 2006.
- _____. Fundamentação dos Direitos Sociais Básicos – uma investigação filosófica à luz da Teoria do Discurso, de Habermas. *Diké*, Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, ano VI, Anual, 2000.
- _____. Representações Sociais, Solidariedade Social e Direito. *Diké*, Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, Ano II, Anual, 2004.
- _____. O Acesso aos Direitos e à Justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 14, 2007.
- BÍBLIA SAGRADA. Antigo Testamento. Tradução da CNBB. 10. ed. São Paulo: Canção Nova, 2010, p. 194.
- BIHL, Luc. *Le droit de la Vente*. Paris: Manuel Dalloz de Droit Usuel, 1986.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 12, out-dez, 1994.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. E quando o Estado desaparece numa ordem capitalista. In: *Direito, Sociedade e Economia. Leituras Marxistas*. São Paulo: Manole, 2005.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Trad. Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:

Campus, 1992.

_____. *Da Estrutura à Função*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UNB, 1999.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *Direito e Poder*. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

_____. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BOURDIER, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. *A Distinção*. Crítica social do julgamento. Trad. Daniela Kern; Guilherme J. F. Teixeira. São Paulo: EDUSP, 2008.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, número 06, p. 07, 1993.

_____. *El derecho comunitario de consumo: experiencia y perspectivas respecto a la Europa de 1993*, 1993-II-925.

_____. *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*. Bruxelles: Story Scientia, (Coll. « Droit et consommation », XVI) 1988.

_____. "The 1985 Council Directive on product liability and its implementation in the member states of the european union". Directive 85/374/EEC on product liability: ten years after (La Directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits: dix ans après), Louvain-la-Neuve, Monique Goyens, 1996.

BRASIL. Plano de ação internacional para o envelhecimento. II Assembleia Mundial de Envelhecimento realizada de 8 a 12 de abril de 2002, em Madri, promovida pela ONU. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, 2003, p. 71-72.

BUBER, Martin. *Eu e Tu*. Trad. Newton Aquiles Voz Zuben. São Paulo: Centauro Editora, 2001.

BUENO, Cassio Sacarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Direito processual coletivo e Direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219.

BÜLOW, Peter; ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003.

BURDEAU, G. *Traité de science politique*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1980, t. I, v. 1, p. 306 e seg.

BUSTAMANTE, Laura Perez. *Derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

CABANA, Roberto M. López. Responsabilidad Civil por Daños al Consumidor en el Mercosur. In: SZAFIR, Dora; CABANA, R. M. L. *El Consumidor en el Derecho Comunitario. Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1998.

_____. Dever de Informação ao Usuário na Argentina. Trad. André Fabian Edelstein. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Dir.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CABRAL, Érico Pina. *Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil do Consumidor*. São Paulo: Método, 2008.

CÁCERES, Silvia Roxana Sotomarino. *Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos*. Peru: Ara Editores, 2007.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.

_____. De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, t. II, p. 61 e ss., sobretudo p. 69 e ss.

CALDANI, Miguel Angel Ciuro. Hacia la protección equilibrada del consumidor en el derecho internacional privado. In: STIGLITZ, Gabriel (Dir.). *Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1992.

CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

CALVET, Otavio Amaral. A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de trabalho X Relação de Consumo. *Revista LTr*, 69-01/55-57, 2005.

CAMPBELL, Colin. *A ética romântica e o espírito do consumismo moderno*. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

CAMPOS, German J. Bidart. *Nociones Constitucionales*. Buenos Aires: Ediar, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 4. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

_____. Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1983, A, I, dicembre, p. 802.

CANCLINI, N. G. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Estudos de Direitos Constitucionais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

- _____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? - A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis S. (orgs.). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, v. 01.
- _____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido*. Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado. Trad. Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto processuale*, 3, 1975.
- _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, volume I.
- _____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- _____. *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- _____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CARBONE, Paolo L. *Il Contrato di Cosa da Produrre*. Napoli: Jovene Editore Napoli, 2000.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CARBONNIER, J. Introduction, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, *Journée René Savatier*, Poitiers, 24 e 25.10.1985, PUF; publicação da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Poitiers, 1986, t. XV, p. 29 e ss.
- CÁRCOVA, Carlos. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998.
- CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. El Sistema Dualista de Responsabilidad Contractual y Extracontractual en Argentina. Reflexiones sobre la Inconveniencia de su Supervivencia. Tercera Jornada El Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: actualidad y utilidad de la distinción. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago, Legis, marzo 2008.
- CARNEVALI, Ugo. *La Responsabilità del Produttore*. Milão: Dott. A Giuffrè, 1974.
- CARVALHO, Jorge Alberto Quadros de. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.) . *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAS, Gérard; FERRIER, Didier. *Droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaire de France, 1986.

_____. ; Didier. *Traité de droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.

CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o Homem*. Introdução a uma Filosofia da Cultura Humana. Trad. Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CASTORIADIS, C. Le délabrement de l'Occident. In: *La montée de l'insignifiance*. Les carrefours du labyrinthe, IV, Seuil, Paris, 1996.

_____. *L'institution imaginaire de la société*. Paris: Seuil, 1975.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAVALCANTE, Elisabeth Nantes. O acesso à informação nos contratos de consumo. In: GOZZO, Débora. *Informação e Direitos Fundamentais*. A Eficácia Horizontal das Normas Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros, n. 7, p. 20-31, 2º semestre de 1999.

CÉSARO, Ernesto (cura). *Clausole vessatorie e contratto del consumatore degli utenti*. Milano: Giuffrè, 2001.

CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988.

CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a Hipermodernidade ou o Hipermoderno explicado às crianças*. Trad. Xerxes Gusmão. São Paulo: Barcarolla, 2009.

CHARMONT, Joseph. *Les transformations du droit civil*. Paris: Armand Colin, 1912.

CHOMSKY, Noam. *O Lucro ou as Pessoas? Neoliberalismo e Ordem Global*. 6. ed. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Impetus, 2011.

CINTRA, Luis Daniel Pereira. Anotações sobre os vícios, prescrição e decadência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 8, p.118-145, jan./mar.1994.

CLARK, Alistar. The Consumer Protection Act 1987. In: COSSU, Cipriano (a cura di). *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore*. Milano: Cedam – Padova, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista DM* nº 80, pp. 66 a 75.

COOLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations which rest upon the Legislative Power of the States of American Union*. 8. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1927.

_____. *Princípios gerais do Direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. Trad. Alcides Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

Corpus Juris secundum, The American Law Book Co., New York, 1963, vol. 77.

CORDECH, Pablo Salvador; PALOU, Maria Teresa Castiñeira. *Prevenir y Castigar: Libertad de Información y Expresión: Tutela del Honor y Funciones del Derecho de Daños*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

CORRERA, Carlo. *La Difesa del Consumatore dalle Frodi in Commercio*. Le Frodi Quantitative. Milão: Giuffrè Editore, t. I, 1982.

COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento. A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Mário Júlio Almeida. *Aspectos modernos do direito das obrigações*. Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

COSTANZA, Maria. *Profili dell' interpretazione del contratto secondo buona fede*. Milão: Giuffrè, 1989.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. “Agora, sim Justiça do Trabalho” em <<http://www.anamatra.org.br/opinião/artigos>>. Acesso em 28.01.13.

COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Porto Alegre: UFRGS, 1964.

CRISAFULLI, Vezio. Efficacia delle norme costituzionali programmatiche. *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. 2. ed. Trad. Editora Jurídica CLEDIJUR. São Paulo: CLEDIJUR Editora Jurídica, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. In: CUNHA Jr., Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs.). *Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. *Serviços Públicos Essenciais. O Princípio da Continuidade e o Inadimplemento do Consumidor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

DAHL, Robert A. *How democratic is the American Constitution?* 2. ed. Yale: Yale University Press, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na Vida dos Povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DE CUPIS, Adriano; SARRIÓN, Angel Martinez. *El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Bosch S.A., 1975.

_____. *Il Danno*. Milão: Giuffrè, 1954.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 4. ed., São Paulo: LTR, 2005.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DEL VECCHIO, G. *A justiça*. Trad. António P. de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. *Evolução e Involução no Sistema Jurídico*. Trad. Henrique de Carvalho. São Paulo: Líder, 2005.

_____. *História da Filosofia do Direito*. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2004.

DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental. Perspectivas para a educação corporativa*. 2. ed. São Paulo: Senac, 2013.

DENARI, Zelmo; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DE VITA, Anna. La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva Del sistema francese. Aspetti principali Del problema e specificazioni in tema di protezioni degli interesssi de consumatori. In: *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milão: Giuffrè, 1976.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2.

DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de Derechos Fundamentales*. 3. ed. Madri: Thomson Civitas, 2008.

_____. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 2007.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DONNA, Luca Di. *Obblighi Informativi Precontrattuali*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *O Mundo dos Bens*. Para uma antropologia do consumo. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

DUBY, Georges. *As três ordens ou os imaginários do feudalismo*. Lisboa: Estampa, 1982.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Campinas: Servanda, 2008.

_____. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Editions Panthéon-Assas, 2007.

DURKHEIM, Émile. *A Educação Moral*. Trad. Raquel Weiss. Petrópolis: Vozes, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Claret, 2002.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. A theory of judicial review. Cambridge, Mass, 1980.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001.

EPICURO. *Carta sobre a felicidade; ou a conduta humana para saúde do espírito*. Lisboa: Padrões Culturais Editora, 2008.

- ESPADA, Cinthia Maria Fonseca. *A Modernização do Processo e a Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho*: Novas Discussões. Disponível em: www.ufrnet.br. Acesso em: 10 jan. 2013.
- ESSER, Joseph. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- FACHIN, L. E. Da prescrição e da decadência no Código do Consumidor. *Revista da Procuradoria Geral do Estado – RPGE*, Fortaleza, n. 10 (12), p. 29-40, 1993.
- FADEL, Marcelo Costa. *O Direito da Energia Elétrica sob a ótica do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FALLON, Marc. *Les accidents de la consommation et le droit*. Bruxelas: Bruylant, 1982.
- FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Justiça e conflito*, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. 3. ed. actual y ampl. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. São Paulo: Studio Nobel, 1995.
- FELLMANN, Walter. Kommentar zum Produktehaftpflichtgesetz. In: *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, 3ème éd. Bâle/Francfort, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- _____. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.
- _____. Legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 416.

- FERRIER, Didier. *La protection des consommateurs*. Paris: Dalloz, 1996;
- FIKENTSCHER, Wolfgang. *Schuldrecht*. Berlim: Walter de Gruyter, 1992.
- FILOMENO, José Geraldo Brito; GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume I.
- FLEMING, John G. *The Law of Torts*. 9. ed. Sydney: LBC Informations Services, 1998.
- FLÓREZ-VALDEZ, J. A. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.
- FORSTHOFF, Ernst. Problemas Constitucionales del Estado Social. In: ABENDROTH, Wolfgang, FORSTHOFF, Ernst & DOEHRING, Karl. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.
- _____. *A Ordem do Discurso*. 2. ed. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2010.
- _____. *A hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FOX, Justin. *O Mito dos Mercados Nacionais*. Uma história de risco, recompensa e decepção em Wall Street. Trad. Gabriel Zide Neto. Rio de Janeiro: Best Seller, 2010.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. 3. ed. New York: Touch Stone, 2005.
- FREITAS, Juarez. O Controle Social e o Consumidor de Serviços Públicos. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 23, p. 24-31, 1998.
- FROMM, Erich. *Ter ou ser*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.
- FRONTINI, Paulo Salvador. Acesso ao consumo. In: GOZZO, Débora. *Informação e Direitos Fundamentais*. A Eficácia Horizontal das Normas Constitucionais. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FROTA, Mário. *Política de Consumidores na União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2003. Plano de Acção Trienal 1999-2001, p. 49.
- FURTADO, Celso. *O Mito do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Paz e Terra, 1974.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. 6. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2010.
- GARAPON, Antoine. *Le gardiën de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996.

GARAU, Guillermo Alcover. *La Responsabilidad Civil del Fabricante* (Derecho Comunitario y Adaptación al Derecho Español). Madrid: Editorial Civitas S.A, 1990.

