

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ALEXANDRE JOSÉ GUIMARÃES

A TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR PELO ESTADO
COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Vitória

2009

ALEXANDRE JOSÉ GUIMARÃES

**A TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR PELO ESTADO
COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite

Vitória

2009

ALEXANDRE JOSÉ GUIMARÃES

**A TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR PELO ESTADO
COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Carlos Henrique Bezerra leite
Orientador

Prof. Dr. Daury César Fabríz

Prof. Dr. Hector Valverde Santana

Vitória, 15 de junho de 2009.

À minha avó Irma, musicista, mulher exemplar que dedicou sua vida a família e partiu precocemente durante a realização deste curso.

Aos meus pais pelo amor, pelos exemplos, pelos sacrifícios, pela coragem.

A Alexandre Bräumer, meu filho adolescente, que plantou em meu espírito a esperança de futuro e a vontade inquebrantável de nunca desistir.

À Edelweiss, esposa, amiga, médica que admiro pela abnegação e amor dedicados a preservação da dignidade humana e que a cada dia com seus exemplos renova a chama que me move.

A Davi, filho em gestação que reacendeu a certeza de que a família é a consagração da vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador que por meio de seu comprometimento com a defesa dos interesses metaindividuais me despertou o interesse pelo tema.

Aos professores do curso de mestrado se destacaram pelo saber, pela competência, pelo compromisso, pela dedicação e, sobretudo, pelo espírito humano.

Aos professores que compuseram minha banca de qualificação pelas valiosas informações e sugestões.

Aos membros da banca que prontamente aceitaram o convite de participar de minha defesa enriquecendo meu trabalho e contribuindo imensamente com o meu crescimento.

A FDV pelo pioneirismo, por trazer para o Espírito Santo o curso de mestrado em direitos fundamentais sem descurar do compromisso com a excelência do ensino e, sobretudo, com os reflexos sociais esperados da academia.

Ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo, ao Colégio de Procuradores de Justiça e ao Conselho Superior do Ministério Público.

Aos amigos queridos que contribuíram com suas sugestões e emprestaram sua força e carinho nas horas difíceis.

RESUMO

A dissertação visa estabelecer o mecanismo pelo qual o Estado protegerá judicialmente o consumidor brasileiro e assim materializar o disposto no inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal. Ampla pesquisa bibliográfica foi utilizada para a construção do texto, utilizando-se o método dedutivo para fixação das conclusões. O texto foi dividido em sete capítulos: 1) histórico da defesa do consumidor; 2) defesa do consumidor como direito fundamental; 3) relação de consumo; 4) responsabilidade civil nas relações de consumo; 5) as relações contratuais no Código de Defesa do Consumidor; 6) das ações coletivas. A preocupação inicial foi a de corretamente delinear a defesa do consumidor historicamente para então compreendê-la como direito fundamental na Constituição brasileira e em Constituições européias e americanas. Em seguida a relação de consumo foi cuidadosamente analisada e para a elaboração de seu conceito foram estudadas as definições de consumidor, fornecedor, produto e serviço. Procurou-se evidenciar as divergências de natureza doutrinária e jurisprudencial com o escopo de demonstrar a difícil tarefa da promoção da defesa do consumidor pelo Estado. A responsabilidade civil e as relações contratuais foram trazidas a análise a fim de permitir a contraposição entre as relações privadas e os direitos fundamentais e, sobretudo, dar os contornos da defesa judicial do consumidor pelo Estado. No sexto capítulo as ações coletivas foram estudadas a fim de se demonstrar que são o único instrumento de que dispõe o Estado para a defesa judicial dos interesses do consumidor. Passou-se em seguida à conclusão.

Palavras-chave: Defesa do consumidor. Direito fundamental. Estado. Proteção. Ação coletiva.

ABSTRACT

The objective of this paper is to set the mechanism by which the state will judicially protect the Brazilian consumer, and this way put into power what is stated in the 5th Article Item XXXII of the Brazilian Federal Constitution. A wide bibliographic research was used for the preparation of the text, applying the deductive method for the achievement of the conclusions. The text was divided into six chapters, as follows: 1) history of the consumer's defense; 2) consumer's defense as a fundamental right; 3) consumption relationship; 4) civil responsibility of the consumption relationship; 5) contractual relationship in the Consumer's Defense Code; 6) about the collective acts. The initial concern was to correctly outline the consumer's defense historically so as to further understand it as a fundamental right in the Brazilian Federal Constitution as well as in the European and American Constitutions. After that, the consumption relationship was thoroughly analyzed, and the definitions of the consumer, supplier, product and service were studied aiming at the elaboration of the concept of such relationship. This paper tries to put into evidence the divergences of doctrinal and jurisprudential natures, with the purpose of showing how difficult it is for the state to make the consumer's defense. The civil responsibility and the contractual relationships were brought to analysis in order to put private relationships in the light of the fundamental rights, most importantly to outline the consumer judicial defense by the state. In the sixth topic, the joint acts were studied in order to show that they are the only instrument that the state has to make the judicial defense of the consumer's interests. The conclusion follows.

Keywords: Consumer's defense. Fundamental right. State. Protection. Class action.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas

art. - artigo

ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CC - Código Civil (lei 10.406/2002)

CCOM - Código Comercial

CDC - Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90)

Cf. - Confira, confronte

CF - Constituição Federal

D.O. - Diário Oficial

DJ.- Diário da Justiça

Dr. - Doutor

ed. - edição

Inc. - inciso

loc. cit. - loco citato

nº. - número

ONU - Organização das Nações Unidas

op. cit. - opere citato

Org. - Organização.

p. - página

Prof. - professor

Rel. - Relator

REsp. - Recurso Especial

Segs. - seguintes

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

t. - tomo

tít. - título

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	5
INTRODUÇÃO.....	11
1. HISTÓRICO DA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	14
1.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR	14
1.2 TEORIAS APLICÁVEIS AO CONCEITO DE CONSUMIDOR	15
1.3 O ESTADO E O DIREITO DO CONSUMIDOR	17
1.4 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	20
2. A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL	23
2.1 FORMULAÇÃO DE POLÍTICA EFETIVA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR COMO OBRIGAÇÃO DOS ESTADOS FILIADOS A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS	26
2.2 A PROMOÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR PELO ESTADO.....	28
2.3 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO REGEDOR DA ATIVIDADE ECONÔMICA.....	29
2.4 O DIREITO DO CONSUMIDOR VISTO NAS CONSTITUIÇÕES DA ARGENTINA, COLÔMBIA, EQUADOR, PARAGUAI, PERU, COSTA RICA, EL SAVADOR, GUATEMALA, HONDURAS, MÉXICO, PORTUGAL E ESPANHA.....	30
2.4.1 Constituição Argentina.....	31
2.4.2 Constituição da Colômbia	31
2.4.3 Constituição do Equador.....	32
2.4.4 Constituição do Paraguai	33
2.4.5 Constituição do Peru.....	34
2.4.6 Constituição da Costa Rica	34
2.4.7 Constituição de El Salvador.....	35
2.4.8 Constituição da Guatemala.....	36

2.4.9 Constituição de Honduras.....	37
2.4.10 Constituição do México	38
2.4.11 Constituição de Portugal.....	39
2.4.12 Constituição da Espanha.....	41
3. RELAÇÃO DE CONSUMO	43
3.1 CONCEITOS	43
3.1.1 Conceito de relação de consumo.....	43
3.1.2 Conceito de consumidor	45
3.1.3 Conceito de fornecedor.....	50
3.1.4 Conceito de produto.....	53
3.1.5 Conceito de serviço	54
3.2 PRÁTICAS EMPRESARIAIS	58
3.2.1 Conceito.....	60
3.2.2 Práticas abusivas.....	61
4. RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	64
4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	64
4.1.1 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço	66
4.1.2 Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço.....	71
4.1.3 Dano moral	72
5. AS RELAÇÕES CONTRATUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	75
5.1. CONTRATO	75
5.1.1 Conceito.....	75
5.1.2 Os contratos nas relações de consumo	76
5.1.3 O consumidor nos contratos de consumo	79
6. DAS AÇÕES COLETIVAS	81
6.1 HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS	81

6.2 AÇÕES COLETIVAS COMO INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	81
6.3 AÇÕES COLETIVAS COMO INSTRUMENTOS DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO	82
6.4 AÇÕES COLETIVAS COMO GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	88
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	95

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira, a exemplo do que fizeram diversos países na América e Europa, como se verá neste trabalho, positivou a defesa do consumidor pelo Estado como direito fundamental e a inseriu como princípio da ordem econômica, visando a harmonização da livre iniciativa com a dignidade da pessoa humana, considerada superprincípio constitucional em face de permear todos os demais. Apesar do avanço verificado com a tutela dos destinatários da cadeia produtiva, a Constituição brasileira é acanhada, principalmente no que se refere aos mecanismos de tutela coletiva do consumidor pelo Estado, pois a massificação do consumo, a globalização da economia, a concentração empresarial, o fortalecimento dos exercedores de atividades econômicas e as dificuldades de acesso individual à justiça colocam todas as pessoas em potencial, físicas e jurídicas e as integradas em sociedades de fato, em situação de desvantagem em face dos agentes econômicos responsáveis pela produção e circulação de bens e serviços.

A hipossuficiência dos consumidores no cenário econômico mundial e interno impõe aos Estados a adoção de mecanismos de tutela que não se restrinjam a mera declaração de direitos no plano constitucional e sejam materializados ou tornados efetivos, de forma a garantir o equilíbrio de forças entre produtores e consumidores colimando uma existência digna e a conjugação da livre iniciativa com a dignidade da pessoa humana, com a tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Diante desse quadro e da timidez normativa do legislador constituinte pátrio surge o seguinte problema a ser respondido nesta dissertação: “Como o Estado brasileiro tutelará o direito fundamental de defesa do consumidor?” A resposta tomará como hipóteses: a) o fato de que a defesa do consumidor se insere na categoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais de terceira dimensão; e, b) que a tutela dos direitos metaindividuais deve ser coletiva. Adotou-se na formulação das conclusões o método dedutivo que tem como esboço ampla pesquisa bibliográfica.

Dimensionado o problema e as hipóteses que conduzem à sua solução o presente trabalho foi dividido em seis capítulos, a saber: 1) histórico da defesa do consumidor; 2) a defesa do consumidor como direito fundamental; 3) relação de consumo; 4) responsabilidade civil nas

relações de consumo; 5) as relações contratuais no código de defesa do consumidor; 6) das ações coletivas.

O primeiro capítulo, histórico da defesa do consumidor, foi dividido em quatro seções: 1) evolução do direito do consumidor; 2) teorias aplicáveis à defesa do consumidor; 3) o Estado e o direito do consumidor; 4) princípios informadores do direito do consumidor. Neste capítulo se procurou demonstrar o surgimento do direito do consumidor na história e a necessidade específica de sua proteção pelo Estado, já que diante do processo de evolução histórica não se poderia permitir a defesa individual dos direitos relativos às relações de consumo. O segundo capítulo, a defesa do consumidor como direito fundamental, foi organizado em quatro seções e subseções: 1) formulação de política efetiva de proteção ao consumidor como obrigação dos Estados filiados a organização das nações unidas ; 2) a promoção da defesa do consumidor pelo Estado ; 3) a defesa do consumidor como princípio regeedor da atividade econômica; 4) o direito do consumidor visto nas Constituições da Argentina, Colômbia, Equador, Paraguai, Perú, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Portugal e Espanha. Nele se o autor estabelece a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais e demonstra que documentos e normas internacionais, em especial as baixadas pela Organização das Nações Unidas, elevaram o direito do consumidor a categoria de direito humano de terceira dimensão. A adoção pelos ordenamentos constitucionais internos convola esse direito humano em direito fundamental e obriga o Estado a sua proteção coletiva. Há a preocupação, ainda, de analisar a defesa do consumidor como princípio regeedor da ordem econômica, forte indicativo de que o Estado deve interferir na atividade econômica a fim de compatibilizar a dignidade da pessoa humana e o crescimento econômico. Foram trazidas ao bojo deste estudo Constituições Americanas e Européias a fim de demonstrar a adoção pela ordem interna dos países da tutela coletiva do consumidor. O capítulo três, relação de consumo, foi dividido em duas seções e subseções: 1) conceitos; 2) práticas empresariais. Procurou-se delimitar os conceitos contidos na legislação ordinária reguladora das relações de consumo e demonstrar as práticas empresariais consideradas normais e abusivas existentes no Brasil. As duas seções e suas subseções se mostraram imprescindíveis para dar o correto encaminhamento das hipóteses destinadas a solucionar o problema apresentado, mormente em razão de estabelecerem as premissas que permitirão a proteção dos direitos do consumidor pelo Estado. O capítulo quatro, responsabilidade civil nas relações de consumo, contém uma seção e três subseções e delinea

os mecanismos de reparação patrimonial e moral presentes no ordenamento jurídico e que são indissociáveis da efetividade do direito fundamental de defesa do consumidor. No capítulo cinco, as relações contratuais no código de defesa do consumidor, organizado em uma seção e três subseções, se procura conceituar a matéria relativa aos contratos de consumo e sua atipicidade em face da teoria contratual clássica e indicar as justificativas da intervenção do Estado no domínio das relações privadas. O capítulo seis, das ações coletivas, foi estruturado em quatro seções: 1) histórico das ações coletivas; 2) ações coletivas como instrumentos de proteção aos direitos e garantias fundamentais; 3) ações coletivas como instrumentos de acesso ao Poder Judiciário; 4) ações coletivas como garantia da razoável duração do processo. Nele o autor procura demonstrar que as ações coletivas são os instrumentos de tutela do direito do consumidor pelo Estado. Mais: que as ações coletivas asseguram o amplo acesso à Justiça e permitem que ações destinadas ao malbaratamento dos direitos constitucionalmente assegurados sejam inibidas, principalmente pelos efeitos *erga omnes* das decisões nela proferidas. Ao final são demonstradas as conclusões do autor e proposta a solução para o problema apresentado exordialmente.

1. HISTÓRICO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

1.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor tem sua origem histórica em fenômenos recentes, apesar de várias asserções doutrinárias fazerem remissões a textos muito antigos, como o Código de Hammurabi.