GARCÍA, Javier Avilés. Las garantías derivadas de la venta de bienes de consumo. Garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos. In: ARCE, Alicia de León; GARCÍA, Luz María García (Coords). *Derechos de Consumidores y Usuarios*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, tomo I.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do Consumidor*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1964.

GASSET, José Ortega. *O homem e a gente*. Trad. José Carlos Lisboa. Rio de Janeiro: Livros Ibero-Americano Ltda, 1960.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAZMURI, Iñigo de la Maza; WILSON, Carlos Pizarro. *Responsabilidad Civil*. Casos Prácticos. 2. ed. Santiago: LexisNexis, 2006.

GHEDINI, Raffaele. *Consumatori e Imprese nella Dinamica Oligopolistica*. Milano: Giuffrè Editore, 1990.

GHERSI, Carlos Alberto. *Responsabilidad Civil del Vendedor*. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988.

_____. El Derecho de los Consumidores y las Políticas Económicas de la Década de los Noventa. In: STIGLITZ, Gabriel (dir.). *Derecho del Consumidor*. Rosario: Editorial Juris, 2003.

GHESTIN, Jacques. *Conformité et garanties dans la vente* (produits mobiliers). Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1983.

GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado*. Trad. José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Española, 1904.

GIRARDELLI, Adriana Carvalho. *A Associação Civil como Garantidora da Defesa do Consumidor*. São Paulo: Lex S.A, 2005.

GLISSEN, John. *Introdução Histórica do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça trabalhista passa a julgar toda relação de trabalho*. Disponível em: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 07 ago. 2013.

GOLDENBERG, Isidoro. Servicios públicos. Tutela de los usuarios. In: STIGLITZ, Gabriel (Dir.). *Reglas para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Buenos Aires: Editorial Juris,

2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Obrigações*. 15 ed. RJ: Forense, 2002.

_____. Aparência do direito. In: *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: RT, 1980.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 45-46.

GORASSINI, Attilio. *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*. Milão: Dott. A Giuffrè Editore, 1990.

GORDILLO, Augustín. Los servicios públicos y los entes reguladores. In: GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOZZO, Daniela (Coord.). *Informação e Direitos Fundamentais. A Eficácia Horizontal das Normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

GREZ, Pablo Rodríguez. *Responsabilidad Extracontractual*. 2. ed. act. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume II.

GRISI, Giuseppe. *L'Obbligo Precontrattuale di Informazione*. Napoli: Jovene Editore, 1990.

GROSSBERG, Michel; TOMLINS, Christopher. *The Cambridge History Law in America*. New York: Cambridge University Press, 2008, v. 2.

GRUBER-MAGITOT, Stéphane. *L'action du consommateur contre le fabricant d'un objet affecté par un vice caché en droit anglais et en droit français*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.

GUASTINI, Riccardo. *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2008.

_____. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: Carbonell, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Das Fontes Às Normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

GUÉGUEN, Nicolas. *Psicologia do Consumidor. Para compreender melhor de que maneira você é influenciado*. Trad. Gian Bruno Grosso. São Paulo: Senac, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

_____.; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da Ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____.; Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 70, p. 140/141, 1993.

GUERREIRO, Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

GUESTIN, Jacques. L'annulation par le juge des clauses abusives. In: GUESTIN, Jacques (coord.). *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europa*. Paris: LGDJ, 1991.

_____. L'utile et le juste dans le contrat. *Recueil Dalloz*, Paris, Dalloz, 1º caderno, Chronique, p. 1-10, 1962.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Vícios do Produto e do Serviço por Qualidade, Quantidade e Insegurança*. Cumprimento Imperfeito do Contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUITÉRRIZ, Ignacio Gutiérrez. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2005.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação jurídica no direito e na moral*. São Paulo: Landy, 2004.

HAARSCHER, Guy, *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

HALBWACHS, Maurice. *Memória Coletiva*. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro Editora, 2006.

HAURIOU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 5. ed. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

_____. *O Princípio do Fundamento*. Trad. Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1957.

_____. *Introdução à Filosofia*. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *A Caminho da Linguagem*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Vozes, 2003.

HELLER, Agnes. *O Cotidiano e a História*. 8. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

_____. *Além da Justiça*. Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HERVADA, Javier. *O que é o direito: a moderna proposta do idealismo jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.

_____. *Constitución y Derecho Constitucional*. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2.ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001.

_____. *Significado de los Derechos Fundamentales*. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Conrado; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2001.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992

HIDALGO, Carmen Domínguez. *El Daño Moral en Chile Contornos y Problemas*. Segunda Jornada El Daño indemnizable, en el Epicentro de la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: actualidad y utilidad de la distinción. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, agosto 2006.

HOBSBAWM, Eric J.. *Da Revolução Industrial Inglesa ao Imperialismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HUSSERL, Edmund. *Crise da Humanidade e a Filosofia*. Porto Alegre: EDIPUCRS- RS, 2002.

IANNI, Sabrina. *America Latina e Tutela del Consumatore*. Le Prospettive del Mercosur tra Problemi e Tecniche di Unificazione del Diritto. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.

IANNOTTA, Enrico. *Danno ed Assicurazione Obbligatoria: Il consumatore al centro del rapporto tra giustizia-retributiva e giustizia-distributiva*. In: ALPA, Guido; LEVI, Vanna (Cur.). *I Diritti dei Consumatori e degli Utenti*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *A Proteção do Consumidor de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). *A Defesa do Consumidor em quatro passos*. São Paulo: Editora Globo, 2003.

- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni Editores, 2003.
_____. *Responsabilidad por Daños*. Parte geral, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
_____.; WAJNTRAUB, Javier H. *Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.
- JAKOBS, Günther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. 3. ed. rev. Trad. André Luis Callegari. São Paulo: RT, 2010.
- JAUERNING, Othmar et alii. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 7. ed. Munique: Beck, 1994.
_____. ; MANSEL, Peter et al. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 11. ed. Munique: Beck, 2004.
- JEANNEAU, Benoit. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1968, p. 11.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981.
- JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2001.
_____. *Sobre el nacimiento del sentimiento juridico*. Trad. Federico Fernández-Crehuet. Madrid: Minima Trotta, 2008.
- JORGE, André Guilherme Lemos. *Inquérito Civil*. Contraditório e ampla defesa sobre a efetividade dos princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2009.
- JORGE, Fernando Sandy Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- Jornal A TARDE, de 5/6/2010, p. B3.
Jornal A TARDE, de 18/12/2010 p. B10; de 5/6/2010, p. B3 e B10.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Trad. S. Cunchillos y Manterola. Buenos Aires, 1950, t. II, vol. I.
_____. Evolução da responsabilidade civil. *RF*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 539, abr., 1941.
- KAUFMANN, Arthur (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Gulbenkian, 2002.
_____. *Filosofia do Direito*. 3. ed. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- KAZEZ, Jean. *O peso das coisas*. Filosofia para o bem-viver. Trad. Catharina Epprecht. Rio de Janeiro, 2009.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Martins Fontes, 2009.
- KLOEPFER, Michel. *Informationsrecht*. Munique: Beck, 2002.

KOENDGEN, Johannes. *Selbstbindung ohne Vertrag: zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln*. Tübingen: Mohr, 1981.

KOETZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. *Europäisches Vertragsrecht*. Tübingen: Mohr, 1996.

LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso sobre a Servidão Voluntária*. Trad. Manuel J. Gomes. Brasília: LGE Editora, 2009.

LARENZ, Karl. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Trad. E. Galán Gutiérrez y A Truyol Serra. Zagorova: Talleres Editoriales Cometa, S.A, 2006.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1991.

_____. *Derecho de obligaciones*, t. I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Dies-Picazo. Madrid: Editorial Civitas S.A, 1985.

LARROUMET, Christian. *Responsabilidad Civil Contractual*. Trad. Gonzalo Figueroa Yañez. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2006.

LASCH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASCH, Scott. *Modernização Reflexiva*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *Que és una Constitución?* Santa Fé de Bogotá: Ed. Temis, 1992.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A Responsabilidade do Fabricante pelo Fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.

L'HEUREUX, Nicole. *Droit de la consommation*. 4. ed. Québec: Les Editions Yvon Blais, 1993.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 6. ed., São Paulo: Ed. LTR, 2008.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano Ambiental*. Do individual ao coletivo extrapatrimonial. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LE GOFF, Jacques. *Para um novo conceito de Idade Média*. Lisboa: Estampa, 1980.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. São Paulo: Renovar, 2004.

LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bildung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed. Goldbach, Keip Verlag, 1999.

LE TOURNEAU, Philippe. *La Responsabilidad Civil*. Trad. Javier Tamayo Jaramillo. Bogotá: Legis S.A.

- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LIMA, Otto de Souza. *Teoria dos vícios redibitórios*. São Paulo: RT, 1965, p. 57.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio*. Ensaio sobre o Individualismo Contemporâneo. Trad. Terezinha Monteiro Deutsch. São Paulo: Manole, 2005.
- _____. *A Felicidade Paradoxal*. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- _____; SERROY, Jean. *A Cultura-Mundo. Resposta a uma Sociedade Desorientada*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- _____; CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- LITTY, Olivier. *Inégalité des Parties et Durée du Contrat*. Étude de Quatre Contrats d'Adhésion Usuels. Paris: L.G.D.J, 1999.
- LLAMBÍAS, Jorge J. *Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado* (Estudios sobre responsabilidad por daños). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1980.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e o novo Código Civil*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 8 dez. 2013;
- _____. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. São Paulo: Brasília Jurídica, 1996; _____.
- Responsabilidade civil do advogado*. Disponível em: jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=663>. Acesso em: 24 ago. 2013;
- _____. *Responsabilidade Civil dos Profissionais Liberais e o ônus da prova*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, nº 26, p. 159-165. 1998.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. Phoenix Books. 2.ed. The University of Chicago Press, 1965.
- _____. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- LOPES, José Reinaldo Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992.
- LOPES, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coords.). *Sociedade de Risco e Direito Privado*. Desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013.
- LORENZ, Stephan. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB 2002)*. Sonderausgabe, Schuldrechtsreform, Neues Recht/Alter Recht. München: Verlag C. H. Beck, 2002.,.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- _____; SCHÖTZ, Gustavo Juan. *Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Desalma, 1998.
- _____. *Justicia Colectiva*. Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni, 2010.
- _____; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos de Servicios a los Consumidores*.

- Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- _____. El daño a la persona. In: ITURRASPE, Jorge Mosset; SESSAREGO, Carlos Fernández; LORENZETTI, Luis Ricardo; CASTILLA, Gustavo Ordoqui. *Daño a la Persona*. Pautas Jurisprudenciales. Montevideo: Ediciones Del Foro, 1996.
- LORENZI, Valeria. *Classificazioni Dogmatiche e Regole Operazionali in Tema di Responsabilità Contrattuale*. Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1981.
- LOVECE, Graciela; OCIO, Alejandro Mario García. *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- LÖWITH, Karl. *Heidegger, pensador de un tiempo indigente*. Sobre la posición de la filosofía en el siglo XX. Trad. Román Setton. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- LUCAS, Robert E., Jr.. *Lectures on Economic Growth*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Direito à Informação nos Contratos Relacionais de Consumo, *Revista de Direito do Consumidor* n. 35/118, São Paulo: RT, 113-122.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MAFFESOLI, Michel. *O Conhecimento Comum. Introdução à Sociologia Compreensiva*. Trad. Aluizio R. Trinta. Porto Alegre: Sulina, 2010.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Valores Fundamentais de Direito do Trabalho. *Cadernos da ANAMATRA IV*, Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região, Porto Alegre-RS, HS Editora, Ano III, n.7, p. 30, abr./jun. 2008.
- MAIORCA, Sergio. *Tutela dell'Aderente e Regole di Mercato nella Disciplina Generale dei 'Contratti del Consumatore*. Torino G. Giappichelli, 1999.
- MALFATTI, Alexandre David. *Direito-Informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.
- MALINVAUD, Philippe. La responsabilité du fabricant. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 55, 1979.
- _____. et al. De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité. *L'avenir du droit. Mélanges en Hommage a François Terré*. Paris: Dalloz/Presses Universitaires de France/Editions du Juris-Classeur, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANESCHI, Adriano. *La Difesa del Consumatore dalle Clausole Vessatorie. La Protezione del Consumatore realizzata dalla L. 6.2.1996, n. 52 in attuazione della Direttiva Comunitaria 93/13/CEE*. Milano: Cosa & Come Giuffrè Editore per il professionista e per l'azienda, 1997.