Sem romper com a boa e fecunda construção doutrinária, procurar-se-á destacar nesta seção a transformação de regras de proteção de credores e devedores, de natureza individual, em normas de tutela coletiva de consumo, mais eficazes diante do fenômeno da globalização e, principalmente, de massificação da produção e do consumo.

O direito do consumidor, segundo entendimento doutrinário, conquanto seja um novo ramo do direito e destinado a tutela dos direitos humanos de terceira dimensão, finca suas raízes nos seguintes textos: a) Código de Hammurabi, escrito há cerca de quatro mil anos; b) no Código de Manu, escrito no século VIII a.C.; e, c) na Constituição de Atenas, de Aristóteles.¹ Para essa corrente doutrinária, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil adotaram os princípios enunciados por Ulpiano “ao definir o direito como ideário de moral e, principalmente, de Justiça (i. e., ‘*Ius est ars boni et aequi*’)²”.

Há quem diga que as origens históricas do direito do consumidor serão encontradas nas *emptio venditio*, na *actio redibitória*, na *actio estimatoria*, por se destinarem à proteção de hipossuficientes jurídicos, e que na Idade Média os mecanismos de controle e fiscalização instituídos pelas Corporações de Mercadores demonstram inequivocamente o estabelecimento de princípios hoje adotados pela legislação “consumerista” e, sobretudo, nas constituições de muitos países³. A Revolução Industrial tem sido utilizada para referenciar um marco histórico para o desenvolvimento da tutela do consumidor como direito fundamental⁴.

¹ Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

² FILOMENO, op. cit., p. 5.

³ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 8-9.

A tutela do consumidor, contudo, é moderna e encontrará seus reais fundamentos no final do século XIX, nos movimentos ocorridos nos Estados Unidos, especialmente nos “movimentos dos frigoríficos de Chicago⁵.” Parece indubitável que o *Sherman Act*, de 1890, que regulava a ordem econômica e a defesa da concorrência naquele país, é o principal referencial normativo da tutela dos direitos do consumidor⁶.

Não se deve olvidar que a Organização das Nações Unidas, por meio da resolução n. 39/248, estabeleceu os direitos básicos do consumidor e permitiu sua inclusão no rol de direitos fundamentais das constituições de diversos países, inclusive a Magna Carta brasileira de 1988. A norma mencionada é, sem dúvida, o marco da convação dos direitos do consumidor de direitos humanos em direitos fundamentais⁷.

1.2 TEORIAS APLICÁVEIS AO CONCEITO DE CONSUMIDOR

Duas são as teorias a explicar o conceito de consumidor no ordenamento jurídico: a teoria finalista e a teoria maximalista.

Para a teoria finalista o consumidor somente assim se qualifica se adquire bens ou serviços para seu uso pessoal ou de sua família. A interpretação finalista “restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável⁸.”

Os finalistas encontraram na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁹, acolhimento para sua doutrina, com algumas alterações. Claudia Lima Marques salienta que¹⁰:

⁴ Cf. BITTAR, op. cit., p. 9.

⁵ FILOMENO, op. cit. p. 7.

⁶ Cf. NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

⁷ A análise da diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais será feita na seção 2.2.

⁸ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 84.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 95.519 (2007/0290797-4), 2ª Seção, Brasília, DF, DJ: 04 de março de 2009. No mesmo sentido: REsp 541.867/BA.

¹⁰ MARQUES, op. cit., p. 85.

[...] desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova entre a jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar finalismo aprofundado. Observando-se o conjunto de decisões de 2003, 2004 e 2005, parece-me que o STJ apresenta-se efetivamente mais “finalista” e executando uma interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém mais finalista e objetiva quanto a atividade ou o papel do fornecedor. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto; de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma mais diferenciadas. Em casos envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente.

A teoria maximalista, por seu turno, considera consumidor qualquer agente, pouco importando se pessoa física ou jurídica, profissional ou não. Basta para a qualificação a aquisição ou utilização de produto ou serviço como destinatário final, tal qual estampado no art. 2º da Lei 8.078/90¹¹. Os maximalistas “Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço¹².”

Hélio Zaghetto Gama¹³ entende que o ordenamento brasileiro adotou a teoria finalista e afastou as influências do que considera “deturpações do sistema capitalista americano¹⁴”.

Para o referido autor a teoria maximalista:

[...] na realidade restringe o conceito de “consumidor” à pessoa que esteja posicionada em condição de vulnerabilidade no mercado. Perante o sistema jurídico brasileiro, a “Teoria Maximalista” soa ultrapassada, eis que o nosso Direito Positivo só admite a “Teoria Finalista”.¹⁵

¹¹ Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹² MARQUES, op. cit., p. 84.

¹³ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev. e atual. Rio Janeiro: Forense, 2006, p. 9-10.

¹⁴ Op. cit., p. 10.

¹⁵ GAMA, op. cit., p. 9-10.

José Geraldo de Brito Filomeno¹⁶ demonstra irresignação com os chamados “maximalistas” e afirma que a ampliação do conceito de consumidor colide com os princípios adotados pelo “microssistema jurídico” de que se reveste a Lei 8.078/90¹⁷.

João Batista de Almeida¹⁸ entende equivocado o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria finalista. Pondera que o legislador inseriu no conceito de consumidor pessoas físicas e jurídicas sem qualquer condicionante. Isto demonstra, segundo o autor citado, que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria maximalista.

Ronaldo Alves de Andrade¹⁹ entende que a discussão deveria ter como parâmetros as disposições constitucionais sobre o tema. Pondera que a Constituição Federal ao inserir no capítulo dos direitos e garantias fundamentais a promoção da defesa do consumidor pelo Estado, tem a pessoa física como destinatária de sua proteção. Admite, contudo, que a pessoa jurídica possa albergar a proteção estatal, desde que a aquisição de produtos ou serviços não se destine ao uso profissional.

A teoria finalista parece a mais consentânea com a tutela dos direitos do consumidor. A legislação brasileira²⁰ deixa claro que o consumidor pode ser pessoa física, pessoa jurídica e até coletividade de pessoas, determinável ou indeterminável, desde que destinatárias finais de produtos ou serviços. Evidentemente que não se pode inserir no rol de consumidores as pessoas e coletividades que não adquiram ou utilizem como destinatárias finais produtos ou serviços. A atividade de mediação, própria daqueles que não sejam destinatários finais, é considerada atividade de fornecimento pelo Código de Defesa do Consumidor²¹.

1.3 O ESTADO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal inseriu a defesa estatal do consumidor dentre os direitos fundamentais, dispondo no inciso XXXII do art. 5º que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Mais além, no inc. V do art. 170 dispôs que a ordem econômica tem como

¹⁶ Op. cit., p. 25.

¹⁷ Op. cit., p. 25.

¹⁸ ALMEIDA, João Batista. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38-39.

¹⁹ ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 18.

²⁰ Art. 2º do CDC.

²¹ Art. 3º do CDC.

fundamento a defesa do consumidor e no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina a elaboração de lei que regulamente as disposições relativas à defesa do consumidor.

O legislador constituinte foi tímido ao positivizar a tutela do consumidor, pois em apenas duas disposições constitucionais se ocupou do tema²². Preferível seria se ao dispor sobre a tutela do consumidor o legislador informasse os mecanismos de defesa de forma a tornar indubitosa a regulamentação pelo legislador ordinário. No capítulo 2, seção 2.4, se pode verificar que outras constituições foram mais eficazes na positivação do direito do consumidor, estabelecendo direitos relacionados a educação para o consumo, a defesa da concorrência contra toda forma de distorção dos mercados, controle dos monopólios naturais e legais, a qualidade e eficiência dos serviços públicos e a necessidade de constituição de associações de consumidores. Impõem ainda, ao legislador ordinário, a obrigatoriedade do estabelecimento de procedimentos eficazes para a prevenção e solução de conflitos.

Apesar da timidez normativa do legislador constituinte originário a positivação em norma constitucional da tutela do consumidor pelo Estado é um marco jurídico de reconhecimento da necessidade de proteção específica dos que, no modelo capitalista, são responsáveis pela circulação de riquezas e vítimas de práticas abusivas, principalmente de caráter publicitário, que espolia e manietta a vontade das pessoas. A tutela dos direitos humanos positivados ou fundamentais, principalmente os de terceira dimensão, é fundamental para o equilíbrio de forças entre os agentes econômicos e a sociedade de consumo, de modo a garantir a dignidade da pessoa humana, com respeito aos direitos de informação, de escolha, de segurança, de qualidade e sobretudo do direito à vida. A inserção da defesa do consumidor no título reservado aos direitos e garantias fundamentais é uma tendência mundial, como se pode ver das constituições enumeradas no capítulo 2, e advém da noção de que a liberdade de mercado está diretamente vinculada a atuação do Estado, mormente no que se refere ao controle do abuso do poder econômico e à defesa do consumidor²³.

²² Inc. XXXII do art. 5º e inc. V do art. 170 da CF.

²³ GAMA, op. cit., p. 13-14.

Pablo Jimenez Serrano²⁴ ao discorrer sobre o tema assevera o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, regulou as disposições constitucionais sobre o direito do consumidor e deu ênfase a ordem pública e ao interesse social como elementos vinculantes das normas de proteção e defesa do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, ao regular o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, adotou princípios e garantias constitucionais e assim sua vulneração implica a violação de dispositivos constitucionais. Destaca-se dentre os princípios tutelados pela legislação de defesa do consumidor o da dignidade da pessoa humana, que como se verá adiante permeia os direitos considerados fundamentais.

Rizzatto Nunes procura demonstrar que o texto constitucional contém diversas disposições princípios que norteiam a tutela dos direitos fundamentais que as lacunas deixadas pelo legislador constituinte foram preenchidas no CDC, que torna

Com efeito, o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre estes destacam-se os Princípios Fundamentais da República, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais.

Assim, e conforme já apontamos, à frente de todos está o superprincípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), como especial luz a imantar todos os demais princípios e normas constitucionais e apresentando-se a estes como limite intransponível e, claro, a toda e qualquer norma de hierarquia inferior.

A seguir, no texto constitucional estão os demais princípios e garantias fundamentais que são reconhecidos no CDC e que aqui lembramos: o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput* e inciso I); a garantia da imagem, da honra, da privacidade, da intimidade, da propriedade e da indenização por violação a tais direitos de modo material e também por dano moral (CF, art. 5º, V, c/c, os incisos X e XXII); ligado à dignidade e demais garantias está o piso vital mínimo insculpido como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à maternidade etc. (CF, art. 6º); e unidos a todos esses direitos está o da prestação de serviços públicos essenciais com eficiência, publicidade, impessoalidade e moralidade (CF, art. 37, *caput*).²⁵

Percebe-se que o acanhamento do legislador constituinte originário é compensado pela possibilidade conferida ao legislador ordinário de regulamentar a matéria e dispor sobre a forma de atuação estatal na defesa dos direitos do consumidor. A adoção de princípios constitucionais pela legislação ordinária produziu um poderoso instrumento para que o Estado

²⁴ SERRANO, Pablo Jiménez. **Introdução ao direito do consumidor**. São Paulo: Manole, 2003, p. 41.

²⁵ NUNES, op. cit., p. 66.

possa de fato tutelar coletivamente o consumidor e tornar efetivo o direito fundamental insculpido no inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal. Esse inegável avanço parece suprir, repise-se, as lacunas deixadas no texto constitucional e permitir a sinergia de ações entre os entes federados e a sociedade civil organizada²⁶.

1.4 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O legislador ordinário, na forma do disposto no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao regulamentar o inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal, adotou vários princípios destinados à proteção integral do consumidor, como se vê do art. 4º da Lei nº 8.078/90²⁷.

²⁶ Cf. inc. II do art. 4º c/c o art. 105 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

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

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

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

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

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

[...]

“Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa ao Consumidor - SNDC os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.”

²⁷“Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

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

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

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

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

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Do citado dispositivo legal se extraem os seguintes princípios: a) vulnerabilidade do consumidor; b) proteção efetiva do consumidor; c) harmonização dos interesses do consumidor e do fornecedor no mercado de consumo; d) educação e informação de fornecedores e consumidores; e) controle de qualidade e segurança de produtos e serviços; f) coibição e repressão a abusos no mercado de consumo; g) racionalização e melhoria dos serviços públicos; h) estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Os princípios estabelecidos pelo Código demonstram inequivocamente que o Estado deverá interferir na atividade econômica a fim de harmonizar interesses de consumidores e fornecedores e assegurar a existência da livre iniciativa²⁸.

Toshio Mukai²⁹ ao comentar o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor considera os princípios como “elenco extenso, de intenções, sem nenhuma sanção para o descumprimento pelo Poder Público”. Mais, por considerar a sanção como pressuposto da eficácia, adjetiva os princípios de ineficazes.

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criação industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.”

²⁸ Art. 170 da CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

²⁹ OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 11-12.

A posição do autor parece equivocada. Sanção existe, pois a violação ao princípio da legalidade é considerado ato de improbidade administrativa³⁰ e os agentes públicos estão obrigados ao cumprimento da Constituição Federal e das leis. Desta forma, o agente público que descumprir o dever constitucional e legal poderá ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa e, em algumas situações, por crime de prevaricação.

Claudia Lima Marques³¹ corrobora em parte o que aqui se afirma ao esclarecer:

O art. 4º do CDC é uma norma narrativa, expressão criada por Erik Jayme para descrever estas normas renovadoras e abertas, que trazem objetivos e princípios, e evitar de chamá-las de normas-programa ou normas programáticas, que não tinham eficácia prática e por isso não eram usadas. Note-se que o art. 4º do CDC é um dos artigos mais citados deste Código, justamente porque resume todos os direitos do consumidor e sua principiologia em um só artigo valorativo e que traz os objetivos do CDC. As “normas narrativas”, como o art. 4º, são usadas para interpretar e guiar, melhor dizendo, “iluminar” todas as outras normas do microsistema. Elas aplicam-se como inspiração, guia, teleologia, indicando o caminho, o objetivo. Daí a importância do art. 4º do CDC.

Doutrinariamente se tem entendido que os princípios enumerados pelo art. 4º do Código de Defesa do Consumidor não são taxativos³², principalmente quando se considera que a defesa do consumidor é princípio inerente à ordem econômica³³.

³⁰ Lei 8.429/94, art. 11: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;
 II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
 III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
 IV - negar publicidade aos atos oficiais;
 V - frustrar a licitude de concurso público;
 VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
 VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.”

³¹ BENAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

³² ANDRADE, op. cit., p. 52.

³³ Inc. V do art. 170 da Constituição Federal.

2. A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Analisar-se-á agora a elevação da defesa do consumidor pelo Estado à categoria de direito fundamental e como tal insuscetível de supressão através de emenda constitucional, como se extrai do inc. IV do §4º do art. 60 da Constituição Federal³⁴.

Inicialmente é necessário analisar se entre direitos humanos e direitos fundamentais há diferença. Isto se deve ao uso indistinto pela doutrina de ambos os conceitos³⁵ e, em alguns casos, a sua utilização conjunta³⁶. O correto tratamento do tema é imprescindível para a exata compreensão do alcance das constituições trazidas a exame na seção 2.4 e, sobretudo, a abordagem feita no presente trabalho de que a tutela coletiva do consumidor é direito fundamental.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁷ concorda com o fato de que a distinção é necessária, pois não é unívoco o conceito de direitos fundamentais, principalmente pela variedade de expressões que geralmente os designam (direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos da pessoa humana, direitos individuais, direitos públicos subjetivos)³⁸ e afirma que:

[...] cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).

Direitos fundamentais, consoante expressivo entendimento doutrinário, são direitos humanos positivados na ordem constitucional de um determinado país³⁹. Assim os direitos fundamentais nascem e morrem com as constituições, “se manifestam como *direitos positivos*

³⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54-68.

³⁶ Cf. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

³⁷ Op. cit., p. 37.

³⁸ Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública**. São Paulo: LTr, 2001, p. 27.

³⁹ PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22-23.

*de matriz constitucional*⁴⁰.” Os direitos humanos escapam da órbita constitucional e assumem um contorno mais amplo e de difícil precisão, pois integram uma “espécie de moral jurídica universal⁴¹.”

J. J. Gomes Canotilho⁴² ao falar sobre os direitos fundamentais assevera que sua positivação tem como significado a “incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”. Sua positivação deverá ocorrer em sede de direito constitucional para assegurar os direitos do homem, suas esperanças, aspirações, ideias, impulsos. O autor é enfático: “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais⁴³.”

Jorge Miranda⁴⁴ corrobora o entendimento de J. J. Gomes Canotilho e afirma que os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material — donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*.”

Os direitos humanos, por seu turno, se referem “as posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional)⁴⁵.”

Tratar-se-á neste trabalho, em face dos argumentos anteriormente expendidos, de forma distinta os direitos humanos e os direitos fundamentais. Estes serão assim considerados como os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico constitucional; aqueles como os direitos reconhecidos em documentos internacionais e inerentes a todos os seres humanos⁴⁶.

⁴⁰ SARLET, op. cit., p. 38.

⁴¹ SARLET, op. cit., p. 38.

⁴² Op. cit., p. 353.

⁴³ Op. cit., p. 353.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000, t. IV, p. 7.

⁴⁵ SARLET, op. cit., p. 36.

⁴⁶ Cf. PINEIRO, op. cit., p. 22.

Outra questão de relevância é a de situar os direitos humanos e os direitos fundamentais em suas diversas dimensões⁴⁷ a fim de entender sua tutela individual ou coletiva numa perspectiva de acesso à justiça.

Há quem defenda a existência de cinco dimensões de direitos, sem contudo haver demonstração de seu reconhecimento em documentos e textos internacionais. Adotar-se-á nesta dissertação como válida a classificação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais em três dimensões: a) os direitos fundamentais de **primeira dimensão ou direitos civis e políticos** são marcadamente individualistas e surgiram como afirmação do indivíduo em face do Estado, como direitos de defesa ou de não intervenção do Estado na autonomia individual; b) os direitos fundamentais de **segunda dimensão** correspondem aos direitos econômicos, sociais e culturais decorrentes da industrialização e dos problemas sociais dela advindos. Doutrinariamente se destaca a natureza positiva dessa dimensão de forma a se garantir uma liberdade por intermédio do Estado⁴⁸. Costuma-se destacar que os direitos fundamentais de segunda dimensão trouxeram as chamadas liberdades sociais, que podem ser exemplificadas por meio do direito de greve e de sindicalização. Apesar de seu caráter social não há que se confundir os direitos de segunda dimensão com os direitos difusos e coletivos, pois se referem ao indivíduo; c) os direitos fundamentais de **terceira dimensão**, também denominados direitos de **fraternidade ou de solidariedade**, têm como característica maior o fato de se destinarem à proteção de grupos humanos, como direitos de titularidade difusa ou coletiva⁴⁹. Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁰ destaca que são direitos que se referem à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Salienta ainda o autor citado que a titularidade básica desses direitos é coletiva, muito frequentemente indefinida e indeterminável.

⁴⁷ Há séria controvérsia entre os autores sobre os vocábulos **gerações** e **dimensões**. Daury Cesar Fabríz, Carlos Henrique Bezerra Leite e Mauro Vasni Paroski, dentre outros, utilizam em suas obras o termo geração. Ingo Wolfgang Sarlet, J. J. Gomes Canotilho, dentre outros, optam pela palavra dimensão. Adotar-se-á neste trabalho o vocábulo dimensão, pois na esfera terminológica a palavra geração pode conduzir ao entendimento de que as gerações mais recentes conduzem a perda de relevância das mais antigas.

⁴⁸ Cf. SARLET, op. cit., p. 56.

⁴⁹ Cf. SARLET, op. cit., p. 58.

⁵⁰ Op. cit., p. 51.

No que concerne à existência de direitos fundamentais de **quarta dimensão** é necessário fazer o registro lúcido de Ingo Wolfgang Sarlet⁵¹ de que não há sua consagração no direito internacional e nas ordens constitucionais internas. Há quem sustente⁵², contudo, que os direitos de quarta geração são mero desdobramento dos direitos humanos de terceira geração, com destaque para a vida permanente e saudável na terra, “compondo os direitos intergeracionais a uma vida saudável ou a um ambiente equilibrado”. Reconhece-se, então, o direito à vida das gerações futuras e a uma existência saudável e em harmonia com a natureza e ao desenvolvimento sustentável⁵³.” Afirma-se, ainda⁵⁴, que são os direitos das mulheres, “considerando que os direitos humanos sempre foram do homem enquanto gênero opressor”. Outros entendem que os direitos de quarta geração são os alusivos a dignidade da pessoa humana, independentemente do gênero, contra os possíveis abusos do progresso tecnológico.

Os chamados direitos humanos e direitos fundamentais de **quinta dimensão** recebem a mesma crítica feita aos de quarta dimensão. São identificados como de quinta dimensão a compaixão, o cuidado e o amor por todas as formas de vida⁵⁵. Como nos direitos de quarta geração há muitas imprecisões e lacunosa previsão nos ordenamentos.

Posto isto, para efeitos de encaminhamento das premissas e conclusão desta dissertação a defesa do consumidor pelo Estado será situada dentre os direitos de terceira dimensão, pois se caracterizam como direitos metaindividuais e de defesa coletiva.

2.1 FORMULAÇÃO DE POLÍTICA EFETIVA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR COMO OBRIGAÇÃO DOS ESTADOS FILIADOS A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A Organização das Nações Unidas adotou a resolução n. 39/248, de 10 de abril de 1985, que trata sobre a proteção do consumidor e impôs aos Estados filiados a obrigação de formulação de política efetiva de proteção ao consumidor com o conseqüente desenvolvimento de infraestrutura necessária para sua implementação.

⁵¹ Op. cit., p. 60-61.

⁵² Cf. PAROSKI, op. cit., p. 120.

⁵³ PAROSKI, op. cit., p. 120.

⁵⁴ PAROSKI, op. cit., p. 121.

⁵⁵ PAROSKI, op. cit., p. 122.

A indigitada norma dispõe, dentre outras coisas, que os governos devem desenvolver, reforçar ou manter uma política firme de proteção ao consumidor e, ao fazê-lo, cada governo deve determinar suas próprias propriedades para a proteção dos consumidores, de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e as necessidades de sua população verificando os custos e benefícios das medidas propostas. As necessidades albergadas pela resolução da ONU se destinam: a) à proteção da saúde e segurança; b) ao fomento e proteção dos interesses econômicos; c) fornecimento de informações adequadas para propiciar liberdade de escolha; d) educação para o consumo; e) criação de mecanismos que garantam o real ressarcimento; f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes.

As diretrizes traçadas pela ONU por meio das normas baixas indicam preocupação mundial com a defesa do consumidor. Indicam, outrossim, a tendência de constitucionalização dos direitos do consumidor e a obrigatoriedade de sua defesa pelos Estados. Para José Geraldo Brito Filomeno⁵⁶ os esforços internacionais decorrem diretamente dos direitos humanos de terceira dimensão.

Claudia Lima Marques⁵⁷ corrobora a assertiva de José Geraldo Brito Filomeno quando afirma que a resolução das Nações Unidas “consolidou a idéia de que se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco”.

Verifica-se com a preocupação internacional que os direitos humanos sejam positivados na ordem jurídica interna de cada país a fim de garantir maior efetividade e proteção pelo Estado. A tendência parece indicar uma atuação estatal voltada a defesa dos interesses metaindividuais em face do processo de massificação do consumo e da necessidade de se garantir o núcleo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana.

⁵⁶ Op. cit., p. 6.

⁵⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit., p. 24.

2.2 A PROMOÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR PELO ESTADO

A defesa do consumidor pelo Estado decorre de seu reconhecimento como direito humano de terceira dimensão e as diretrizes internacionais traçadas por organismos internacionais a fim de que ocorra a positivação na ordem constitucional interna de cada país. Abordar-se-á a seguir a necessidade de promoção da defesa do consumidor pelo Estado.

A positivação do direito humano de defesa do consumidor e sua convação em direito fundamental não seria efetiva⁵⁸ se sua tutela não fosse realizada pelo estado, pois as relações de consumo têm natureza metaindividual, difusa ou coletiva. É necessária uma postura estatal intervencionista a fim de garantir um equilíbrio de forças que permita a existência harmônica entre fornecedores e consumidores. Mais: é preciso proteger a ordem econômica contra os abusos que resultariam no perecimento da livre iniciativa e, por conseguinte, dos direitos do consumidor.

A promoção da defesa do consumidor como direito humano ou direito fundamental de terceira dimensão exige uma atuação positiva do estado através de seus poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁵⁹, sob pena de se quedar inerte como mera declaração de direito contida na Constituição Federal. Por se tratar de direito subjetivo público geral “não só de proteção contra as atuações do estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do estado em favor dos consumidores”, segundo doutrina Cláudia Lima Marques⁶⁰.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶¹ sustentam que a proteção dos consumidores deve ser feita pelo estado, pois no caso dos interesses difusos ou coletivos há um problema básico: “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”. Lembram

⁵⁸ Há que se distinguir **efetividade** de **eficácia** para os efeitos colimados nesta dissertação. Efetividade corresponde a realização do direito ou o desempenho concreto de suas normas ou a sua materialização. A eficácia consiste na aptidão de uma norma jurídica de produzir efeitos.

⁵⁹ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 25.

⁶⁰ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 25.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.26.

que mundialmente, e no Brasil não é diferente, há um fragoroso fracasso dos juízos e tribunais de pequenas causas⁶² que não conseguem atender à demanda de consumidores insatisfeitos e, pior, não resolvem o problema em sua origem, permitindo que os agentes causadores dos danos continuem violando as leis.

Advertem os autores, contudo, que “é inadequado confiar apenas no estado para a proteção dos interesses difusos. É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental⁶³.”

A solução encontrada pelo legislador brasileiro parece estar correta na medida em que o Código de Defesa do Consumidor incumbiu órgãos públicos e privados para a tutela coletiva, como se vê, exemplificativamente, do disposto no art. 105: “Integram o Sistema Nacional de Defesa ao Consumidor - SNDC os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.”

2.3 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO REGEDOR DA ATIVIDADE ECONÔMICA

O legislador constituinte inseriu dentre os princípios da ordem econômica a defesa do consumidor⁶⁴.

O sistema econômico brasileiro encontra-se regulado pelos arts. 170 a 192 da Constituição Federal e está fundado no modo de produção capitalista. O modelo adotado é evidentemente interventivo, sem que, contudo, o capitalismo tenha sido desnaturado.

Há, como não poderia deixar de ser, um rompimento com o liberalismo absoluto que visa “evitar as opressões e injustiças econômicas que ocorrem quando o estado não atua de modo a preservar os valores humanos e o bem-estar de todos os integrantes de um sistema social⁶⁵.” A

⁶² Op. cit., p. 121-122.

⁶³ Op. cit., p. 28.

⁶⁴ Inc. V do art. 170 da Constituição Federal.

⁶⁵ ANDRADE, op. cit., p. 7-8.

atuação do estado, desta forma, reflete uma tendência de reordenar a vida econômica e social em face dos resultados danosos causados pelo liberalismo econômico⁶⁶.

Ao estabelecer limites a ordem econômica o legislador constituinte assegurou a livre iniciativa e com ela uma defesa mais efetiva do consumidor que é diretamente beneficiado pela concorrência, obtendo produtos de boa qualidade a baixos preços. Optou-se por rechaçar a noção de que “a mão invisível do mercado⁶⁷” estabelece os limites regulatórios e propicia o equilíbrio das forças econômicas.

2.4 O DIREITO DO CONSUMIDOR VISTO NAS CONSTITUIÇÕES DA ARGENTINA, COLÔMBIA, EQUADOR, PARAGUAI, PERU, COSTA RICA, EL SAVADOR, GUATEMALA, HONDURAS, MÉXICO, PORTUGAL E ESPANHA.

A análise das Constituições de alguns países da América e da Europa objetiva demonstrar a universalização da tutela do consumidor pelo Estado, nesses continentes, seja na categoria dos direitos fundamentais ou como princípio da ordem econômica. Nos países em que a proteção do consumidor não é expressa se verifica o relevo dado ao princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando uma relação de continente e conteúdo entre os dois princípios. É indubitável que o princípio da dignidade da pessoa humana parametriza todas as relações sociais, inclusive as de natureza econômica.

Ver-se-á, ainda, a harmonia das disposições constitucionais estudadas com normas de direito internacional, principalmente com a Resolução n. 39/248 da Organização das Nações Unidas.