MARENSI, Voltaire Giavarina. *O Seguro – a vida e sua modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARINONI, Luis Guilherme. A Tutela Específica do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 50, p. 71-116, abr./jun.2004.

MARINS, James. Risco de desenvolvimento e tipologia da imperfeição dos produtos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p.128, abr./jun.1993.

MARKS Jr., Thomas C; COOPER, John F. *State Constitutional Law*, St. Paul, West Publishing Co., 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; (coord.). *Diálogo das Fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antônio Herman. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; (coord.). *A Nova Crise do Contrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; MIRAGEM, Bruno. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do Consumidor Endividado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Contratos de Servicios a los Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoría Constitucional de la Solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 2006.

MARTIN, Ian. *The new world order: opportunity or threat for human rights*, A lecture by Edward A Smith Visiting Fellow presented by the Harvard Law School Human Rights Program, 1993.

MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (Coords.). *Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas S.A, 1992.

_____. *Los Derechos Fundamentales y la Constitución y outros estudios sobre derechos humanos*. Zaragoza: El Justicia de Aragon, 2009.

_____. *La Europa de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La Responsabilidad Civil*. 3. ed. Madrid: Editorial Colex, 2004.

MAZEUD, Denis. Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual: el futuro de la distinción en el Derecho Francés. Trad. Carmen Domínguez Hidalgo. Tercera Jornada El Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual: actualidad y utilidad de la distinción. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, marzo 2008.

_____. et al. Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? *L'avenir du droit*. Mélanges en Hommage a François Terré. Paris: Dalloz/Presses Universitaires de France/Editions du Juris-Classeur, 1999.

MAZEUD, Henri; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil: obligations, théorie générale*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998.

_____.; MAZEAUD, Leon. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Santiago: Editorial Parlamento, 2008.

_____.; TUNC, André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. tomo I, volume I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 39 a 40.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O Inquérito Civil*. Investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999.

McKENDRICK, N.; et ali. *The birth of a consumer society: the commercialization of eighteenth-century england*. Londres: Europa Publications, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: RT, 1996; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. Nova competência da Justiça do Trabalho: contra a interpretação reacionária da Emenda n. 45/2004. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coords.). *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. ANAMATRA. São Paulo: LTr, 2005, p. 170/186.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gontê. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, Manuel Ignacio Carvalho de. *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*. Curitiba: Typ. Lit; a vapor Imp. Paranaense, 1908.

MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 2. ed. Trad. Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MILARÉ, Édis. Ação Civil Pública por dano ao meio ambiente. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 -15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MINERVINI, Enrico. *Tutela del Consumatore e Clausole Vessatorie*. Milão: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2011.

_____. MARQUES, Cláudia Lima. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, tomos I a III..

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris Serguerievitch. *Novas tendências do direito constitucional*. Trad. Candido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

MONTEIRO, A Pinto. Comunicação e Defesa do Consumidor. *Actas do Congresso Internacional organizado pelo Instituto Jurídico de Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, de 25 a 27 de novembro de 1993. Coimbra: G. C – Gráfica de Coimbra Ltda, 1996.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*. O Princípio da Vulnerabilidade no Contrato, na Publicidade, nas demais Práticas Comerciais. 3. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio H.; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORÁN, Luis González. El Derecho a la Salud y a la Seguridad de los Consumidores y Usuarios. In: ARCE, Alicia de León; GARCÍA, Luz María García (Coords). *Derechos de Consumidores y Usuarios*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, tomo I.

MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Trad. Eveline Boutellier. 5 ed. Barueri: Manole, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Temas de direito processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 73-82.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Centelha: Coimbra, 1973.

MORELLO, Augusto M. El acceso del consumidor a la justicia. In: STIGLITZ, Gabriel (Dir.). *Reglas para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Buenos Aires: Editorial Juris, 2000.

MORENO, Claudio Contreras. *La Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago: Editorial Parlamento Ltda, 2009.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem feita*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MOSCA, Gaetano. *Derecho Constitucional*. Trad. Almudena Bergareche Gros. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MÜLLER, Friederich. *O Novo Paradigma do Direito*. Trad. Rosana Ingrid Jansen dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed., atual. e ampl. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Métodos de trabajo del Derecho constitucional (Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts)*. Trad. Salvador Gómez de Arteché y Catalina. Madrid: Marcial Pons S.A, 2006.

_____. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel de Castro do. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3, p. 56. 1992.

_____. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Serviços Públicos & Relação de Consumo. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Antônio L. Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda A. P. Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. São Paulo: Edusc, 2005.

PAES, José Eduardo Sabo Paes. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Contábeis, Trabalhistas e Tributários*. São Paulo: Forense, 2010.

PAISANT, Giles. A transposição da Directiva de 25.05.1999 sobre as garantias na venda de bens de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 65, p. 297-318. 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001.

PANCOTTI, José Antonio. A Nova Competência da Justiça do Trabalho. *Revista LTr*. 69-01/80-92, 2005.

PANIAGO, Izidoro Oliveira. Relação de Trabalho X Relação de Consumo e Competência da Justiça do Trabalho. *Suplemento Trabalhista LTr*, n. 118, p. 497-499. 2006.

PARRA LUCAN, Maria Angeles. *Daños por Productos y Proteccion del Consumidor*. Barcelona: Bosch Editor S.A. 1990.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1. São Paulo: RT, 1993.

- PEIXOTO, Bolívar Viégas. Relação de Trabalho e Relação de Consumo: distinções essenciais. *Revista LT*, n. 07, vol. 69, de julho de 2005.
- PÉREC, Georges. *Les Choses*. Paris: Lettres Nouvelles, 1965.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Responsabilidade Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. A nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Gusmão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1991.
- PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
- PETITPIERRE, Gilles. *La Responsabilité du Fait des Produits*. Les Bases d'une responsabilité spéciale en droit suisse, a la lumière de l'expérience des États-Unis. Genève: Librairie de L'Université Georg & Cie S.A. 2001.
- PEYRANO, Marcos L. La teoria de las 'cargas probatorias dinámicas' em la flamante ley de enjuiciamiento civil española (Lei 1/2000). In: PEYRANO, J. W. (Dir.) e WHITE, I. L. (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- PHILLIPS, Jerry. *Products Liability*. Minnesota: West Group, 1998.
- PICOD, Yves. *Code de la Consommation commenté*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2007.
_____. ; DAVO, Hélène. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris: Sirey Université, Dalloz, 2010.
- PIMONT, Sébastien. A garantia de conformidade: variações francesas quanto à preservação das particularidades nacionais e à integração comunitária. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 70, p. 302 e seq.2009.
- PINHO, Humberto Dalla Bernadina. A Legitimidade da Defensoria Pública para a Propositura de Ações Cíveis Públicas: Primeiras Impressões e Questões Controvertidas. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha (Coords.). *O Novo Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIZZIO, Jean-Pierre. La protection des consommateurs par le droit commun des obligations. *RTDCom* 51, vol. I, p. 53-69. 1998.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1930.
- PODDIGHE, Elena. *I Contratti con I Consumatori. La disciplina delle clausole*

vesatorie. Milano: Giuffrè, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. 2.

PONZANELLI, Giulio. *La Responsabilidad Civil: Profili di Diritto Comparato*. Bolonia: Il Mulino, 1992.

PORTO NETO, Benedito. *Concessão no Serviço Público no Regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.

POSADA, Adolfo. *La Nouvelle Constitution Espagnole*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRATA, Ana. *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra: Almedina, 2005.

PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil*. Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRUX, Oscar Ivan. *Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PULIDO, Jorge Guillermo Pipaón. *Derechos de los Consumidores y Usuarios*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

QUEIROZ, Odete N. C. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: RT, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Coleção STVDIVM, Armênio Amado Editor, 1974.

RAGAZZI, Jorge Luiz. et al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Verbatim, 2010.

RAISER, Ludwig. O Futuro do Direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado-RS*, Porto Alegre Gráfica, n. 25, 1979.

REALE, Miguel. *O Direito como Experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Horizontes do Direito e da História*. 3.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições Preliminares do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Casos de direito constitucional*. São Paulo: RT, 1992.

_____. Da ação civil pública. In: *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Por uma Constituição brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Do Direito das Obrigações. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

REICH, Norbert. *Mercado y Derecho*. Trad. Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985.
_____.; NORDHAUSEN, Annette. *Verbraucher und Recht im elektronischen Verkehr (eG)*.
Baden-Baden: Nomos, 2000.

_____. In: COSSU, Cipriano (a cura di). *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla
responsabilità del produttore*. Milano: Edizioni Cedam – Padova, 1990.

Revista do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor -IDEC, n. 110, maio de 2008, p. 16
e 17.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Direito dos Contratos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
_____. Cláusulas Contratuais Gerais e o Paradigma do Contrato, Separata ao vol.
*XXXV do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra*, Coimbra, 1990, p. 35.

RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio; PINHEIRO, Alexandre Augusto Campana. *Competência
da justiça do trabalho, aspectos materiais e processuais: de acordo com a EC n 45/2004*. São
Paulo: LTr, 2005.

RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e Ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis:
Vozes, 2008.

_____. *O Justo I*. A justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C.
Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIFIKIN, J. *A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e
o nascimento de uma nova economia*. São Paulo: Makron Brooks, 2004.

RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Trad. Gilda G. De
Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

_____. L'ordre économique et la liberté contractuelle. In: *Mélanges offertes à Geny*,
Paris, 1959.

_____. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937.

_____. ; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Trad. Delia García
Daireaux. Buenos Aires: La Ley, 1964, t. V, n. 907, p. 31.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades Públicas*. Trad. Maria Ermantina
de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROCHA, Sílvio. *Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*.
São Paulo: RT, 1992.

RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964.

RODYCS, Wilson Carlos. A responsabilidade civil das empresas privadas por danos causados
na prestação de serviços públicos delegados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.
45, p. 192-227, jan./mar. 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Sanções Administrativas no Código de Defesa do
Consumidor*. Salvador-BA: Jus Podium, 2009.

- ROJO Y FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel. *La responsabilidad civil del fabricante*. Bolonia: Real Colegio de España, 1974.
- ROLIM, Luiz Antonio. *A Administração Indireta, as Concessionárias e as Permissionárias em Juízo*. São Paulo: RT, 2004.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1947.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Coleção Veja Universidade, 2004.
- Ruling Case Law. *The Lawyers Cooperative Publishing Co.*, New York, 1.915, vol. 24.
- SACCO, Rodolfo. *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*. Torino: SPE, 1949.
- SAAD, E. G. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2002.
- SADEK, Maria Tereza Aina. O Judiciário e seus Desafios. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (Org.). *Impasses e Aporias do Direito Contemporâneo. Estudos em Homenagem a José Eduardo Faria*. São Paulo: São Paulo, 2011.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. São Paulo: Renovar, 2003.
- SALLEILES, Raymond. *De la declaration de volonté*. Paris: Rousseau, 1.901.
- SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e Decadência nas Relações de Consumo*. São Paulo: RT, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- _____. *A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- _____. A Crítica da Governança Neoliberal: o Fórum Social Mundial como Política e Legalidade Cosmopolita Subalterna. In: FABIANI, Emerson Ribeiro (Org.). *Impasses e*

Aporias do Direito Contemporâneo. Estudos em Homenagem a José Eduardo Faria. São Paulo: São Paulo, 2011.

_____. *Um Discurso sobre as Ciências.* 2. ed. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Lisboa, CES, n. 21, p. 11-43, novembro. 1986.

SANTOS, Sandra Aparecida dos. *A Inversão do Ônus da Prova.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____.; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.

_____.; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro.* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHELER, Max. *Da Reviravolta dos Valores.* Trad. Marcos Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994.

SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica. Arte e Técnica da Interpretação.* Trad. Celso Reni Braidá. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad.* Trad. Cristina Monereo Atienza. Granada: Comares, 2006.

_____. *Teoría de la Constitución.* Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 2009.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de Escrever.* Trad. Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.