⁶⁶ Cf. SILVA, op. cit., p. 786.

⁶⁷ SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. MetaLibri Digital Library, 2007, p. 349.[S.l.]

2.4.1 Constituição Argentina

A Constituição argentina prevê no art. 42⁶⁸, inserido no capítulo segundo que trata dos novos direitos e garantias, um rol de direitos aos consumidores de bens e serviços que incluem: a) proteção à saúde; b) segurança; c) tutela de seus interesses econômicos; d) informação adequada e veraz sobre os produtos e serviços; e) liberdade de escolha; f) tratamento equitativo e digno.

Determina, a exemplo do disposto no inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal brasileira, que o Estado e suas autoridades provejam a proteção desses direitos e promovam: a) a educação para o consumo; b) a defesa da concorrência contra toda forma de distorção; c) o controle dos monopólios naturais e legais; d) o controle de qualidade e eficiência dos serviços públicos; e) a constituição de associações de consumidores.

O legislador constituinte argentino avançou em relação ao Brasil ao determinar a inclusão na legislação infraconstitucional de procedimentos eficazes para prevenção e solução de conflitos, bem como a criação de marcos regulatórios dos serviços públicos federais, com participação das associações de consumidores das unidades federadas.

2.4.2 Constituição da Colômbia

A Constituição colombiana inseriu a proteção do consumidor no capítulo⁶⁹ destinado aos direitos coletivos e do meio ambiente e determinou no art. 78 que a qualidade de bens e

⁶⁸ “Artigo 42- Os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, a proteção de sua saúde, segurança e interesses econômicos; a uma informação adequada e veraz; a liberdade de escolha, e a condições de trato equitativo e digno.

As autoridades proverão a proteção desses direitos, a educação para o consumo, a defesa da concorrência contra toda forma de distorção dos mercados, o controle dos monopólios naturais e legais, ao controle da qualidade e eficiência dos serviços públicos, e a constituição de associações de consumidores e de usuários.

A legislação estabelecerá procedimentos eficazes para a prevenção e solução de conflitos, e os marcos regulatórios dos serviços públicos de competência nacional, prevendo a necessária participação das associações de consumidores e usuários e das províncias interessadas, nos organismos de controle.”

⁶⁹ “Artigo 78. A lei regulará o controle de qualidade de bens e serviços oferecidos e prestados a comunidade, assim como a informação que deve se subministrar ao público em sua comercialização.

Serão responsáveis, de acordo com a lei, quem na produção e na comercialização de bens e serviços, atente contra a saúde, a segurança e o adequado provisão a consumidores e usuários.

O Estado garantirá a participação das organizações de consumidores e usuários no estudo das disposições a eles concernentes. Para gozar deste direito as organizações devem ser representativas e observar os procedimentos democráticos internos”

serviços oferecidos e prestados a comunidade, bem como a informação que deverá ser prestada ao público na comercialização, seja regulada por lei.

O dispositivo constitucional dispõe ainda sobre a responsabilização de todos aqueles que na produção e na comercialização de bens e serviços atentem contra a saúde, a segurança e adequado abastecimento de bens e serviços a consumidores.

A participação da sociedade civil organizada foi prevista a elaboração dos estudos necessários a elaboração de leis que disponham sobre as relações de consumo.

O legislador constituinte colombiano inseriu a tutela dos consumidores na categoria dos direitos coletivos, atendo aos movimentos internacionais que o classificam como metaindividual e como tal deve ser tutelado judicialmente por meio das ações coletivas como forma de torná-lo efetivo. Há, neste particular, grande afinidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.4.3 Constituição do Equador

Os equatorianos inseriram uma seção específica no capítulo 5 da Constituição da República, que trata dos direitos coletivos, para tratar dos consumidores⁷⁰.

No art. 92 da Constituição foi estipulado que a lei estabelecerá mecanismos de controle de qualidade, dos procedimentos de defesa do consumidor, da reparação e indenização por deficiências, danos e má qualidade de bens e serviços e pela interrupção dos serviços públicos que não sejam causados por catástrofes, caso fortuito ou força maior, bem como as penas pela violação desses direitos.

⁷⁰ “Art. 92.- A lei estabelecerá os mecanismos de controle de qualidade, os procedimentos de defesa do consumidor, a reparação e indenização por defeitos, danos e má qualidade de bens e serviços, e para a interrupção de serviços públicos não ocasionada por catástrofes, caso fortuito ou força maior, e as sanções para a violação deste direitos.

As pessoas que prestem serviços públicos ou que produzam ou comercializem bens de consumo, serão responsáveis civil e penalmente pela prestação do serviço, assim como pelas condições do produto que ofereçam, de acordo com a publicidade efetuada e a descrição e sua etiqueta.

O Estado apoiará a constituição de associações de consumidores e usuários, e adotará medidas para o cumprimento de seus objetivos.

O Estado e as entidades seccionais autônomas responderão civilmente por danos e prejuízos causados aos habitantes, por sua negligência e descuido na atenção dos serviços públicos que estejam a seu cargo e pela carência de serviços que tenham sido pagos.”

A Constituição prevê, ainda, a responsabilização civil e penal dos prestadores de serviços públicos ou privados, dos produtores e comerciantes pelos produtos e serviços entregues aos consumidores e pela publicidade. Determina, ainda, que o Estado incentive a criação de associações de consumidores e adote medidas para o cumprimento de seus objetivos.

Ao que parece o legislador equatoriano não deixou tantas lacunas como o legislador brasileiro, inserindo em sua constituição os mecanismos de controle desejados e as consequências jurídicas do menoscabo dos direitos constitucionalmente assegurados. É salutar, ainda, a preocupação com a participação da sociedade civil organizada na defesa dos direitos do consumidor, numa demonstração clara de que a atividade do Estado deve ser complementada.

2.4.4 Constituição do Paraguai

A Constituição paraguaia não contém previsão expressa sobre os direitos dos consumidores. Assegura no art. 50⁷¹, contudo, albergando em parte a matéria de consumo, que toda pessoa tem direito à proteção do Estado em sua vida, sua integridade física, sua liberdade, sua segurança, sua propriedade, sua honra e sua reputação.

Posteriormente, nos arts. 94 e 95⁷², prevê que o desenvolvimento econômico deve estar fundado em princípios de justiça social e assegure a todos uma existência compatível com a dignidade humana. Determina ainda que abuso do poder econômico e a concorrência desleal, bem como a usura e a comercialização de produtos nocivos à saúde, são proibidos e tipificados como infração penal.

⁷¹ “Artigo 50.- Toda pessoa tem o direito de ser protegida pelo Estado em sua vida, sua integridade física, sua liberdade, sua segurança, sua propriedade, sua honra e sua reputação.”

⁷² “Artigo 94.- O Estado promoverá o desenvolvimento econômico mediante a utilização racional dos recursos disponíveis com o objetivo de impulsionar o crescimento dinâmico da economia nacional, criar novas fontes de trabalho e de riqueza, e assegurar o bem-estar geral. O desenvolvimento se fomentará sobre a base de programas globais fundados em princípios de justiça social que assegurem a todos uma existência compatível com a dignidade humana.

Artigo 95.- A iniciativa privada será estimulada em função do artigo precedente. Todos os habitantes da República podem se dedicar à atividade lucrativa de sua preferência; não serão permitidas, contudo, em nenhum tempo nem debaixo de forma alguma, as combinações que tenham por objeto o monopólio, o aumento ou a redução artificial dos preços, ou a impedir de qualquer modo a livre concorrência. O lucro e o comércio não autorizados de artigos nocivos à saúde, serão sancionados pela lei penal.”

Vê-se, dessa forma, que o legislador paraguaio tutelou direitos básicos do consumidor e impôs ao Estado o dever de implementação e fiscalização. A busca de equilíbrio entre as forças econômicas e a massa de consumidores chama a atenção, principalmente pelo fato de o crescimento econômico ser fomentado pelo Estado com o fim de se garantir justiça social e existência compatível com a dignidade humana.

2.4.5 Constituição do Peru

A Constituição peruana inseriu no título relativo ao regime econômico dispositivo⁷³ destinado a defesa dos interesses dos consumidores pelo Estado. Assevera que é garantido o direito a informação sobre os bens e serviços que se encontram no mercado, bem como os efeitos sobre a saúde e segurança da população.

Em seu artigo primeiro⁷⁴ a Constituição peruana prevê que a defesa da pessoa humana e o respeito à sua dignidade são os fins supremos da sociedade e do Estado, num claro exemplo de reconhecimento dos direitos humanos e da responsabilidade estatal por seu amparo.

A Constituição do Peru, como facilmente se vê, prima pelo respeito a pessoa humana e estabelece que a defesa e implementação desse direito é responsabilidade comum do Estado e da sociedade.

2.4.6 Constituição da Costa Rica⁷⁵

O legislador constituinte costarricense no dispositivo destinado a regulamentar a ordem econômica inseriu disposição expressa sobre os consumidores de produtos e serviços e

⁷³ “Artigo 65°. O Estado defenderá o interesse dos consumidores e usuários. Para tal efeito garantirá o direito de informação sobre os bens e serviços que se encontram a sua disposição no mercado. Do mesmo modo velará, em particular, pela saúde e segurança da população.”

⁷⁴ “Artigo 1°. A defesa da pessoa humana e o respeito a sua dignidade são os fins supremos da sociedade e do Estado.”

⁷⁵ “Artigo 46.- São proibidos os monopólios de caráter particular, e qualquer ato, ainda que tenha origem em lei, que ameace ou restrinja a liberdade de comércio, agricultura e indústria.

É de interesse público a ação do Estado encaminhada a impedir toda prática ou tendência monopolizadora. As empresas constituídas em monopólios de direito devem ser submetidas a uma legislação especial.

Para estabelecer novos monopólios em favor do Estado ou das Municipalidades ser requererá a aprovação de dois terços da totalidade dos membros da Assembléia Legislativa.

Os consumidores e usuários tem direito a proteção de sua saúde, ambiente, segurança e interesses econômicos, a receber informação adequada e veraz; a liberdade de eleição, e a um tratamento equitativo. O Estado apoiará os organismos que forem constituídos para a defesa dos direitos dos consumidores. A lei regulará essas matérias.”

assegurou os direitos a: a) saúde; b) meio-ambiente; c) segurança; d) interesses econômicos; e) informação adequada e veraz; f) liberdade de escolha; g) trato equitativo.

A exemplo de outras constituições estabeleceu que o Estado apoiará a criação de organismos destinados a defesa dos direitos dos consumidores, cuja matéria deverá ser regulada por lei.

A dignidade da pessoa humana e a preocupação com mercado consumidor é de fato a nota fundamental da Constituição costarriquenha. Mais uma vez se destaca o correto enquadramento da tutela do consumidor como direito supra-individual e como tal tutelável por ações coletivas, preferencialmente pelo Estado. De forma mais ampla do que a Constituição brasileira percebe-se a preocupação do legislador constituinte com o direito a informação e a segurança que se espera dos produtos e serviços que serão adquiridos ou utilizados pelo mercado consumidor, bem como a proteção contra práticas inescrupulosas que visem a dilapidação patrimonial ou conduzam ao superendividamento.

2.4.7 Constituição de El Salvador

Os salvadorenos optaram por inserir dispositivo no título destinado à ordem econômica⁷⁶ disposição tímida que obriga o Estado a promover a defesa do interesse dos consumidores.

Apesar da timidez legislativa do constituinte a Constituição de El Salvador, quando analisada sistematicamente, demonstra a preocupação dos salvadorenos com a pessoa humana, já que esta, segundo dispõe o art. 1º da Constituição⁷⁷, é a origem e o fim da atividade do Estado, organizado para a consecução da justiça, da segurança jurídica e do bem comum. O legislador constituinte impôs ainda no rol de obrigações do Estado a defesa dos direitos de: a) liberdade; b) cultura; c) bem-estar econômico; e, d) justiça social.

⁷⁶ “Art. 101.- A ordem econômica deve responder essencialmente a princípios de justiça social, que tendam a assegurar a todos os habitantes do país uma existência digna do ser humano.

O Estado promoverá o desenvolvimento econômico e social mediante o incremento da produção, da produtividade e da utilização racional dos recursos. Com igual finalidade, fomentará os diversos setores da produção e defenderá o interesse dos consumidores.”

⁷⁷ “Art. 1.- El Salvador reconhece a pessoa humana como a origem e fina da atividade do Estado, que está organizado para a consecução da justiça, da segurança jurídica e do bem comum. Reconhece como pessoa humana todo ser humano desde o instante da concepção.

Em consequência, é obrigação do Estado assegurar aos habitantes da República o gozo da liberdade, da saúde, da cultura, do bem estar econômico e da justiça social.”

A exemplo que preconizado pela CF brasileira a legislação ordinária poderá complementar as disposições relativas a proteção do consumidor e estabelecer os mecanismos que conduzam a maior efetividade do Estado na tutela dos direitos considerados fundamentais.

2.4.8 Constituição da Guatemala

Os guatemaltecos a exemplo de outros países começam sua Constituição dispondo que o Estado da Guatemala deverá se organizar para proteger a pessoa e a família, sendo seu fim supremo a realização do bem comum, devendo garantir aos habitantes os direitos à vida, a justiça; à segurança; à paz e ao desenvolvimento integral da pessoa ⁷⁸.

Ao tratarem da ordem econômica e social o constituinte guatemalteco optou por inserir no art. 119⁷⁹, como obrigação estatal, a defesa dos consumidores no que se refere à qualidade dos produtos de consumo interno e exportação para garantir-lhes os direitos à saúde, à segurança e aos legítimos interesses econômicos.

⁷⁸ “Artigo 1.- Proteção da pessoa. O Estado da Guatemala se organiza para proteger a pessoa e a família; se fim supremo é a realização do bem comum.

Artigo 2.- Deveres do Estado. É dever do Estado garantir aos habitantes da República a vida, a liberdade, a justiça, a segurança, a paz e o desenvolvimento integral da pessoa.”