_____. *O Mundo como Vontade e Representação.* Trad. M. F. Sá Correia. Portugal: RÉ-S-Editora Ltda, 2000, p. 431.

_____. *Aforismos para a Sabedoria da Vida.* Trad. Jair Barboza. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCHULZ, Fritz. *Classical roman law.* Oxford: Clarendon Press, 1951.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Urugua, 2008.

SCHWERINER, Mario Ernesto René. *Comportamento do Consumidor.* Identificando Necejos e supérfluos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2006.

- SCHWERTER, José Luis Diez. La Resarcibilidad del Daño no Patrimonial en América Latina. Uma visão histórico comparativa. Primera Jornada La Responsabilidad del Profesional Liberal. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, agosto 2006.
- SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SENNETT, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 43.
_____. *A corrosão do caráter*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 43.
- SERRANO, Laura Gázquez. La Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos en el Ámbito de la União Europea: Derecho Comunitario y de los Estados Membros. In: MONTEIRO, António Pinto (Dir.) *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, n. 04, 2004.
- SERRES, Michel Serres. *Hominescências. O Começo de uma Outra Humanidade*. Trad. Edgard Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa. Qu'est-ce que le Tiers État?* Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Pequeno Tratado da Nova Competência Trabalhista*. São Paulo: Ltr, 2005.
- SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, Ivan de Oliveira. *Curso de Direito do Seguro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SILVA, João Calvão. *Venda de Bens de Consumo*. 2. ed. rev. e aum. Coimbra: Almedina, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
_____. *Curso de Direito Constitucional*. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes da Silva. Ações Coletivas para a Defesa dos Consumidores: em busca da real efetividade. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da Silva; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos (Orgs.). *Tutela Processual Coletiva do Consumidor*. Salvador: Paginae, 2012.
_____. Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo: uma análise crítica sobre o conhecimento e a compreensão dos cidadãos acerca das normas legais vigentes. In: SILVA, Joseane Suzart Lopes da Silva; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos (Orgs.). *Garantias Legal e Contratual dos Bens de Consumo*. Salvador: Paginae, 2012.

_____. *Planos de Saúde e Boa-Fé Objetiva. Uma Abordagem Crítica acerca dos Reajustes Abusivos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas*. São Paulo: Ltr, 2001.

_____. *Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. *Constituição e Processo do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Editora LTR, 2011.

_____. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: Editora LTR, 1999.

SILVA, Paulo Márcio da. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública. Instrumentos da Tutela Coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 123.

_____. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SISCO, Eduardo E. *El Principio de Responsabilidad sin culpa*. Buenos Aires: Villela Editor, 2001.

SLATER, Don. *Cultura do Consumo e Modernidade*. São Paulo: Nobel, 2002.

SOARES, Antônio Carlos Otoni. *Fundamento jurídico do contrato de seguro*. São Paulo: Ed. Manuais Técnicos de Seguro, 1975.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A responsabilidade civil do advogado pela Lide Temerária à Luz da Deontologia Jurídica. In: Fernando Rister; Ricardo Tinoco e Willis Santiago. (Org.). *Compêndio de Ética Jurídica Moderna*. 2. ed. Paraná: Juruá, 2011, v. 1, p. 47-56.

_____. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. *Informativo Pro Omnes*, 2003.

_____. A Dimensão Principiológica do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, v. 8, p. 29-39, 2008.

_____. *A nova interpretação do código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

_____. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

_____. *Sociologia Do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

_____. Por uma Nova Interpretação Constitucional. *JAM Jurídica*, Salvador, v. Ano X, n.1, p. 1-4. 2005.

_____. Reflexões sobre a Interpretação Constitucional. RTE. *Revista de Tecnologia Empresarial*, v. IV, p. 45-61. 2006.

_____. *O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

_____. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*. Salvador: JusPODIVM, 2008. v. 1.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOLOMON, Michael. *O comportamento do consumidor*. Comprando, possuindo e sendo. Porto Alegre: Bookman, 2002.

SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Moutari Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SPADARO, Antonino. Contributo per una Teoria della Costituzione, v. I. *Fra Democrazia Relativista e Assolutismo Etico*. Milano: Dott A Giuffrè Editore, 1994.

SPANOGLE, John A; ROHNER, Ralph J.; PRIDGEN, Dee; SOVERN, Jeff. *Consumer Law. Cases and Materials*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson West, 2007.

STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

STIGLITZ, Rubén S. *Autonomía de la Voluntad y Revisión del Contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992.

_____. *Objeto, Causa y Frustración del Contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992.

_____. ; STIGLITZ, Gabriel. El Control de las Cláusulas Contractuales Predispuestas en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. In: *Derecho del Consumidor*. STIGLITZ, Gabriel (Dir.). Buenos Aires: Editorial Juris, 1992.

STOCO, Rui Stoco. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo: RT, 4. edição, 1999.

STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'Abus dans le Contrat*. Paris: L.G.D.J, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

_____. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STÜRMER, Ulrich; KOEPKE, Jack Edward; REISCHEL, Benno. *New EEC Product Liability. The U.S. in Comparison*. Cologne: Gerling-Konzern Globale Rückversicherungs-AG, 1988.

SÜSSEKIND, Arnaldo. As relações individuais e coletivas de trabalho na reforma do Poder Judiciário. In: *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). ANAMATRA. São Paulo: Ltr, 2005.

SZAFIR, Dora. *El Consumidor en el Derecho Comunitario. Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur*. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1998.

SZNIFER, Moyses Simão. *O Direito do Consumidor e a ampliação da competência da Justiça do Trabalho*. Disponível em www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos. Acesso em: 10 jan. 2009, p. 4.

TALCIANI, Hernán Corral. Responsabilidad civil de los periodistas. Primera Jornada La Responsabilidad del Profesional Liberal. *Revista Anales Derecho UC*, Santiago: Legis, agosto 2006.

TAPIA, Carlos A. Manque. *Derecho del Consumidor*. Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos en la Ley n. 19.496. Santiago: Librolex Ediciones Jurídicas, 2006.

TARUFFO, Michele. *A prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A Justiça do Trabalho e a emenda constitucional n. 45/2004, *Revista LTr*, ano 69, número 01, p. 95, jan.2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
_____. Notas sobre o nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, t.II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A responsabilidade por acidentes de consumo na ótica Civil – Constitucional*, Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____.; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bondin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004, volume I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito do Consumidor*. 6. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: 2009.

THIREAU, Jean-Louis. *Introduction historique au droit*. 2. ed. Paris: Flammarion, 2003.

TOULEMON, André; MOORE, Jean. *Le préjudice corporel et moral en droit commun*. Paris: Sirey, 1968.

TOURAINÉ, Alan. *Após a crise. A decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais*. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. *Após a crise. A decomposição da vida social e o surgimento de atores não sociais*. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2010.

TOURNEAU, Philippe le. *Le contrat de vente*. Paris: Dalloz, 2005.

_____. *La Responsabilité des vendeurs et fabricants*. Paris: Dalloz, 1997.

TRAVIESA, María Teresa Alonso. *El Problema de la Concurrencia de Responsabilidades*. 2.

ed. Santiago: LexisNexis, 2007.

TRIBE, L. H. The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories. *The Yale Law Journal*, New York, Tfe Foundation Press, 1988, vol. 89 1073, 1980.

TUCCI, Rogério Lauria. A ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. In: WALD, Arnaldo (Coord.). *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TÜRCKE, Christoph. *Sociedade Excitada*. Filosofia da sensação. Trad. Antonio A. S. Zuin et alli. São Paulo: Unicamp, 2010.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B. E PIMENTEL, Ayrton. *O Contrato de Seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.

UBILLOS, Juan María Bilbao. En qué medida vinculan a los particulares los derecho fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

VARELA, J.M. Antunes. *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, p. 4.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do Profissional Liberal nas Relações de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2003.

VERDÚ, Pablo. *El Sentimiento Constitucional*. Aproximacion al Estudio del sentir constitucional como modo de integracion política. Madri: Reus, S.A, 1985.

VERRI, Marina Mezzavilla. *Legitimidade da Defensoria Pública na ação civil pública: limites*. Ribeirão Preto, SP: Ribeirão Gráfica e Editora, 2008.

VICENTE, Dário Moura. Desconformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 48, p. 22, out./dez., 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes Vigliar. *Ação Civil Pública*. 5. ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2004.

VIGORITI. *Interessi colettivi e proceso*. Milano: Giuffrè, 1976.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil (Les obligations, la responsabilité: effets)*. Paris: LGDJ, 1988.

_____. Les obligations. La responsabilité: conditions. In: GUESTIN, Jacques (Dir.). *Traité de Droit Civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982.

VON IHERING, Rudolf. *A Luta pelo Direito*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

VULKOWICH, William T. *Consumer Protection in the 21st Century: A Global Perspective*. New York: Transnational Publishers, 2002.

WAJNTRAUB, Javier Hernán. *Defensa del Consumidor. Ley 24.240 y Normas Complementares*. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot, 2002.

WALKER, Connie, «Should you buy an extended warranty?», CBC Market Place, CBC news, Canada, 12 novembre 2002,
http://www.cbc.ca/consumers/market/files/money/extended_warranties/why_buy.html.
Acesso em 24.07.12.

WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 6 ed. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1999, p. 735.

WEATHERILL, Stephen. *EU Consumer Law and Policy*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2005.

WEBER, Max. *Die Protesyantische Ethik un der Geist des Kapitalismus*. Berlim: Archiv für und Sozialwissenschaft Sozialpolitik, 1904.

WEINGARTEN, Celia. *Derechos en expectativa del consumidor. Aplicación de la doctrina de los propios actos*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil alemão. Direito das Obrigações. Parte Geral*. Trad. Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1983.

WEZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: Editorial IBdef, 2006.

WHALEY, Douglas. *Problems and Materials on Consumer Law*. New York: Aspen Law&Business, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. (Org.) *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WRIGTH, Richard W. Right, *Justice and Tort Law*. Philosophical Foundations of Tort Law. Oxford University Press, 1995.

ZABREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. 2.ed. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *El derecho dúctil*. 9. ed. Trad. Marina Ascón. Madrid: Trotta, 2009.

ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1987.

ZITELMAM, Ernst. *Lücken im Recht*. Leipzig, 1903.

ZOLA, Émile. *Au bonheur des dames*. Les Rougon-Macquart. Paris: G. Charpentier Éditeur, 1883.

ZULUETA, F. *The roman law of sale*. Oxford: Claredon Press, Great Britain, 1945.

ZWEIGERT, Konrad; KOETZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts II*. Tübingen: Mohr, 1984.

YEAZELL, Stephen. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987.

Sites consultados:

<http://www.consumerreports.org>.em inglês. Acesso em 23.7.2013.

<http://www.g1.globo.com/rio-de-janeironoticia2013/07>. Acesso em 23.07.2013.

<http://www.cnpl.org.br/novoportal>. Acesso em 11 de agosto de 2013.

<http://www.reclameaqui.com.br>. Acesso em 11 de agosto de 2013).

<http://www.sjcdh.ba.gov.br>. Acesso em 11 de agosto de 2013).

http://www.cbc.ca/consumers/market/files/money/extended_warranties/why_buy.html. Acesso em 11 de agosto de 2013.

<http://www.portolegal.com/CartaProtecConsumidor.htm>>. Acesso em 11 jul. 2013.

http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine/wsp. Acesso em 11 de agosto de 2013.

<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 11 de agosto de 2013.

<http://www.trf5.gov.br>. Acesso em 11 de agosto de 2013.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

GRÁFICOS REFERENTES À PESQUISA **DE CAMPO**

GRÁFICO 1



GRÁFICO 2



GRÁFICO 3



GRÁFICO 4

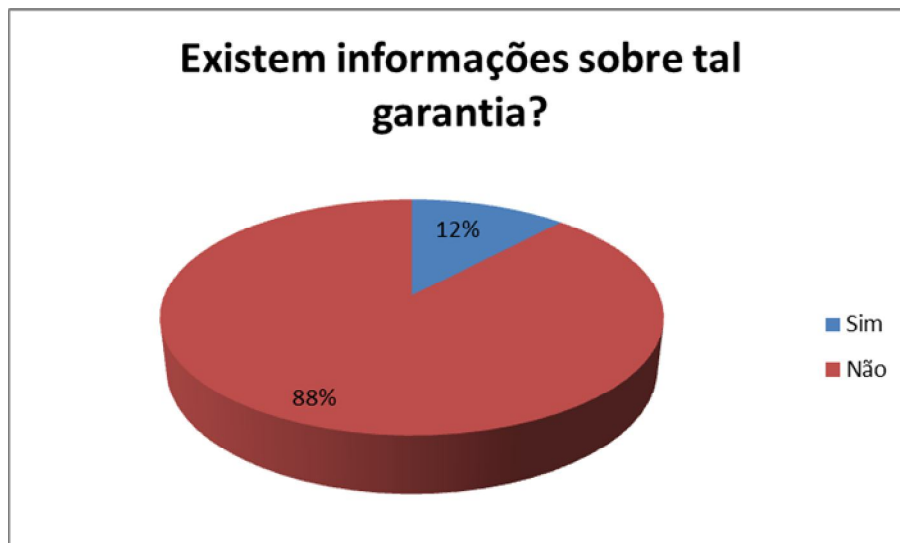


GRÁFICO 5

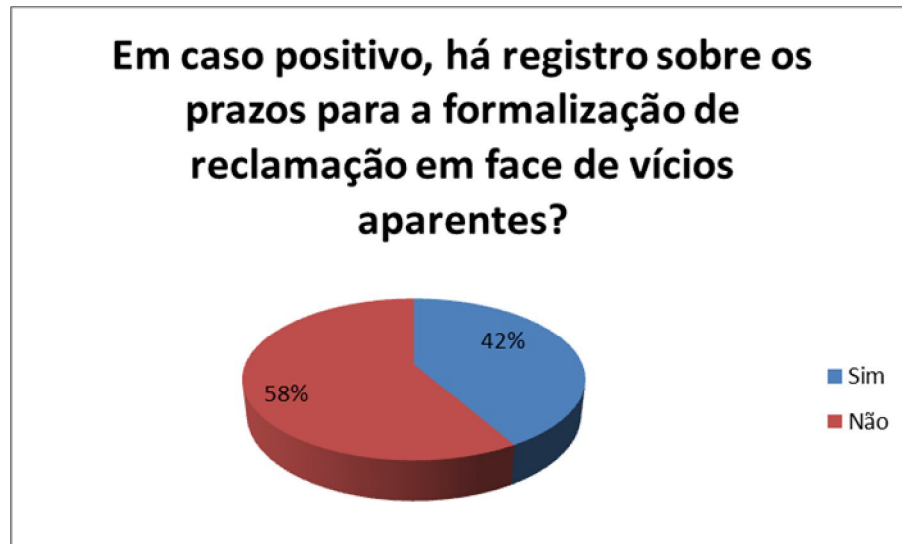


GRÁFICO 6

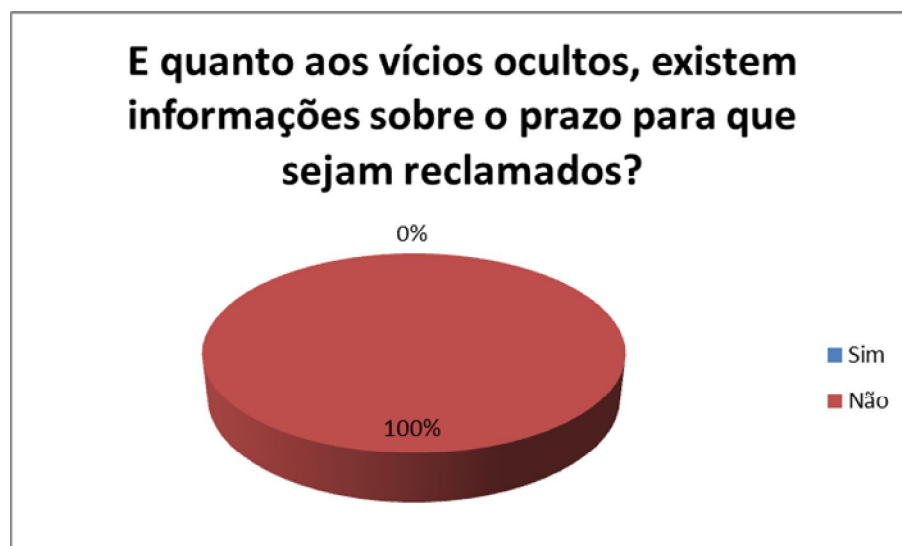


GRÁFICO 7

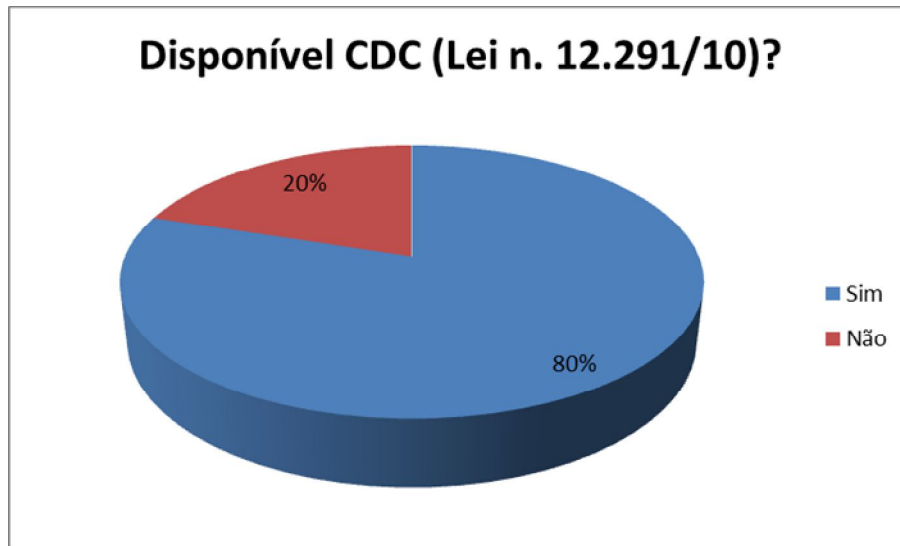


GRÁFICO 8

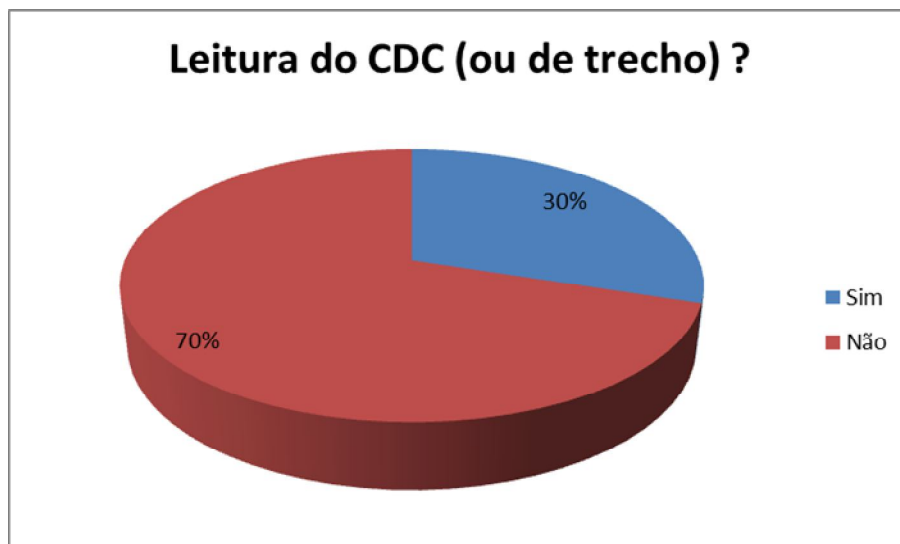


GRÁFICO 9

Na entrega da garantia contratual concedida para certo produto ou serviço, presta algum esclarecimento sobre o seu conteúdo?

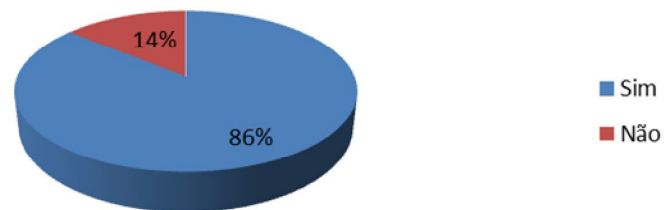


GRÁFICO 10

Tem conhecimento sobre a existência da garantia legal dos produtos e serviços prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor?

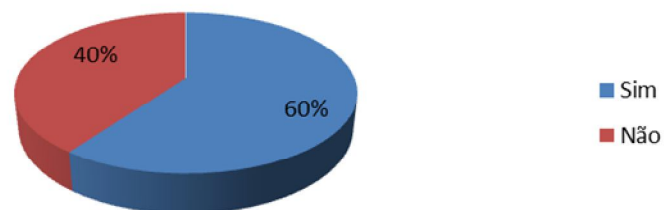


GRÁFICO 11

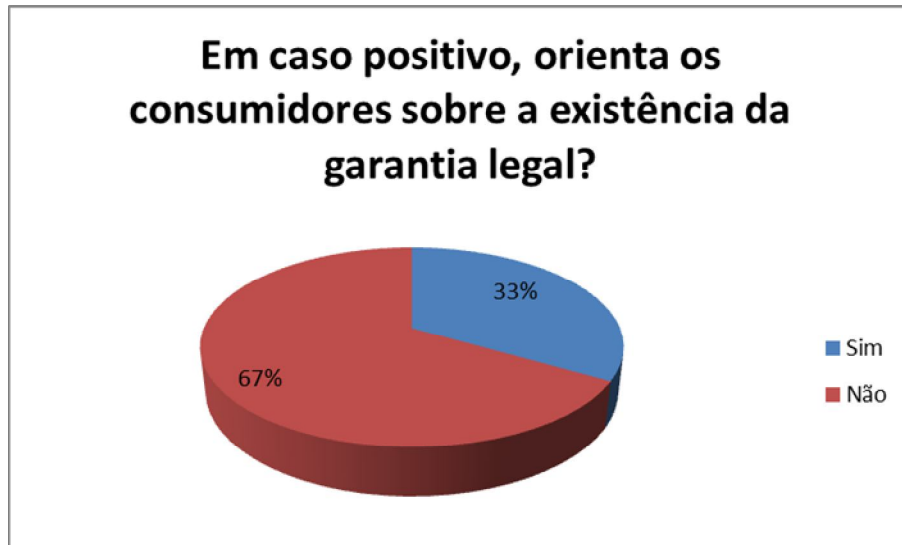


GRÁFICO 12

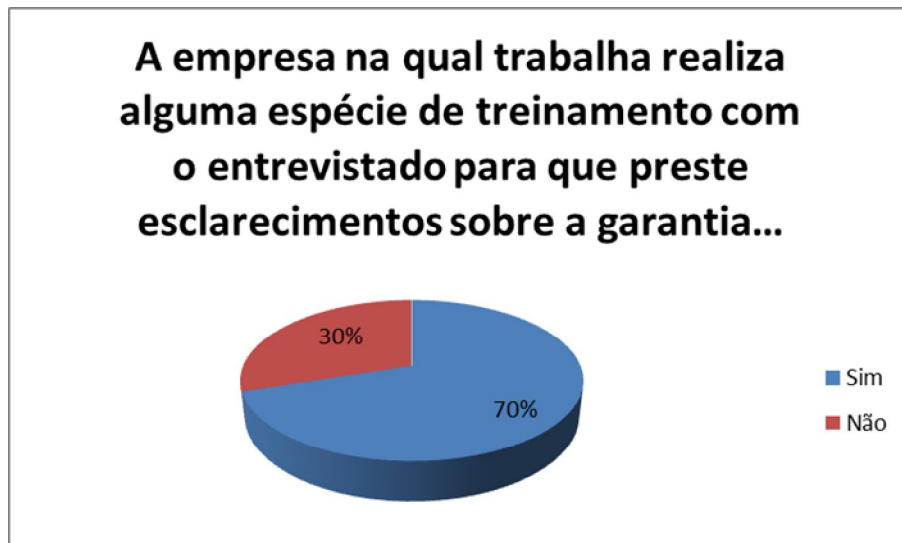


GRÁFICO 13

Expirado o prazo da garantia contratual, vindo o consumidor alegar a ocorrência de defeito no produto ou serviço, o mesmo terá...