⁷⁹ “Artigo 119.- Obrigações do Estado. São obrigações fundamentais do Estado:

Promover o desenvolvimento econômico da Nação, estimulando a iniciativa em atividades agrícolas, pecuárias, industriais, turísticas e de outra natureza;

Promover de forma sistemática a descentralização econômica e administrativa, para lograr um adequado desenvolvimento regional do país;

Adotar as medidas que sejam necessárias para a conservação, desenvolvimento e aproveitamento dos recursos naturais de forma eficiente;

Velar pela elevação do nível de vida de todos os habitantes do país procurando o bem estar da família;

Fomentar e proteger a criação e funcionamento de cooperativas lhes proporcionando a ajuda técnica e financeira necessária;

Outorgar incentivos, na forma da lei, as empresas industriais que se estabeleçam no interior da República e contribuam para a descentralização;

Fomentar com prioridade a construção de casas populares, mediante sistemas de financiamento adequados para que o maior número de famílias guatemaltecas desfrutem da propriedade. Quando se tratar de casas emergentes ou em cooperativa, o sistema de repartição poderá ser diferente.

Impedir o funcionamento de práticas excessivas que conduzam a concentração de bens e meios de produção em detrimento da coletividade;

A defesa dos consumidores e usuários no que concerne a preservação da qualidade dos produtos de consumo interno e de exportação para lhes garantir sua saúde, segurança e legítimos interesses econômicos;

Impulsionar ativamente programas de desenvolvimento rural que tendam a incrementar e diversificar a produção nacional com base no princípio da propriedade privada e da proteção do patrimônio familiar. Deve-se dar ao camponês e ao artesão ajuda técnica e econômica;

Proteger a formação de capital, a poupança e o investimento;

Promover o desenvolvimento ordenado e eficiente do comércio interior e exterior do país, fomentando mercados para os produtos nacionais;

Manter dentro da política econômica, uma relação congruente entre gasto público e a produção nacional; e

Em que pese o tratamento constitucional diferenciado dado pelo legislador da Guatemala há que se reconhecer que a positivação dos direitos humanos pelos guatemaltecos conduz ao reconhecimento de que também o direito do consumidor é tratado como fundamental e assim deve ser tutelado pelo Estado, já que tem natureza difusa ou coletiva. Não há grande diferença entre a Constituição do Brasil e a da Guatemala.

2.4.9 Constituição de Honduras

Os hondurenhos não trazem em sua Constituição previsão expressa de defesa do consumidor, exceto no capítulo destinado à reforma agrária, em que se afirma que a produção agropecuária deve orientar-se segundo as necessidades alimentares da população, numa política de abastecimento que propicie preços justos para o produtor e para o consumidor⁸⁰.

Apesar de não haver previsão expressa, o legislador constituinte insere a pessoa humana como fim supremo da sociedade e do Estado e impõe o dever de respeitá-la e protegê-la⁸¹ a todos. Garante, ainda, aos hondurenhos e aos residentes no país, o direito de inviolabilidade a vida, a segurança individual, a liberdade e, nos termos da lei, da propriedade⁸².

A defesa do consumidor pelo Estado pode e deve ser inferida das disposições constitucionais, sistematicamente analisadas, inclusive e principalmente da previsão constitucional de equilíbrio entre produtor e consumidor no aspecto relacionado a produção de alimentos. Essa disposição quando analisada em cotejo com as demais permite a interpretação de que também em Honduras, apesar do tratamento constitucional ser diferente daquele previsto na Constituição brasileira, não descurou da proteção do direito do consumidor e ao constitucionalizar essa preocupação o trata como direito fundamental.

Não há dúvida de que a “dignidade da pessoa humana” é “o último arcabouço da guarida dos

Criar as condições adequadas para promover a inversão de capitais nacionais e estrangeiros.”

⁸⁰ “Artigo 347.- A produção agropecuária deve se orientar preferencialmente para a satisfação das necessidades alimentares da população hondurenha, dentro de uma política de abastecimento adequada e preços justos para o produtor e o consumidor.”

⁸¹ “Artigo 59.- A pessoa humana é o fim supremo da sociedade e do Estado. Todos têm a obrigação de respeitá-la e protegê-la.”

direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional ⁸³.” Nesta linha de entendimento, sendo a pessoa humana o fim supremo da sociedade e do Estado, tem-se que a Constituição de Honduras impõe ao Estado e a sociedade o dever de tutelar os direitos do consumidor.

2.4.10 Constituição do México

A Constituição mexicana contém previsão expressa de proteção aos consumidores, inserida nas disposições relativas à ordem econômica ⁸⁴.

⁸² “Artigo 61.- A Constituição garantirá aos hondurenhos e estrangeiros residentes no país, o direito à inviolabilidade da vida, da segurança individual, à liberdade, à igualdade perante da lei e à propriedade.”

⁸³ NUNES, Rizzatto. Op. cit., p. 24.

⁸⁴ “Artigo 28.

Nos Estados Unidos Mexicanos são proibidos os monopólios, as práticas monopólicas, os estancos e as isenções de impostos nos termos e condições que fixam as leis. O mesmo tratamento ser dará às proibições a título de proteção da indústria.

Em consequência, a lei punirá severamente, e as autoridades perseguirão com eficácia, toda concentração ou acaparamento em uma ou poucas mãos de artigos de consumo necessário e que tenha por objeto obter a elevação de preços; todo acordo, procedimento ou combinação dos produtores, industriais, comerciantes ou empresários de serviços, que de qualquer maneira sirvam para evitar a livre concorrência ou a competição entre si e a obrigar os consumidores a pagar preços exagerados e, em geral, tudo que constitua uma vantagem exclusiva indevida a favor de uma ou várias pessoas determinadas e com prejuízo do público em geral ou de alguma classe social.

As leis fixarão bases para que se sinalizem os preços máximos dos artigos, materiais ou produtos que se considerem necessários para a economia nacional ou para o consumo popular, assim como para impor modalidades à organização da distribuição desses artigos, materiais ou produtos, a fim de evitar que intermediações desnecessárias ou excessivas provoquem insuficiência no abastecimento, assim como a elevação de preços. A lei protegerá aos consumidores e propiciará sua organização para o melhor cuidado de seus interesses.

Não constituição monopólios as funções que o Estado exerça de maneira exclusiva nas seguintes áreas estratégicas: correios, telégrafos e radiotelegrafia; petróleo e os demais hidrocarbonetos; petroquímica básica; minerais radioativos e geração de energia nuclear; eletricidade e as atividades que expressamente assinalem as leis expedidas pelo Congresso da União. A comunicação via satélite e as ferrovias são áreas prioritárias para o desenvolvimento nacional nos termos do artigo 25 desta Constituição; o Estado ao exercer nelas sua administração, protegerá a segurança e a soberania da Nação, e ao outorgar concessões ou permissões manterá ou estabelecerá o domínio das respectivas vias de a comunicação de acordo com as leis da matéria.

O Estado contará com os organismos e empresas necessários para o manejo eficaz das áreas estratégicas a seu cargo e nas atividades de caráter prioritário onde, de acordo com as leis, participe por si ou com os setores social e privado.

O Estado terá um banco central que será autônomo no exercício de suas funções e em sua administração. Seu objetivo prioritário será procurar a estabilidade do poder aquisitivo da moeda nacional, a fim de fortalecer a administração do desenvolvimento nacional que corresponde ao Estado. Nenhuma autoridade poderá ordenar ao banco a concessão de financiamento.

Não constituem monopólios as funções que o Estado exerça de maneira exclusiva, por meio do banco central nas áreas estratégicas de acumulação de moeda e emissão de papel moeda. O banco central, nos termos estabelecidos pelas leis e com a intervenção que corresponda as autoridades competentes, regulará os câmbios, assim como a intermediação e os serviços financeiros, contando com as atribuições das autoridades necessárias para levar a cabo a dita regulamentação e promover sua observância. A condução do banco estará a cargo de pessoas cuja designação será feita pelo Presidente da República com a aprovação da Câmara de Senadores ou da Comissão Permanente; desempenharão seu cargo por períodos cuja duração e escalonamento provejam o exercício autônomo de suas funções; só poderão ser removidas por justa causa e não poderão ter nenhum outro emprego, cargo ou comissão, com exceção daqueles em que atuem na representação do banco e das atividades não

Apesar da lacuna a que se aludiu anteriormente se pode extrair do art. 28 da Constituição mexicana a vedação de existência das concentrações econômicas e a imposição ao legislador ordinário de apenamento severo por violação as vedações constitucionais, principalmente se o abuso do poder econômico resultar na alta artificial de preços para o consumidor. Dispõe, ainda, que a lei protegerá os consumidores e propiciará sua organização em grupos ou associações a fim que possam cuidar melhor de seus interesses.

Clara a política de intervenção do Estado na economia com o objetivo principal de proteger a pessoa humana. Esta, nas economias de massa e globalizadas, será consumidora em algum momento e necessita de direitos e garantias básicas que devem ser tutelados pelo Estado.

Desta forma, também a Constituição do México trata a defesa do consumidor como direito fundamental e passível de tutela pelo Estado e pela sociedade civil organizada que é estimulada a defender seus direitos difusos e coletivos.

2.4.11 Constituição de Portugal

A Constituição portuguesa contém várias disposições destinadas à proteção do consumidor.

remuneradas nas associações docentes, científicas, culturais ou de beneficência. As pessoas encarregadas da condução do banco central, poderão ser sujeitos de mandato político conforme o disposto pelo artigo 110 desta Constituição.

Não constituem monopólios as associações de trabalhadores formadas para proteger seus próprios interesses e as associações ou sociedades cooperativas de produtores para que, na defesa de seus interesses ou do interesse geral, vendam diretamente nos mercados estrangeiros os produtos nacionais ou industriais que sejam a principal fonte de riqueza da região em que se produzam ou que não sejam artigos de primeira necessidade, sempre que ditas associações estejam debaixo de vigilância ou amparo do Governo Federal ou dos Estados, e prévia autorização que para o efeito se obtenha das legislaturas respectivas em cada caso. As mesmas legislaturas, por si ou a proposto do Executivo, poderão derrogar, quando assim se exigirem as necessidades públicas, as autorizações concedidas para a formação das associações de que se trata.

Tampouco constituem monopólios os privilégios que por determinado tempo se concedam aos autores e artistas para a produção de suas obras e os que para uso exclusivo de seus inventos, se outorguem aos inventores e aperfeiçoadores de alguma melhora.

O Estado, sujeitando-se às leis, poderá em caso de interesse coletivo, conceder a prestação de serviços públicos ou a exploração, uso e aproveitamento de bens de domínio da federação, salvo as exceções que as mesmas prevejam. As leis fixarão as modalidades e condições que assegurem a eficácia da prestação dos serviços e a utilização social dos bens, e evitarão fenômenos de concentração que contrariem o interesse público.

A sujeição a regimes de serviço público se regulará pelo disposto na constituição e só poderá ser ultimada mediante lei.

Se poderão outorgar subsídios a atividades prioritárias, quando sejam gerais, de caráter temporal e não afetem substancialmente as finanças da nação. o Estado vigiará sua aplicação e avaliará os resultados.”

No art. 52⁸⁵ há previsão no sentido de que a todos, pessoalmente ou por meio de associações, têm o direito de ação popular nos casos previstos em lei, incluindo-se os direitos para promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural.

O legislador dedicou o art. 60⁸⁶ especificamente aos consumidores e estabeleceu um rol de direitos básicos, vedou a publicidade “oculta, indirecta ou dolosa” e estimulou a defesa dos consumidores pelas associações de consumidores e cooperativas do consumo.

A Constituição de Portugal impõe ao Estado, prioritariamente⁸⁷, garantir a defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores e traça como objetivos da política comercial, dentre

⁸⁵ “Artigo 52.º

(Direito de petição e direito de ação popular)

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas coletivamente à Assembleia da República são apreciadas pelo Plenário.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indenização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do patrimônio cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.”

⁸⁶ “Artigo 60.º

(Direitos dos consumidores)

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos.”

⁸⁷ “Artigo 81.º

(Incumbências prioritárias do Estado)

Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável;

b) Promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal;

c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do sector público;

d) Orientar o desenvolvimento económico e social no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões e eliminar progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo;

e) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;

f) Desenvolver as relações económicas com todos os povos, salvaguardando sempre a independência nacional e os interesses dos portugueses e da economia do país;

g) Eliminar os latifúndios e reordenar o minifúndio;

disposições relativas à ordem econômica, a proteção dos consumidores⁸⁸. Com isso, parece que os portugueses avançaram em relação ao Brasil por contemplarem mais minudentemente a proteção do consumidor, seja no plano dos direitos fundamentais ou em decorrência da ordem econômica.

2.4.12 Constituição da Espanha

A Constituição Espanhola insere no capítulo destinado aos princípios diretores da política social e econômica, normas de defesa do consumidor⁸⁹.

Impõe ao Estado a garantia da defesa dos consumidores, principalmente os direitos à vida, à segurança, à saúde e aos seus legítimos interesses econômicos. Devem os poderes públicos, também, promover a informação e a educação dos consumidores e fomentar a criação de organizações destinadas a proteção do consumidor.

Como se vê dos textos citados, Portugal e Espanha na Europa avançaram muito em relação aos países da América na proteção dos direitos relacionados ao consumo. Essas constituições devem servir de paradigma para outros países europeus que decidam constitucionalizar a tutela do consumidor. É preciso maior minúcia na descrição constitucional a fim de evitar o perecimento do direito no plano infraconstitucional ou que as declarações de natureza constitucional permaneçam sem a necessária e correlata materialização ou efetividade.

-
- h) Garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores;
 - i) Criar os instrumentos jurídicos e técnicos necessários ao planejamento democrático do desenvolvimento econômico e social;
 - j) Assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país;
 - l) Adotar uma política nacional de energia, com preservação dos recursos naturais e do equilíbrio ecológico, promovendo, neste domínio, a cooperação internacional;
 - m) Adotar uma política nacional da água, com aproveitamento, planejamento e gestão racional dos recursos hídricos.”

⁸⁸ “Artigo 99.º

(Objetivos da política comercial)

São objetivos da política comercial:

- a) A concorrência salutar dos agentes mercantis;
- b) A racionalização dos circuitos de distribuição;
- c) O combate às atividades especulativas e às práticas comerciais restritivas;
- d) O desenvolvimento e a diversificação das relações econômicas externas;
- e) A proteção dos consumidores.”