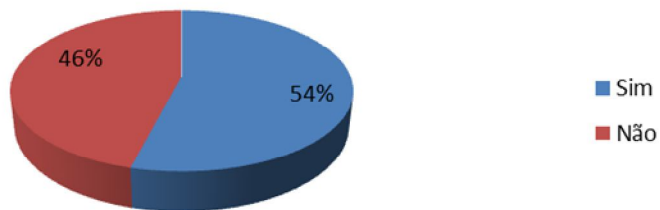


GRÁFICO 14

Tem conhecimento de que a não-entrega da garantia contratual para o consumidor que adquire um produto ou contrata um serviço constitui...

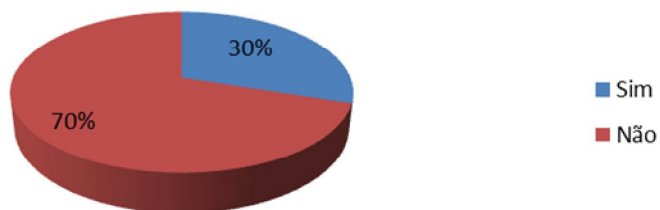


GRÁFICO 15

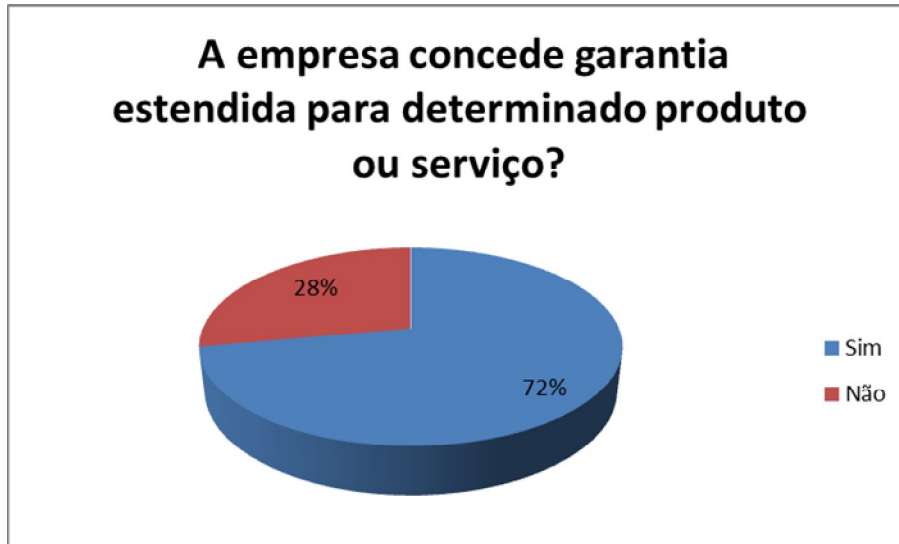


GRÁFICO 16

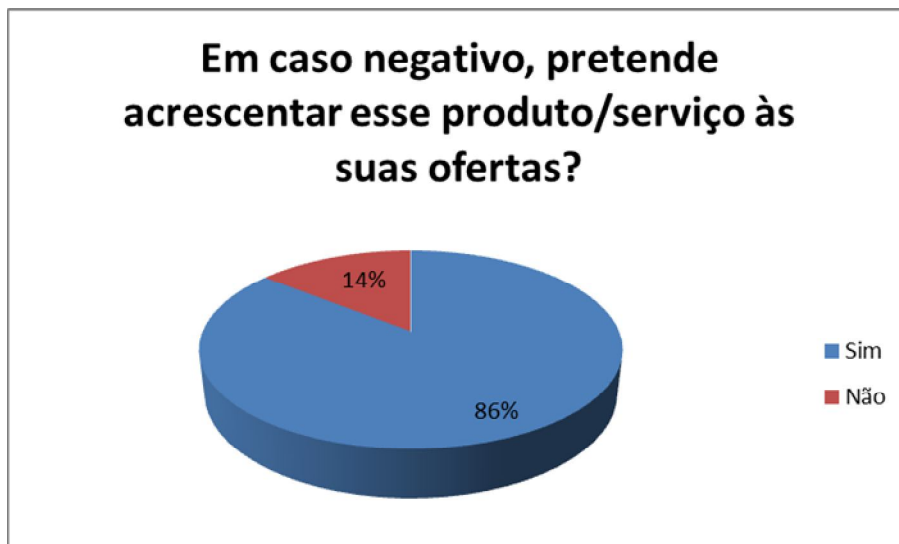


GRÁFICO 17

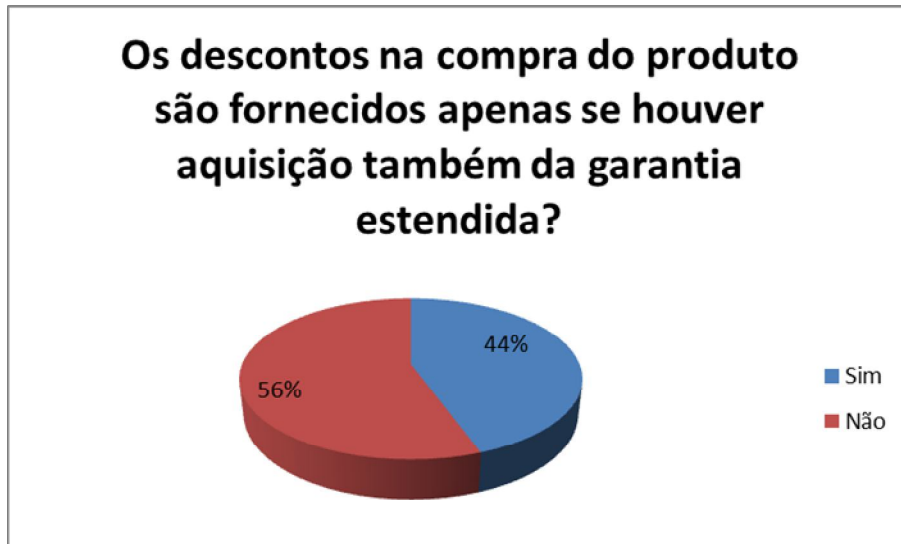


GRÁFICO 18

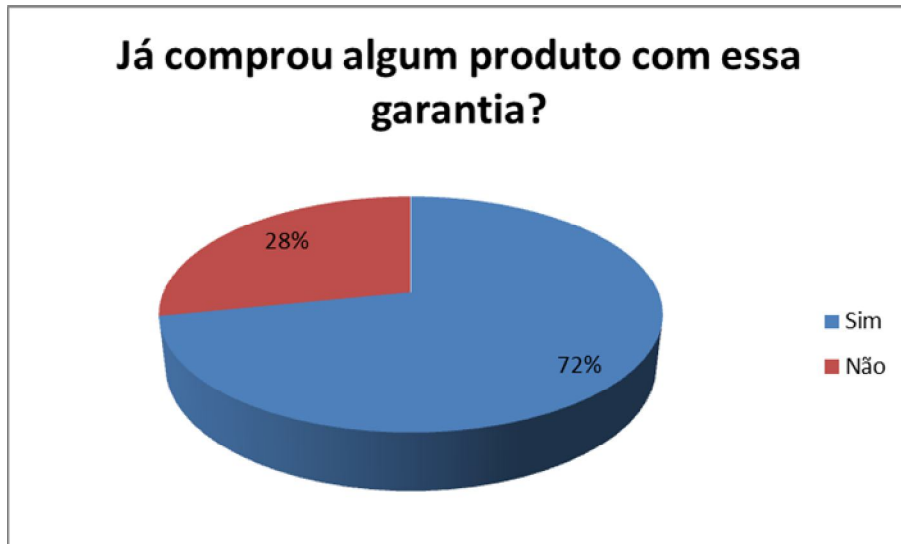


GRÁFICO 19

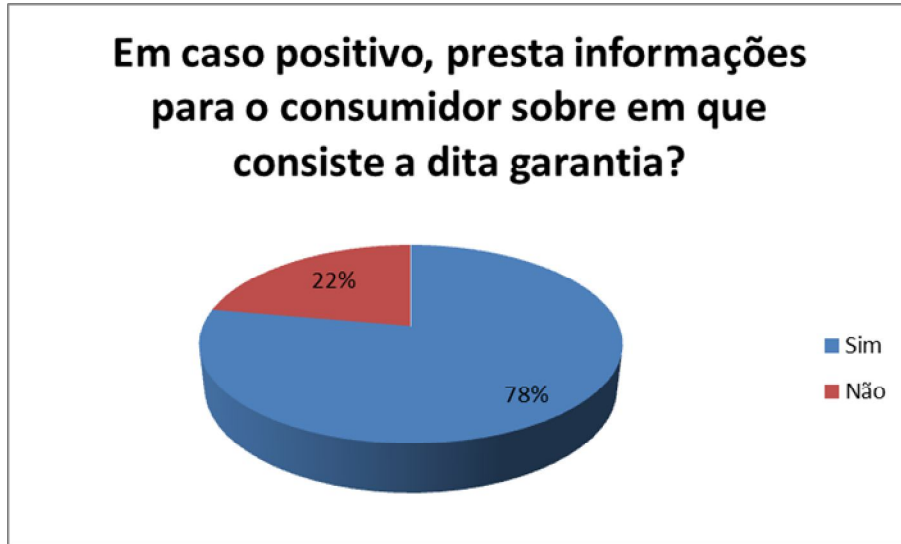


GRÁFICO 20



GRÁFICO 21

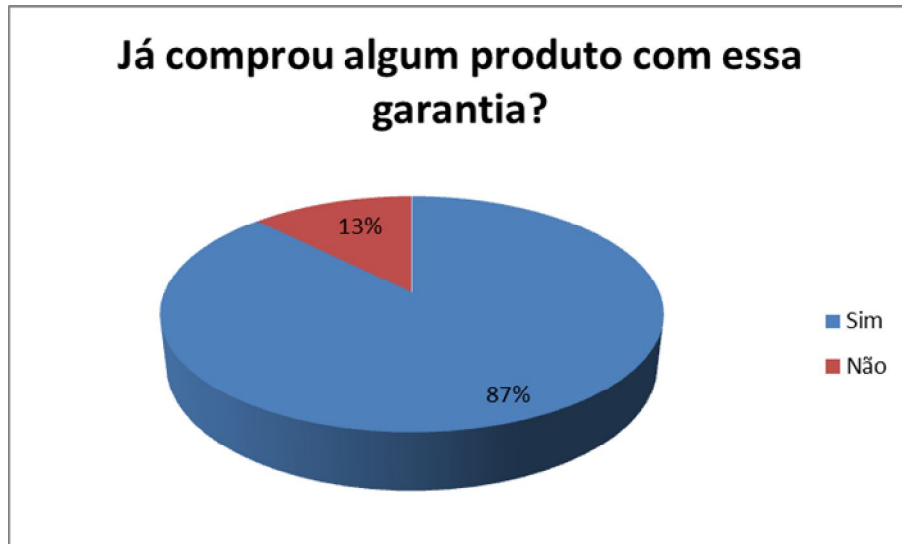


GRÁFICO 22



GRÁFICO 23



GRÁFICO 24

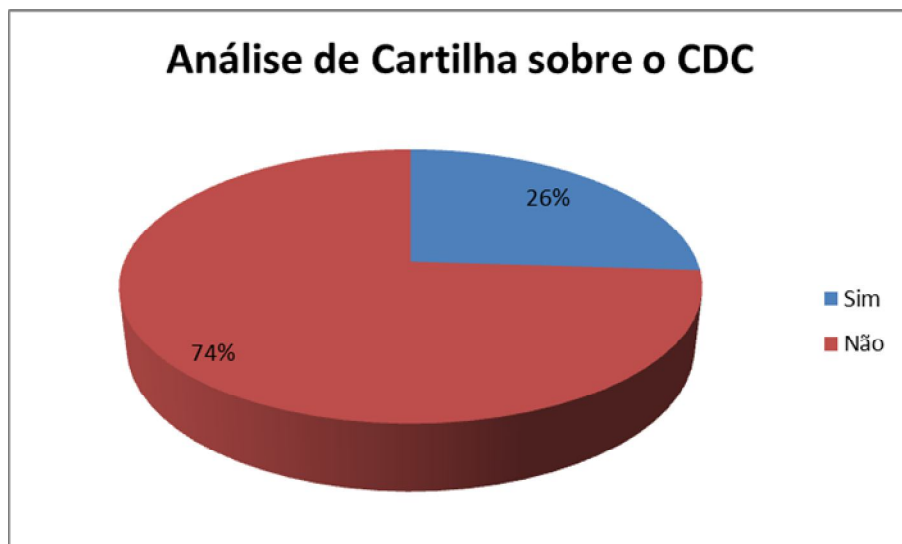


GRÁFICO 25



GRÁFICO 26

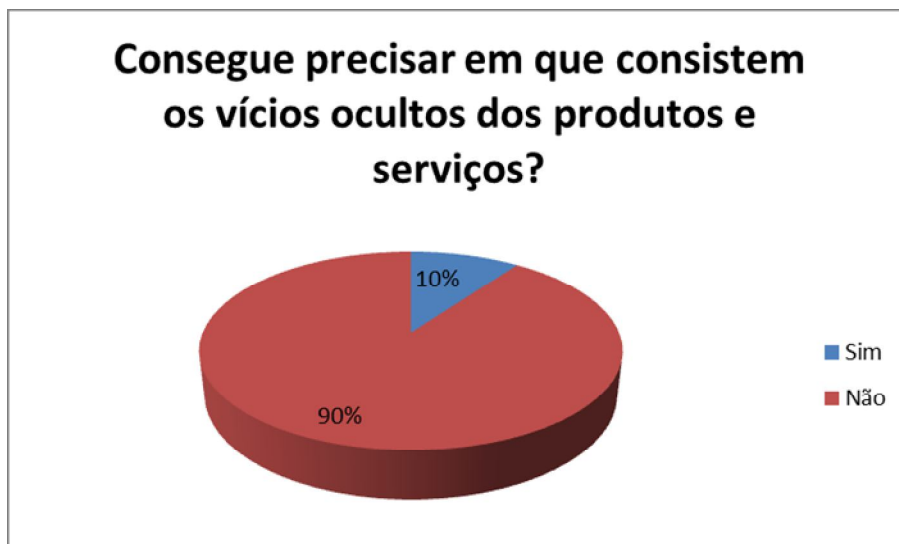


GRÁFICO 27

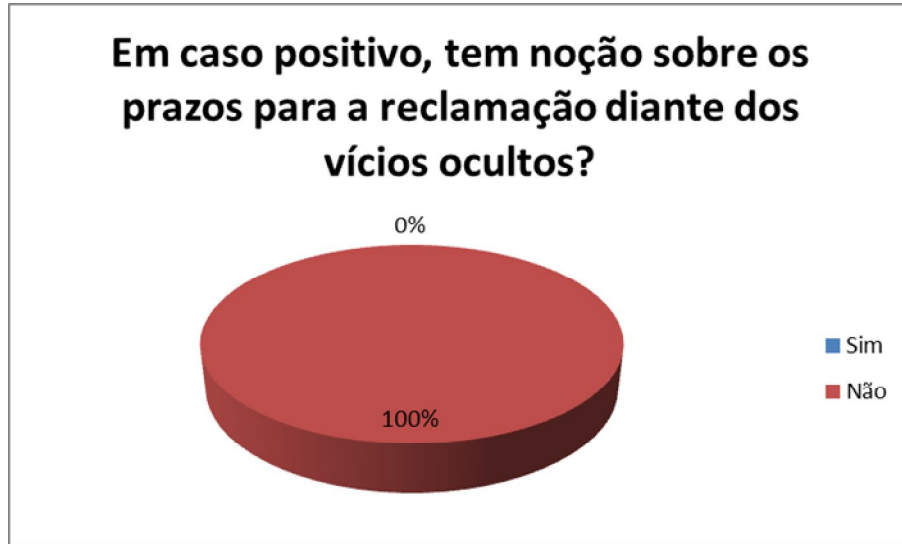


GRÁFICO 28



GRÁFICO 29

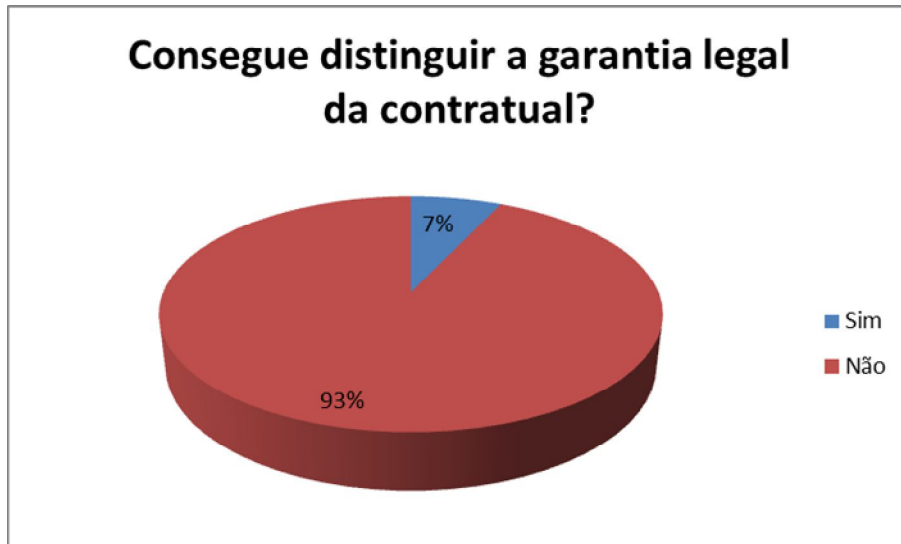


GRÁFICO 30

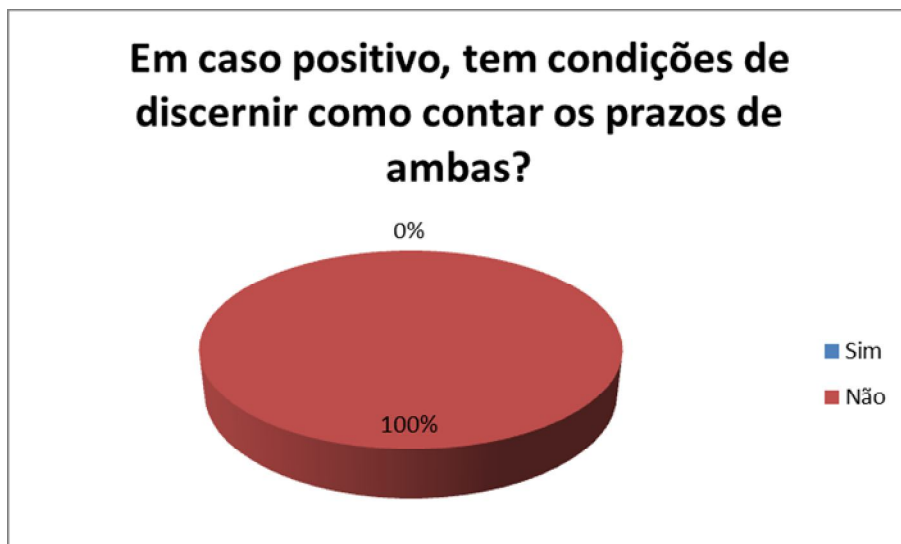


GRÁFICO 31

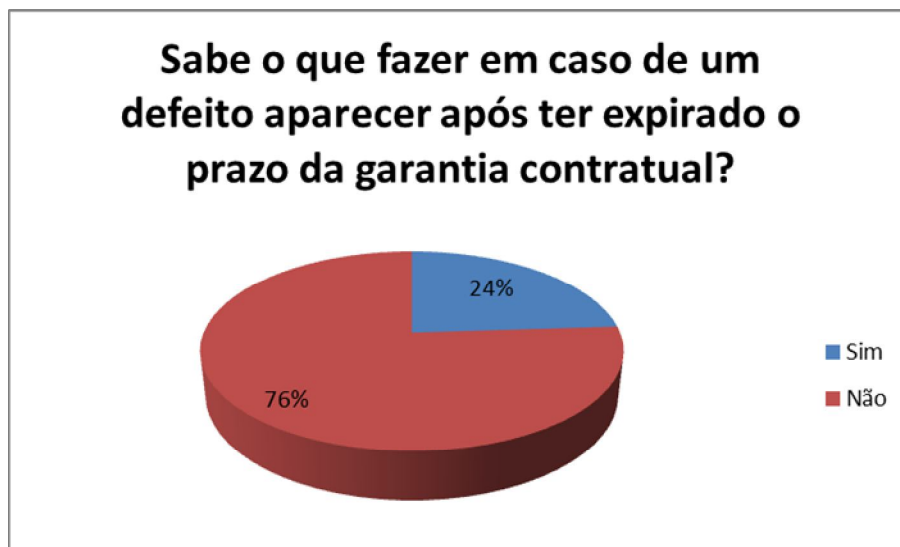


GRÁFICO 32

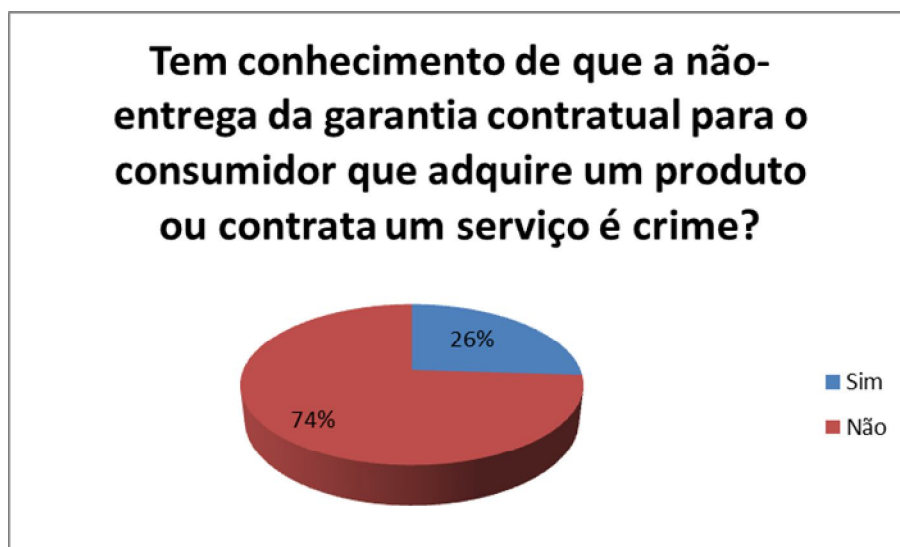


GRÁFICO 33



GRÁFICO 34

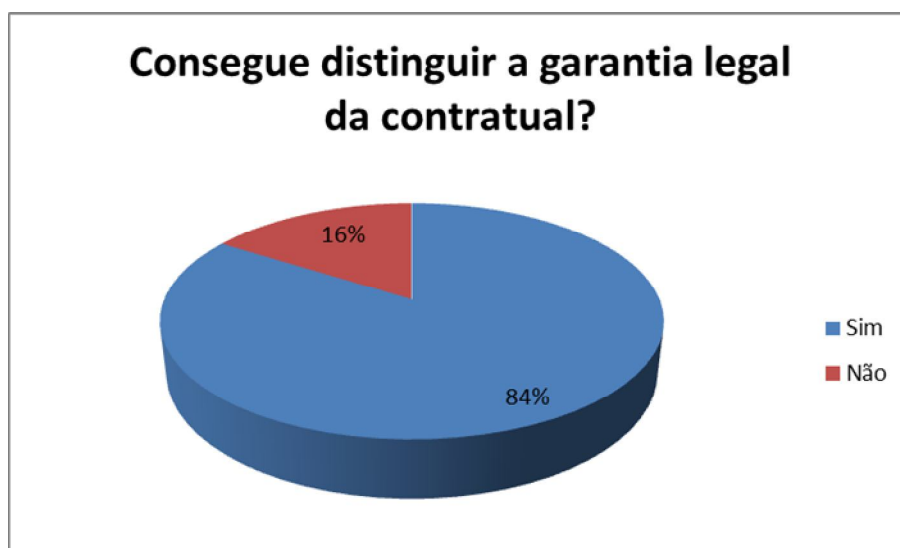


GRÁFICO 35

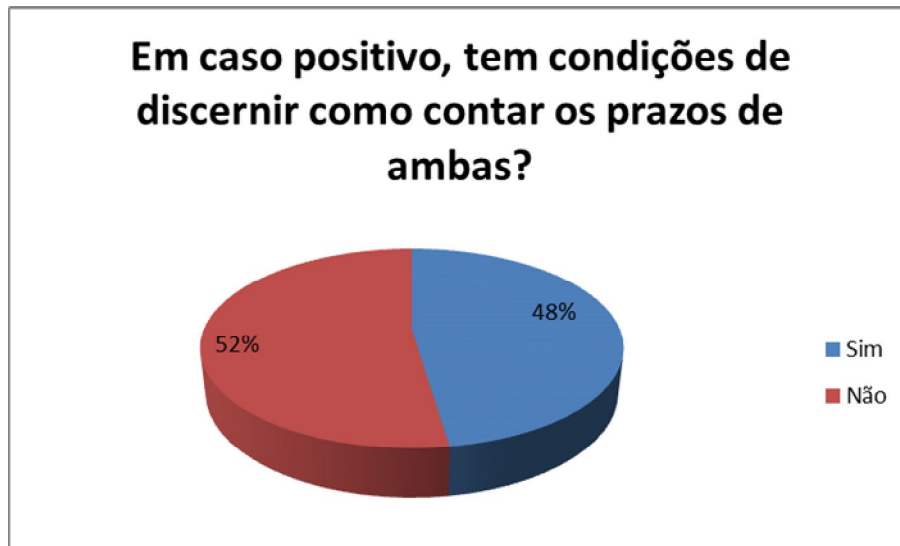
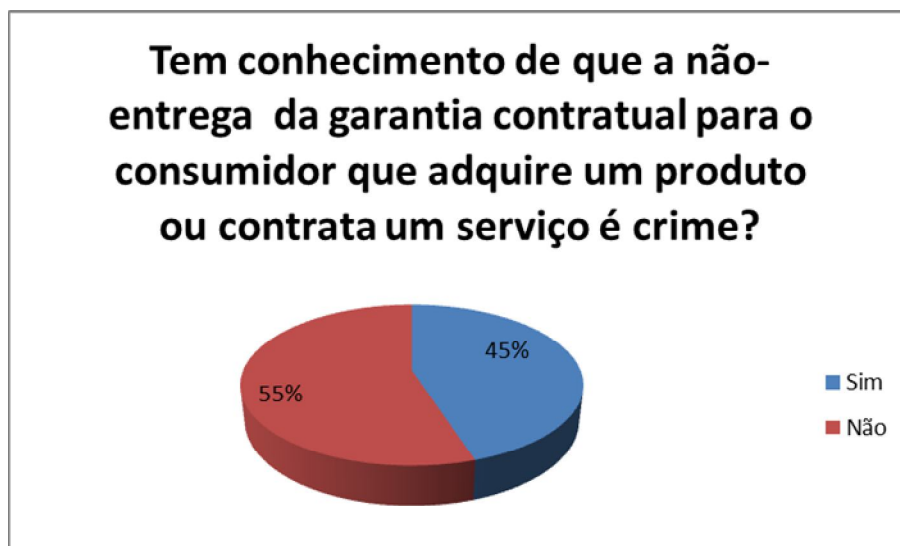


GRÁFICO 36





PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFBA

DISCIPLINA: Pesquisa Orientada

DOUTORANDA: Joseane Suzart Lopes da Silva

PROJETO DE TESE: “A GARANTIA DOS BENS DE CONSUMO E AS LACUNAS SOBRE INFORMAÇÕES ESSENCIAIS”

ORIENTADOR: Prof. Dr. Paulo Bezerra

ENTREVISTA

I – Identificação do profissional da área jurídica:

1. Atividade exercida
 Magistrado
 Membro Ministério Público
 Defensor Público
 Advogado
 Outros
2. Atuação na área consumerista
 Sim Às vezes
 Não

II – Conhecimento do CDC

1. Cursou a Disciplina Direito das Relações de Consumo
 Sim Não
2. Em caso positivo, qual foi a Instituição de Ensino Superior?

- 2.1. Em que ano? _____
3. Em caso negativo, já leu o CDC?
 Sim Apenas trechos
 Não
4. Nas relações de consumo, aplica-se também o NCC?
 Sim Não
5. Conhece a teoria dos “diálogo das fontes”?
 Sim Não
6. Considera que a disciplina Relações de Consumo deveria ser obrigatória nas Instituições Superiores?
 Sim Não
7. Em caso negativo, por qual razão?
 Aplicação apenas Outros (especificar) _____
do NCC

IV – Informações referentes às garantias dos bens de consumo:

1. Todo bem de consumo tem que ter uma garantia?
 Sim Não
 2. Sabe em que consiste a garantia legal?
 Sim Não
 - 2.1. Em caso positivo, a partir de quando começa a fluir a garantia legal?
 Sim Não
 3. Consegue distinguir a garantia legal da contratual?
 Sim Não
 - 3.1. Em caso positivo, tem condições de discernir como contar os prazos de ambas?
 Sim Não
 4. Sabe o que fazer em caso de um defeito aparecer após ter expirado o prazo da garantia contratual (aquela que é entregue pelo fornecedor ao consumidor) na compra de um produto ou na contratação de um serviço?
 Sim Não
 5. Tem conhecimento de que a não-entrega da garantia contratual para o consumidor que adquire um produto ou contrata um serviço constitui crime?