⁸⁹ “Artículo 51

1. Os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos.
2. Os poderes públicos promoverão a informação e a educação dos consumidores e usuários, fomentarão suas organizações e ouvirão a estas nas questões que possam lhes possam afetar, nos termos da lei.

Apesar das críticas doutrinárias se vê com clareza que o Estado deve assegurar a defesa dos direitos fundamentais de terceira dimensão, já que o acesso a justiça, como se verá adiante, não é simples. É necessário lembrar que muitos agentes econômicos conseguem inibir a ação de organizações civis se valendo das falhas no ordenamento jurídico.

3. No marco do dispostos nos números anteriores, a lei regulará o comércio interior e o regime de autorização de produtos comerciais.”

3. RELAÇÃO DE CONSUMO

3.1 CONCEITOS

Estabelecer-se-á nesta seção os conceitos decorrentes do reconhecimento constitucional do dever estatal de proteção do consumidor.

A tarefa seria relativamente simples se fossem utilizados apenas os conceitos decorrentes do CDC. Doutrinariamente, contudo, há dissenso sobre o alcance de muitos conceitos e tanto a doutrina como a jurisprudência têm se afastado do texto legal e construído outros paradigmas de entendimento.

3.1.1 Conceito de relação de consumo

O legislador ordinário não definiu no CDC o qual o conceito de relação de consumo.

O conceito é de extrema importância pois define o campo de incidência da Lei 8.078/90, regulamentadora da atividade estatal destinada a promover a defesa do consumidor. Assim, a ação do Estado está jungida ao conceito de relação de consumo, seja na promoção da defesa do consumidor ou na análise dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Partindo-se dos conceitos de consumidor e fornecedor estabelecidos pelos arts. 2º e 3º do CDC, se pode inferir que a relação de consumo é aquela que decorre de um pré-contrato ou de um contrato em que uma das partes possa ser identificada como consumidora.

Para Rizzatto Nunes⁹⁰ a relação de consumo se verifica sempre que nas relações jurídicas se identificar a presença de pelo menos um consumidor e um fornecedor.

O autor assevera ainda que:

Incidirá também quando a prática comercial puder desde logo, mesmo *in abstracto*, vir a tornar-se relação jurídica de consumo, pelo simples fato de poder expor e se impor a um consumidor em potencial. Traduzindo: a aplicação do CDC se dá mesmo

⁹⁰ Op. cit., p. 121.

antes que qualquer consumidor em concreto compre, contrate, tenha seus direitos violados etc. Basta a potência, a possibilidade, a virtualidade de ocorrência da relação.

A restrição feita às práticas chamadas de comerciais é equivocada. O CC adjetiva de empresárias todas as atividades econômicas de produção e circulação de bens ou serviços e exclui dessa classificação as atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística⁹¹.

O CDC, como se verá a seguir, dispõe que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista⁹². Desta forma tanto as atividades empresárias ou comerciais estão no campo de incidência da legislação consumerista como as outras consideradas simples, assim definidas como as atividades intelectuais de natureza artística, científica ou literária que não constituam objeto de empresa e todas as atividades realizadas pelas sociedades cooperativas.

Ronaldo Alves de Andrade⁹³ traz informações valiosas para a elaboração do conceito de relação de consumo. Diz o autor:

Tendo em conta que o Código de Defesa do Consumidor é um microsistema, melhor teria sido que, além de fornecer o conceito dos elementos da relação de consumo, tivesse o legislador também outorgado conceito à própria relação de consumo, como se fez no âmbito do Mercosul, em que a Comissão de Comércio editor o Protocolo de Defesa do Consumidor, aprovado em 29 de novembro de 1997, e que no seu art. 5º, acerca da relação de consumo, estabelece:

Relação de consumo é o vínculo que se estabelece entre o fornecedor que, a título oneroso, oferece um produto ou presta um serviço a quem o adquire ou utiliza como destinatário final.

Equipara-se a esta o fornecimento de produtos e a prestação de serviços, a título gratuito, quando se realizem em função de uma eventual relação de consumo.

⁹¹ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

⁹² Cf. §2º do art. 3º do CDC.

⁹³ Op. cit., p. 48.

A relação de consumo, tomando-se em conta o substrato doutrinário e normativo trazido, pode ser conceituada como a que decorre das relações onerosas entre fornecedor e consumidor e que tenha por objeto a produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, exceto os de natureza trabalhista.

3.1.2 Conceito de consumidor

O conceito de consumidor encontra tormentosa divergência doutrinária e jurisprudencial e no desenvolvimento desta subseção será fixado o conceito mais consentâneo com a tutela coletiva do consumidor como direito fundamental. Tomar-se-á como elemento de fixação do conceito as disposições constitucionais e infraconstitucionais existentes sobre o tema.

Iniciar-se-á a análise conceitual adotando como paradigma inicial os conceitos trazidos pelo CDC que estabelece, nos arts. 2º, 17 e 29, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final. São equiparados ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indeterminável, que haja intervindo nas relações de consumo, as vítimas do evento, e todas as pessoas, determináveis ou não, expostas as práticas comerciais.

Ronaldo Alves de Andrade⁹⁴ entende que o conceito legal não é o melhor por ser “abrangente ou maximalista.” Sugere, ainda, que a Constituição Federal nos incisos XXXII do art. 5º e V do art. 170 se refere a consumidor pessoa física.

Não bastasse isso, as determinações constitucionais contidas no art. 5º, XXXII, do capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, prevendo que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; e no art. 170, V, no capítulo dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, encerrando que a ordem econômica tem como princípio a “defesa do consumidor”, têm o nítido caráter de proteger a pessoa física, como sendo a pessoa vulnerável no mercado de consumo de massa, pois não podemos perder de vista que a pessoa jurídica em geral, não é uma pessoa frágil, pois, para sua criação, unem-se várias pessoas físicas. Dessa forma, a pessoa jurídica já nasce mais forte jurídica e economicamente do que a pessoa física e com o papel de atuar no mercado de consumo como fornecedor, ou seja, obter lucro vendendo ou prestando serviço ao consumidor. Portanto, podemos afirmar que a pessoa física é naturalmente a consumidora e o Código de Defesa do Consumidor tão-somente positivou esse fato natural.

⁹⁴ Op. cit., p. 16.

A visão conservadora exposta pelo autor desconsidera o fato de que a Lei 8.078/90 regulamenta o inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal e que os pequenos negócios, constituídos na forma de empresa individual ou sociedade limitada, responsáveis pela movimentação da economia e geração de empregos, assumem o papel de consumidores e necessitam da proteção especial do Estado. A proteção se justifica pelo fato de que, normalmente, as pequenas empresas⁹⁵ são constituídas por familiares sem experiência na atividade de gestão e, desta forma, não conseguem estipular um valor de capital social necessário à proteção de seus interesses econômicos.

A Constituição Federal, no inc. IX do art. 170, determina que as empresas de pequeno porte tenham tratamento diferenciado. Por força de interpretação harmônica e sistemática, não é possível excluí-las do conceito de consumidor. Além disso, não existem elementos suficientes para permitir a distinção entre pessoas jurídicas, que, independente de seu tamanho, poderiam ser seriamente prejudicadas por ação de grupos economicamente fortes.

Os pequenos negócios têm imensa importância para a economia, apesar de serem constituídos, em regra, com base em estruturas familiares que não contam com nenhum auxílio técnico especializado. Nos Estados Unidos, por exemplo, os pequenos negócios ou empreendimentos movimentam aproximadamente dois terços da economia e lá são denominados *sole proprietorships*⁹⁶, que podem ser traduzidos como empresas individuais.

No Brasil, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁹⁷ indicam que em 2001 cerca de dois milhões de micro e pequenas empresas de comércio e serviços estavam em operação no Brasil, e geravam aproximadamente sete milhões e trezentos mil empregos. Os dados mostram ainda que as empresas familiares correspondiam a 58,9% do total⁹⁸.

Não resta dúvida que as pequenas empresas, individuais ou sociedades com poucos sócios, são vulneráveis a ação de grupos econômicos e que podem resultar em prejuízos aos

⁹⁵ Individuais ou sociedades.

⁹⁶ MILLER, Roger LeRoy; JENTZ, Gaylord A. **Fundamentals of business law**. 4. ed. United States: West Educational Publishing, 1998, p. 483.

⁹⁷ As Micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil: 2001 / IBGE, Coordenação de Serviços e Comércio. Rio de Janeiro : IBGE, 2003, p. 23.

⁹⁸ Op. cit., p. 32.

consumidores pessoas físicas pelo aumento do preço final do produto ou pela diminuição da oferta e quiçá da qualidade.

É preciso considerar que a ação do Estado deve proteger o consumidor, não apenas o pequeno, mas todos que são vulneráveis em face da escala globalizada e massificada da economia nacional e mundial.

Há, doutrinariamente, como se viu na seção 1.2, séria divisão entre os denominados maximalistas e finalistas⁹⁹ que, por apego a noções dissociadas da realidade mundial, procuram modificar o conceito legal.

José Geraldo Brito Filomeno¹⁰⁰ considera que a noção de consumidor não tem antecedente jurídico e nem sempre gozou de uniformidade internacional.

Vif Bernitz (1974) observa que a “noção mesma de consumidor, que não tem antecedentes jurídicos, nem sempre tem sido fixada por uma definição aceita no plano internacional”. Como se verá a seguir, realmente assiste razão ao ilustre autor, mesmo porque a própria noção do que venha a ser “consumidor” dependerá do enfoque sob o qual é encarado.¹⁰¹

Othon Sidou¹⁰² destaca que

Definem os léxicos como *consumidor* quem compra para gastar em uso próprio. Respeitada a concisão vocabular, o direito exige explicação mais precisa. Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade; isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir.

José Geraldo Brito Filomeno¹⁰³ discorda da posição de Othon Sidou por entender que falta as pessoas jurídicas a hipossuficiência que justificaria a intervenção do Estado em favor dos consumidores. Admite, contudo, que a opção do legislador foi a da inclusão da pessoa jurídica também como consumidora, desde que seja destinatária final dos bens e serviços.

⁹⁹ Cf. seção 1.2 desta dissertação.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 18.

¹⁰¹ Op. cit., p. 18.

¹⁰² SIDOU, Othon. **Proteção ao consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 2.

¹⁰³ Op. cit., p. 23.

Cláudia Lima Marques¹⁰⁴ lembra que o Código de Defesa do Consumidor se preocupou em definir o consumidor pela “ótica meta ou transindividual ou de grupo”, pois a definição legal não visa somente a proteção contratual, mas também a pré-contratual.

O consumidor é uma definição ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é a definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. Visa também defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais. É uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas.

Ver-se-á no capítulo 6, que trata das ações coletivas, que no Brasil a tutela do consumidor pelo Estado só é viável por meio as ações coletivas e seria uma afronta a Constituição Federal excluir as pessoas jurídicas da proteção estatal sob o argumento de que não são hipossuficientes.

Os consumidores são presumivelmente vulneráveis, hipossuficientes¹⁰⁵. As pessoas jurídicas, contudo, não gozam dessa presunção e, no entanto, também podem ser considerados vulneráveis diante de um fornecedor economicamente mais forte.

Mas por vezes o profissional é um pequeno comerciante, dono de bar, mercearia, que não pode impor suas condições contratuais para o fornecedor de bebidas, ou que não compreende perfeitamente bem as remissões feitas a outras leis no texto do contrato, ou que, mesmo sendo um advogado, assina o contrato abusivo do único fornecedor legal de computadores, pois confia que nada ocorrerá de errado. Nestes três casos, pode haver uma exceção à regra geral: o profissional pode também ser “vulnerável”, ser “mais fraco” para se proteger do desequilíbrio contratual imposto.

Os exemplos citados, evidentemente, se destinam ao público leigo, pois em sede de Direito Empresarial não se pode falar em “dono de bar”, mas de empresário individual, pessoa física, ou sócio de sociedade empresária, pessoa jurídica, no exercício de função de gestão ou direção. Parece-nos, assim, que a autora quando se refere a profissional abarca tanto a noção de pessoa física ou jurídica exercente de atividade econômica habitual¹⁰⁶.

¹⁰⁴ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 67.

¹⁰⁵ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 86.

Há, segundo classificação doutrinária, três tipos de vulnerabilidades: a) técnica; b) jurídica; c) fática¹⁰⁷.

A vulnerabilidade técnica presume o desconhecimento técnico ou específico do adquirente de produto ou serviço e pode ser facilmente enganado sobre suas características e utilidades. A jurídica decorre da falta de conhecimentos jurídicos específicos, bem como os de natureza econômica e contábil. A fática ou sócio-econômica tem origem no desequilíbrio entre fornecedor e consumidor em mercados caracterizados por grandes concentrações econômicas, naturais ou não, tais como monopólios e monopsônios, oligopólios e oligopsônios¹⁰⁸.

Dessa forma, ainda que se admitisse que as vulnerabilidades técnica e jurídica só se aplicam aos consumidores pessoas físicas é necessário reconhecer que a fática ou socioeconômica devem ser estendidas às pessoas jurídicas.

A visão doutrinária de caráter restritivo parece olvidar dos diversos aspectos que modernamente envolvem a ação estatal para a defesa do consumidor. Como visto na seção 2.4, a maioria das Constituições da América e da Europa inserem a proteção do consumidor nos títulos destinados a regulamentação da ordem econômica. Assim sendo é natural que a pessoa jurídica, desde que seja destinatária final de produto ou serviço, seja tratada como consumidora.

A defesa constitucional do consumidor pelo Estado, em conclusão, presume a inserção das pessoas físicas, jurídicas e entes despersonalizados no conceito de consumidor, com a condição de serem destinatárias finais de produtos e serviços, a fim de que os elementos diretamente relacionados a ordem econômica estejam integrados evitando-se que os custos judiciais do difícil acesso à justiça no Brasil sejam repassados ao consumidor. Pior, que as conseqüências nefastas do abuso do poder econômico sufoque a livre concorrência com resultados danosos aos interesses do consumidor, fazendo tábula rasa das disposições constitucionais.

¹⁰⁶ Cf. arts. 966 e 982 da Lei 10.406/02.

¹⁰⁷ BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 71-76.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 71-73.

3.1.3 Conceito de fornecedor

O legislador ordinário ao regulamentar o inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal decidiu conceituar fornecedor no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O conceito alberga as noções de empresário¹⁰⁹, sociedade empresária¹¹⁰, com ou sem personalidade jurídica¹¹¹, sociedade simples¹¹², e os conceitos de sociedades cooperativas¹¹³ e associações¹¹⁴.

Extrai-se do texto legal que a qualificação de fornecedor está condicionada ao exercício habitual e profissional das atividades enumeradas pelo art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Não se verifica, entretanto, a necessidade de finalidade lucrativa.

Doutrinariamente há alguma confusão sobre o conceito de fornecedor em razão, principalmente, de um apego exacerbado as noções trazidas pelo antigo Código Comercial¹¹⁵ e a falta de entrosamento com o Direito de Empresa, contido no livro do II do Código Civil de 2002.

Cita-se, à guisa de exemplo, a definição trazida por Rizzatto Nunes¹¹⁶ de ente despersonalizado:

Ao lado da pessoa jurídica, a lei coloca a pessoa física e o ente despersonalizado. Da pessoa física trataremos a seguir. Já a colocação do termo “ente despersonalizado” leva-nos a pensar primeiramente na massa falida, o que é adequado. Importante notar que, apesar de uma pessoa jurídica falir, existirão no mercado produtos e,

¹⁰⁹ Cf. art. 966 do Código Civil.

¹¹⁰ Cf. art. 982 do Código Civil.

¹¹¹ Cf. art. 986 a 996 do Código Civil.

¹¹² Cf. art. 997 do Código Civil.

¹¹³ Cf. Lei 5.764/71 e arts. 1.093 e seguintes do Código Civil.

¹¹⁴ Cf. arts. 53 e seguintes do Código Civil.

¹¹⁵ Cf. Lei 556/1850.

¹¹⁶ Op. cit., p. 89.

eventualmente, resultados dos serviços que ela ofereceu e efetivou, que continuarão sob a proteção da lei consumerista. Por exemplo, a quebra de um fabricante de televisores não deve eliminar – nem pode – a garantia do funcionamento dos aparelhos: garantia contratual ou legal.

Há também, a hipótese da quebra da pessoa jurídica com a continuidade das atividades, o que não gerará, então, a solução de continuidade do fornecimento de produtos e serviços.

Além disso, é de enquadrar no conceito de ente despersonalizado as chamadas “pessoas jurídicas de fato”: aquelas que, sem constituir uma pessoa jurídica, desenvolvem, de fato, atividade industrial, comercial, de prestação de serviços etc. A figura do “camelô” está aí inserida. O CDC não poderia deixar de incluir tais “pessoas” pelo simples fato de que elas formam um bom número de fornecedores, que suprem de maneira relevante o mercado de consumo.

Parece que alguns equívocos sérios foram cometidos. Não há pessoa jurídica de fato. Há sociedade de fato e sociedade não personificada na legislação brasileira.

O CC de 2002 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro duas sociedades sem personalidade jurídica: a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação¹¹⁷. As sociedades em comum, reguladas pelo art. 986 e segs. do CC podem ser definidas como as sociedades em organização cujos atos constitutivos não foram levados a registro. As sociedades em conta de participação, regulada pelo art. 991 e segs. do CC, se caracterizam pelo exercício da atividade constitutiva do objeto social unicamente pelo sócio denominado ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade. Estas sociedades não obedecem a qualquer formalidade para sua constituição e o contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.

¹¹⁷ O Código Comercial de 1850 nos arts. 325 a 328 já previa esta forma societária:

“Art. 325. Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, acidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais (artigo 122).

Art. 326. Na sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo é o único que se obriga para com terceiro; os outros sócios ficam unicamente obrigados para com o mesmo sócio por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas nos termos precisos do contrato.

Art. 327. Na mesma sociedade o sócio-gerente responsabiliza todos os fundos sociais, ainda mesmo que seja por obrigações pessoais, se o terceiro com quem tratou ignorava a existência da sociedade; salvo o direito dos sócios prejudicados contra o sócio-gerente.

Art. 328. No caso de quebrar ou falir o sócio-gerente, é lícito ao terceiro com quem houver tratado saldar todas as contas que com ele tiver, posto que abertas sejam debaixo de distintas designações, com os fundos pertencentes a quaisquer das mesmas contas; ainda que os outros sócios mostrem que esses fundos lhes

As sociedades de fato não possuem personalidade jurídica em decorrência de ausência do registro no órgão competente, Junta Comercial ou Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas. É o registro e não outra formalidade que confere às sociedades personalidade jurídica¹¹⁸.

Dados trazidos pelo Sebrae – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, apontam que 570.492 sociedades constituídas no Brasil são informais, ou seja, não têm registro e, portanto, personalidade jurídica.¹¹⁹ Não são desprezíveis os números. Servem para mostrar ao intérprete que os entes despersonalizados ocupam parcela significativa da economia brasileira e são responsáveis por atividades de fornecimento de produtos e serviços. Sem a proteção outorgada pelo legislador ordinário os consumidores não teriam condições de fazer valer seus direitos.

Ronaldo Alves de Andrade¹²⁰ afirma que o vocábulo fornecedor é plurívoco e comporta diversos sentidos.

Como se pode perceber, o conceito legal de fornecedor é bastante amplo e abrange todas as pessoas físicas e jurídicas, com ou sem personalidade jurídica, que de qualquer forma atuem no mercado de consumo, desenvolvendo atividades que vão da produção à comercialização final do produto ou do serviço.

Mais uma vez se deve criticar a asserção doutrinária de que pessoa jurídica pode ou não ter personalidade jurídica. Não há razão para se confundir sociedade com pessoa jurídica.

Não obstante, apesar dos inúmeros equívocos doutrinários, é importante notar que o profissionalismo e com ele a onerosidade são condições legais para o reconhecimento da qualidade de fornecedor¹²¹. O profissionalismo conduz ao reconhecimento da habitualidade ou não eventualidade como condição para que dado agente econômico seja reconhecido como fornecedor¹²².

pertencem, uma vez que não provem que o dito terceiro tinha conhecimento, antes da quebra, da existência da sociedade em conta de participação.”

¹¹⁸ CC, art. 985. “A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).”

¹¹⁹ Economia informal urbana: observatório Sebrae, julho de 2005. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/pnmpo/economia_informal_urbana.pdf>. Acesso em 10 dez. 2008.

¹²⁰ Op. cit., p. 28.

¹²¹ Cf. art. 3º do CDC.

¹²² Cf. BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 79.

Diante do que foi dito se pode conceituar o fornecedor como a pessoa física ou a sociedade, com ou sem personalidade jurídica, que exerce profissionalmente atividade econômica de produção ou circulação de bens e/ou serviços.

3.1.4 Conceito de produto

O legislador ordinário conceitua produto como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial¹²³.

José Geraldo Brito Filomeno¹²⁴ critica a nomenclatura utilizada pelo Código por entender preferível a terminologia tradicional.

Como toda relação *essencialmente jurídica*, qualquer relação de consumo, como já visto, pressupõe *dois pólos de interesse* (consumidor ↔ fornecedor) e a *coisa*, objeto desses mesmos interesses, no caso *produtos* e *serviços*. Eis a nomenclatura utilizada pelo código de defesa do consumidor, procurando ainda conceituar o que se deve entender por essas duas categorias de objetos de interesses nas relações de consumo. Assim, embora fale o § 1º do art. 3º do referido Código de Defesa do Consumidor que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, entendemos que fosse melhor falar-se em *bens* e não *produtos*, porquanto o primeiro termo retro-referido é muito *mais abrangente* e, aliás, mais técnico tanto do ponto de vista jurídico, como do ponto de vista da economia política. E tal aspecto fica ainda mais evidente, quando se tem em conta que no caso trata-se de *bens* como efetivos objetos das relações de consumo, ou seja, como aquilo que *está entre* (do latim *inter + essere*) os dois sujeitos da relação de consumo.

Ronaldo Alves de Andrade¹²⁵ esclarece que a noção de produto trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é bem ampla e revela a intenção do legislador de proteger integralmente o consumidor.

Ainda que não tenha o Código de Defesa do Consumidor utilizado o vocábulo bem para designar produto, é mister entender o alcance visado pelo legislador, pelo que se fará uma análise dos termos utilizados.

Consideram-se móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social¹²⁶. No conceito de bens

¹²³ Cf. § 1º do art. 3º do CDC.

¹²⁴ Op. cit., p. 41

¹²⁵ Op. cit., p. 40- 41.

móveis foram incluídos para os efeitos legais: a) as energias que tenham valor econômico; b) os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; c) os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações; d) os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio¹²⁷.

As universalidades de fato¹²⁸ e as universalidades de direito¹²⁹ devem também ser incluídas no conceito de produto, apesar de sobre elas pouco se falar em doutrina e jurisprudência.

No que concerte a bem material e imaterial não há em doutrina e jurisprudência definição satisfatória ou que já não esteja contida do conceito de bem móvel trazido pelo Código Civil¹³⁰. A preocupação do legislador, ao que parece, é garantir, por meio de conceitos genéricos e sem uma definição mais exata, a proteção integral do consumidor na relação de consumo e tornar efetiva sua proteção pelo Estado¹³¹.

3.1.5 Conceito de serviço

O §2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor define serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor não deixa azo a muitas dúvidas. Há, contudo, necessidade de se esclarecer que a finalidade econômica é necessária, excluindo-se do âmbito da legislação consumerista os serviços gratuitos ou não onerosos.

Em doutrina e jurisprudência há entendimentos de que algumas atividades fornecidas gratuitamente não perdem o caráter de serviço remunerado, desde que subordinadas a oferta de outros bens e serviços. Desta forma ter-se-ia que os valores das atividades não onerosas

¹²⁶ Cf. art. 82 do Código Civil.

¹²⁷ Cf. arts. 83 e 84 do Código Civil.

¹²⁸ Cf. Código Civil, art. 90: “Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.”

¹²⁹ Cf. Código Civil, art. 91: “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.”

¹³⁰ Cf. Arts. 82, 83 e 84 da Lei 10.406/02.

foram incluídos no custo de produção dos bens ou de execução dos serviços e repassado ao mercado consumidor. A gratuidade, neste caso, tem como escopo a fidelização da clientela e aumento da competitividade do fornecedor no mercado de consumo, já que os serviços adicionais constituem uma suposta vantagem para o consumidor¹³².

Veja-se o que diz Claudia Lima Marques sobre o tema:

Mesmo o § 2º do art. 3º define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada. [...]

Como no art. 3º, § 2º, do CDC a *remuneração* do serviço é o único elemento caracterizador, e não a profissionalidade de que o presta, como em matéria de produtos, a gratuidade passou a ser um tema de grande discussão em matéria de campo de aplicação do CDC aos serviços. Este problema apareceu da crescente prática comercial de enviar produtos “gratuitos”, brindes, prêmios, milhagem em viagens e em compras. Efetivamente, o art. 3º, § 2º, menciona apenas a “remuneração” como necessária para serviços e, contrário senso, conclui-se que os produtos podem ser gratuitos e estar sujeitos ao CDC (inclusive alguns são considerados pelo parágrafo único do art. 39 como amostras grátis)¹³³.

O Superior Tribunal de Justiça¹³⁴ confirmou o entendimento de que a remuneração indireta na prestação de serviços não afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. O Ministro Jorge Scartezini, em seu voto, declarou que:

Dispõe o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

"Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

(...)

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista." - grifei.

É certo que, para a caracterização da relação de consumo, o serviço deve ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração. No entanto, o conceito de "serviço" previsto na referida norma consumerista abrange tanto a remuneração direta quanto a indireta.

CLÁUDIA LIMA MARQUES, a respeito do tema, leciona-nos: "Mediante remuneração: A expressão utilizada pelo art. 3º do CDC para incluir todos os serviços de consumo é 'mediante remuneração'. (...) Parece-me que a opção pela expressão 'remunerado' significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o 'benefício gratuito' que está recebendo. A expressão

¹³¹ Cf. NUNES, op. cit., p. 91.

¹³² Cf. GAMA, op. cit., p. 39.

¹³³ BENAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., pp. 79 e 80.

¹³⁴ Cf. STJ, REsp 566468/RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 23.11.2004. Publicado no DJ de 17/12/2004.

'remuneração' permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo. (...)

Remuneração e gratuidade: Como a oferta e o marketing de atividades de consumo 'gratuitas' estão a aumentar no mercado de consumo brasileiro (...), importante frisar que o art. 3º, § 2º, do CDC refere-se à remuneração dos serviços e não a sua gratuidade. 'Remuneração' (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor.

'Gratuidade' significa que o consumidor não 'paga', logo, não sobre um minus em seu patrimônio. (...)" (In: "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", 1ª edição - 2ª tiragem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94) - grifei.

In casu, disse o v. acórdão (fls. 259/260):

"(...) tratando-se de responsabilidade objetiva, caberia ao réu a prova da excludente de sua responsabilidade, no que não logrou êxito.

Além do mais, a divulgação pela Internet é ato de sua inteira responsabilidade, diante das características do serviço que realiza. É evidente que se trata de relação de consumo, pois presta serviços desta natureza, em caráter de habitualidade e consagra-se na hipótese, justamente, o fato do serviço, constatando-se os prejuízos morais dele decorrentes para a Apelada."

Em sede de Embargos de Declaração, esclareceu (fls. 276): "não se pode olvidar que a remuneração pode ser obtida de forma indireta, mediante divulgação de produtos, eventos e assinaturas.

Portanto, perfeitamente considerável a aplicação do CDC."

Destarte, nesse particular, incensurável o v. decisum recorrido.

Quanto à alínea "c" do permissivo constitucional, conquanto tenha a recorrente procedido ao devido confronto analítico, melhor sorte não lhe assiste, devendo ser mantido o quantum indenizatório fixado em 200 (duzentos) salários mínimos.

Ressalte-se que, constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a revisão, nesta Corte, de aludida quantificação.

Com efeito, "o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (cf. REsp nºs 214.381/MG, 145.358/MG e 135.202/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJU, respectivamente, 29.11.1999, 01.03.1999 e 03.08.1998).

Na hipótese sub judice, ante as circunstâncias de fato apuradas nas instâncias ordinárias, restaram incontroversos tanto a responsabilidade da empresa-recorrente quanto o dano moral sofrido pela recorrida em seu ambiente social e profissional.