 Sim Não
 6. Sem a garantia ou sem a nota fiscal em mãos ainda há o direito?
 Sim Não
 7. Sabe o que é garantia estendida?
 Sim Não
 - 7.1. Já comprou algum produto com essa garantia?
 Sim Não
- V – CASOS CONCRETOS**
1. Já teve algum problema de consumo?
 Sim Não
 2. Procurou algum órgão/entidade para resolvê-lo?
 Sim Não

2.1. Em caso negativo, pretende acrescentar esse produto/serviço às suas ofertas?

Sim Não

2.2. Em caso positivo, presta informações para o consumidor sobre em que consiste a dita garantia?

Sim Não

2.3. Além da garantia estendida é oferecido seguro?

Sim Não

2.4. Em qualquer caso, há alguma vinculação ao fornecedor (só há garantia estendida se o fornecedor também a oferecer)?

Sim Não

2.5. Os descontos na compra do produto são fornecidos apenas se houver aquisição também da garantia estendida?

Sim Não

2.6. O consumidor é efetivamente esclarecido sobre o que está sendo comprado (seguro/garantia estendida e abrangência de ambos)?

Sim Não

3. Tem conhecimento sobre a existência da garantia legal dos produtos e serviços prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor?

Sim Não

3.1. Em caso positivo, orienta os consumidores sobre a existência da garantia legal?

Sim Não

4. Expirado o prazo da garantia contratual, vindo o consumidor a alegar a ocorrência de defeito no produto ou serviço, o mesmo terá algum direito à reclamação?

Sim Não

5. A empresa na qual trabalha realiza alguma espécie de treinamento com o entrevistado para que preste esclarecimentos sobre a garantia dos produtos e serviços?

Sim Não

6. Tem conhecimento de que a não-entrega da garantia contratual para o consumidor que adquire um produto ou contrata um serviço constitui crime?

Sim Não



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFBA

DISCIPLINA: Pesquisa Orientada

DOUTORANDA: Joseane Suzart Lopes da Silva

PROJETO DE TESE: “A GARANTIA DOS BENS DE CONSUMO E AS LACUNAS SOBRE INFORMAÇÕES ESSENCIAIS”

ORIENTADOR: Prof. Dr. Paulo Bezerra

FORMULÁRIO

I – Identificação do produto ou serviço:

1. Tipo do produto ou serviço:

- Eletrodoméstico Eletrônico
 Joias Serviços
 Outros

II – Aspectos gráficos analisados:

1. O corpo da letra adotada apresenta-se igual ou superior ao tamanho 12?

- Sim Não

2. A parte referente à garantia encontra-se registrada mediante alguma forma de destaque (negrito, sublinhado, caixa alta, etc.):

- Sim Não

III - Aspectos referentes à garantia contratual:

1. Prazo concedido:

- Inferior a 3 meses 3 meses
 Superior a 3 meses

2. Há a previsão de prazo legal para o consumidor reclamar dos vícios aparentes?

- Sim Não

IV – Aspectos concernentes à garantia legal:

1. Existem informações sobre tal garantia?

- Sim Não

2. Em caso positivo, há registro sobre os prazos para a formalização de reclamação em face de vícios aparentes?

- Sim Não

2.1. E quanto aos vícios ocultos, existem informações sobre o prazo para que sejam reclamados?

- Sim Não

FORMULÁRIO

I – Identificação do produto ou serviço:

1. Tipo do produto ou serviço:

- Eletrodoméstico Eletrônico
 Joias Serviços
 Outros

II – Aspectos gráficos analisados:

1. O corpo da letra adotada apresenta-se igual ou superior ao tamanho 12?

- Sim Não

2. A parte referente à garantia encontra-se registrada mediante alguma forma de destaque (negrito, sublinhado, caixa alta, etc.):

- Sim Não

III - Aspectos referentes à garantia contratual:

1. Prazo concedido:

- Inferior a 3 meses 3 meses
 Superior a 3 meses

2. Há a previsão de prazo legal para o consumidor reclamar dos vícios aparentes?

- Sim Não

IV – Aspectos concernentes à garantia legal:

1. Existem informações sobre tal garantia?

- Sim Não

2. Em caso positivo, há registro sobre os prazos para a formalização de reclamação em face de vícios aparentes?

- Sim Não

2.1. E quanto aos vícios ocultos, existem informações sobre o prazo para que sejam reclamados?

- Sim Não



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS JURÍDICAS – CEPEJ
GRUPO: “GARANTIAS LEGAL E CONTRATUAL DOS BENS DE CONSUMO”

DOUTORANDA: Joseane Suzart Lopes da Silva
ORIENTADOR: Prof. Dr. Paulo Bezerra

QUESTIONÁRIO/CONSUMIDOR

I – Identificação do consumidor:

1. Escolaridade/grau instrução (completo ou não):

Superior Ensino Médio Ensino Fundamental

2. Profissional ou acadêmico da área jurídica:

Sim Não

II – Conhecimento da Lei n. 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor):

1. Leitura do CDC (ou de trecho):

Sim Não

2. Contato com palestra, seminário, etc, sobre os direitos do consumidor:

Sim Não

3. Análise de cartilha sobre o CDC:

Sim Não

4. Na (s) instituição (ões) de ensino que frequenta (ou), existe (ia), disciplinas sobre os direitos básicos do consumidor? Sim Não

III – Defeitos (vícios) dos produtos e dos serviços:

1. Tem conhecimento do que consiste defeito aparente dos produtos e serviços?

Sim Não

2. Em caso positivo, tem noção sobre os prazos para a formalização de reclamação em face de tais defeitos? Sim Não

3. Consegue precisar em que consistem os vícios ocultos dos produtos e serviços?

Sim Não

4. Em caso positivo, tem noção sobre os prazos para a reclamação diante dos vícios ocultos? Sim Não

5. Tem concepção sobre em que consiste a vida útil dos bens de consumo?

Sim Não

IV – As Garantias e os Bens de Consumo:

1. Todo bem de consumo tem que ter uma garantia? () Sim () Não

2. Sabe em que consiste a garantia legal?

() Sim () Não

3. Em caso positivo, a partir de quando começa a fluir a garantia legal?

() Sim () Não

4. Consegue distinguir a garantia legal da contratual? () Sim () Não

5. Em caso positivo, tem condições de discernir como contar os prazos de ambas?

() Sim () Não

6. Sabe o que fazer em caso de um defeito aparecer após ter expirado o prazo da garantia contratual (aquela que é entregue pelo fornecedor ao consumidor) na compra de um produto ou na contratação de um serviço?

() Sim () Não

7. Tem conhecimento de que a não-entrega da garantia contratual para o consumidor que adquire um produto ou contrata um serviço constitui crime?

() Sim () Não