Diante de tais fatos, tenho que, considerando as peculiaridades do caso em questão, o valor fixado pelo Tribunal a quo a título de danos morais mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso. Desta forma, o valor indenizatório deve ser mantido em 200 (duzentos) salários mínimos, passível de correção monetária a contar desta data.

Por tais fundamentos, não conheço do recurso.

Outra questão que suscitou muitos questionamentos é a relativa aos serviços de natureza bancária, financeira e securitária. Apesar da clareza das disposições legais e da sólida base doutrinária que não deixava azo a muitas dúvidas a Confederação Nacional do Sistema

Financeiro ingressou com uma ação direta de inconstitucionalidade contra a inclusão dos serviços de natureza bancária na esfera das relações de consumo. A tentativa do setor bancário foi a de se homiziar da incidência do Código de Defesa do Consumidor ao argumento de que a matéria financeira deveria ser regulamentada por lei complementar e não ordinária, consoante dispõe o art. 192 da Constituição Federal.¹³⁵

O Supremo Tribunal Federal no dia 7 de junho de 2006 julgou a ADIn 2.591¹³⁶ e decidiu que as instituições financeiras estão sujeitas ao CDC, excluídas de sua abrangência a definição do custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas na exploração da intermediação de dinheiro na economia. O STF entendeu ainda que o CDC deve interpretado em coerência com a Constituição e dessa forma por consumidor se deve entender toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

O Supremo Tribunal Federal em sua decisão histórica reconheceu a constitucionalidade do Código de Defesa do Consumidor e com isso indica que “o novo direito privado, que inclui necessariamente a proteção dos consumidores em todos os serviços a eles oferecidos no mercado, encontrou sua base e garantia justamente nos mandamentos constitucionais, no art. 170 da CF/1988 e no art. 48 do ADCT¹³⁷.”

Resta finalmente destacar que a decisão tomada na ADIn 2.591 inaugura um novo momento para a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas bancárias, entre consumidores, bancos, financeiras, sociedades de crédito e seguradoras¹³⁸.

Se ninguém duvida que o sistema de valores e princípios constitucionais e os direitos fundamentais vinculam os poderes do Estado, já encontrar eficácia direta nas relações privadas destes direitos públicos não é sem polêmica. Autores alemães geralmente são contra a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais ao direito privado, pois esta limitaria a autonomia da vontade e prejudicaria a própria autonomia do direito privado. A decisão da ação direta de inconstitucionalidade evita esta discussão (ou a adia), pois decide justamente em manter a lei, o Código de Defesa do Consumidor (meio), que ao concretizar o direito fundamental do art. 5º, XXXII, da CF/1988, os princípios da ordem econômica do art. 170 e ao realizar o

¹³⁵ NUNES, op. cit., p. 96.

¹³⁶ Publicado no DJ do dia 29 de setembro de 2006, p. 00031.

¹³⁷ MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 388.

¹³⁸ Cf. MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op. cit., p. 376.

mandamento constitucional do art. 48 do ADCT, especialmente pela cláusula da boa-fé e combate à vantagem exagerada, permite justamente esta eficácia (indireta) dos direitos fundamentais¹³⁹.

Parece, assim, que qualquer objeção feita à inclusão dos serviços bancários, securitários, financeiros e de crédito no rol de serviços estabelecido pelo § 2º do Código de Defesa do Consumidor perdeu sua razão de ser. As instituições financeiras¹⁴⁰, dentre elas os bancos, são consideradas fornecedoras pela Lei de Defesa do Consumidor.

3.2 PRÁTICAS EMPRESARIAIS

Inicialmente é necessário esclarecer o título escolhido, pois, à luz do Código Civil brasileiro há diferenças entre as práticas denominadas empresariais e práticas econômicas civis.

O art. 966 e seu parágrafo único da Lei 10.406/2002 esclarecem que:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Posteriormente, no art. 982 e seu parágrafo único, o Código Civil estabelece:

Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.
Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

Doutrinariamente, contudo, tanto as atividades econômicas legalmente consideradas empresárias como as classificadas como simples são tratadas como comerciais ou empresárias em conceito unívoco.

¹³⁹ MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op. cit., p. 376-377.

¹⁴⁰ Cf. art. 17 da Lei 4.595/64: “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.”

Para evitar dubiedade entre o tratamento doutrinário e os conceitos estabelecidos nesta dissertação continuar-se-á, após a ressalva feita anteriormente, a utilizar a expressão "práticas empresariais" para definir as atividades econômicas de produção ou de circulação de bens e serviços, mesmo os serviços intelectuais de natureza artística científica ou literária e os praticados por sociedades cooperativas.

As práticas empresariais no Brasil, segundo dados obtidos no Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas¹⁴¹, ainda desconsideram os direitos fundamentais do consumidor.

Segundo dados do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, de setembro de 2007 a agosto de 2008 foram feitos quatrocentos e vinte e quatro mil, setecentos e cinco atendimentos¹⁴². De todos os atendimentos foram julgadas procedentes e consideradas consistentes noventa e três mil, oitocentas e setenta e duas reclamações¹⁴³. Segundo o documento do número total de reclamações fundamentadas formuladas contra oito mil, quinhentos e dezoito fornecedores, cerca de vinte e três por cento não foram atendidas apesar dos esforços administrativos nesse sentido.

O próprio Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC reconhece que os números são relativos, pois a demanda é muito superior às reclamações constantes do cadastro, já que os Procons, em sua grande maioria, priorizam os procedimentos mais céleres e preliminares para a solução dos conflitos apresentados pelos consumidores. As reclamações fundamentadas são resultado de processos administrativos.

Deve-se destacar, ainda, que apenas vinte três Procons estaduais e cinquenta e nove Procons municipais, dos cerca de cinco mil e seiscentos Municípios, estão integrados ao SINDEC - Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor.

Importante lembrar, ainda, somente uma parte dos consumidores que enfrentam problemas no mercado de consumo comparece aos órgãos de defesa do consumidor a fim de solucionar seu

¹⁴¹ Cadastro nacional de reclamações fundamentadas 2008: relatório analítico. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC). Brasília: DPDC, 2008.

¹⁴² Op. cit., p. 14.

¹⁴³ Op. cit., p. 17.

problema¹⁴⁴.

Inferre-se dos dados publicados pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor que o Estado brasileiro é administrativamente ineficiente para fazer frente às práticas empresariais consideradas abusivas. A debilidade estatal na defesa do consumidor é flagrante quando os dados oficiais demonstram que no Brasil cerca de dez por cento dos Municípios contam com Procons. Destes, somente cinquenta e nove estão cadastrados no SINDEC - Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor.

A fragilidade do Estado, responsável pela tutela do direito fundamental insculpido no inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal, é um convite para práticas empresariais dissociadas dos direitos básicos dos consumidores.

3.2.1 Conceito

Doutrinariamente há certa timidez em conceituar práticas empresariais. Prefere-se, em geral, a delimitação das práticas consideradas abusivas, sem que se atente para as práticas econômicas permitidas pelo ordenamento jurídico.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁴⁵ afirma que:

Em resumo, agora com os olhos postos no Direito do Consumidor e na busca da construção de uma teoria jurídica das práticas comerciais, poderíamos dizer que são estas *os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizados pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final.*

Vê-se, assim, que o autor trata as práticas empresariais como continente de todas as técnicas destinadas a inserir produtos e serviços no mercado consumidor, inclusive modalidades de acesso ao crédito e mecanismos destinados à cobrança de dívidas contraídas pelo consumidor.

¹⁴⁴ Op. cit., p. 17.

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2004, p. 242.

Os contratos e não somente as técnicas devem ser inseridos no conceito de práticas empresariais, já que a abusividade ocorrerá, principalmente, na contratação de produtos e serviços.

3.2.2 Práticas abusivas

As práticas abusivas são tratadas pelo arts. 39 a 41 do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁶. A enumeração legal é meramente exemplificativa, a teor do que dispõe o *caput* do art. 39.

Grupos econômicos organizados tentaram restringir o alcance da legislação ordinária e tornar o elenco das práticas abusivas *numerus clausus*¹⁴⁷. Somente com as modificações inseridas

¹⁴⁶ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO;

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;

XI - (Suprimido pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999, DOU 24.11.1999 - Ed. Extra);

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

§ 1º. Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de 10 (dez) dias, contado de seu recebimento pelo consumidor.

§ 2º. Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes.

§ 3º. O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros, não previstos no orçamento prévio.

Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de, não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor, exigir, à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

pelo art. 87 da Lei 8.884/94 é que o *caput* do art. 39 da Lei 8.078/90 passou a vigor com a seguinte redação: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas”, afastando qualquer dúvida sobre a natureza meramente exemplificativa.

Numa tentativa de síntese do elenco legal descrito pelo art. 39 da Lei 8.078/90 se pode sugerir que o legislador ordinário reputa abusiva a prática do fornecedor que, visando o locupletamento ilícito, abusa do direito em detrimento do consumidor.

Veda-se, por conseguinte, a falta de transparência na contratação de produtos ou serviços com o fim de proteger economicamente o consumidor que, seduzido pela publicidade, ocorre aos fornecedores de produtos e serviços a fim de satisfazer suas necessidades, reais ou induzidas pelo poder da publicidade.

Antônio Herman V. Benjamin¹⁴⁸ ensina que a prática abusiva decorre da “desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. ”

São práticas as mais variadas e que, no direito norte-americano, vêm reputadas como *unfair*. Como práticas (= atividade), comportam-se como gênero do qual as cláusulas e a publicidade abusivas são espécie. Um conceito fluido e flexível. Por isso mesmo, o legislador e os próprios juízes têm tido mais facilidade em lidar com o conceito de enganosidade do que com o de abusividade.¹⁴⁹

Acrescenta, ainda, que devem ser consideradas abusivas as práticas atentatórias à dignidade da pessoa humana, a igualdade de origem, raça, sexo, cor e idade, os direitos humanos, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas¹⁵⁰.

O autor¹⁵¹ esclarece ainda que não se deve confundir a concorrência desleal com a prática abusiva, pois esta se dirige ao consumidor enquanto aquela é restrita aos fornecedores.

Rizzatto Nunes¹⁵² entende que a “idéia de abusividade tem relação com a doutrina do abuso de direito” que define como “o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de

¹⁴⁷ Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 366.

¹⁴⁸ Op. cit., p. 215.

¹⁴⁹ Op. cit., p. 215.

¹⁵⁰ Op. cit., p. 367.

¹⁵¹ Op. cit., p. 216.

¹⁵² Op. cit., p. 535.

causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular.”

4. RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

4.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A responsabilidade civil pode ser conceituada como uma obrigação de ressarcir os danos causados por atos antijurídicos. O conceito não é uniforme e diversos juristas procuraram dar sua contribuição no âmbito do direito civil.

Celso Marcelo de Oliveira¹⁵³ sustenta que a responsabilidade civil se traduz na obrigação de reparar um prejuízo, seja “por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.”

Doutrinariamente a responsabilidade civil é classificada segundo três critérios: a) quanto a natureza; b) quanto ao fundamento; c) quanto ao fato gerador.

No primeiro critério a responsabilidade civil pode ser civil ou penal. Para identificar a espécie de responsabilidade se deve indagar se o dano foi causado por uma infração civil ou penal. O segundo critério distingue a responsabilidade em subjetiva e objetiva. Será subjetiva sempre que a responsabilização do agente depender de aferição da culpa em sentido lato; será objetiva sempre que a condição para a imputação da responsabilidade depender apenas do nexo causal entre a conduta do agente e do resultado. O terceiro e último critério divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. A primeira, como adverte Caio Mário da Silva Pereira¹⁵⁴, advém do descumprimento de obrigação derivada de uma declaração unilateral de vontade; a segunda, também denominada de aquiliana, deriva da prática dolosa ou culposa de um ato ilícito¹⁵⁵.

O Código de Defesa do Consumidor objetivando a efetividade da proteção do consumidor se afastou do conceito de culpa e reconheceu a responsabilidade civil objetiva, excetuando

¹⁵³ OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Teoria geral da responsabilidade civil e de consumo**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 84.

¹⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 246-247.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4 p. 8.

apenas a responsabilidade dos profissionais liberais. Neste caso prevalece a responsabilidade subjetiva, a teor do disposto no § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

O legislador brasileiro, como salientado em doutrina¹⁵⁶, desprezando os conceitos de responsabilidade civil contratual e extracontratual ou aquiliana, criou um sistema em que o fabricante e, em sua ausência o fornecedor, responde pelas perdas e danos que o produto ou serviço posto à disposição do consumidor causar.

O art. 12 da Lei 8.078/90 estabelece que a responsabilidade do fornecedor independe de culpa pelos danos causados ao consumidor por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e os riscos.

Pode-se extrair do dispositivo legal citado que a reparação diz respeito aos danos materiais, morais ou mesmo à imagem dos consumidores¹⁵⁷. A regra, como se vê, é a responsabilidade sem culpa.

O legislador brasileiro¹⁵⁸ adotou a responsabilidade objetiva, pois as relações de massa, de consumo, não se coadunam mais com o sistema preponderante na legislação civil. A defesa dos interesses do consumidor, considerado hipossuficiente, impôs a adoção de mecanismos capazes de dar efetividade aos dispositivos legais inerentes ao ressarcimento dos danos. Criou-se com a responsabilidade objetiva condições propícias para que os interesses individuais ou metaindividuais relativos à defesa do consumidor, seja no plano dos direitos humanos ou fundamentais ou no campo do direito econômico¹⁵⁹.

Carolina Bellini Arantes de Paula¹⁶⁰ pensa que:

A responsabilidade objetiva, lapidada nas obras pioneiras de Raymond Saleilles, Louis Josserand, Georges Ripert e outros, firmou-se como exigência social com o fim precípua de promover a reparação dos danos sofridos injustamente pelas vítimas, independentemente da apreciação dos fatores subjetivos de seu causador.

¹⁵⁶ Cf. ANDRADE, op. cit., p. 127.

¹⁵⁷ Cf. OLIVEIRA, op. cit., p. 773.

¹⁵⁸ VIVA, Rafael Quaresma. **A responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: RCS, 2007, p. 68-69.

¹⁵⁹ Cf. art. 170, V, da Constituição Federal.

¹⁶⁰ PAULA, Carolina Bellini Arantes. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007, p.14-15.

O enfoque da responsabilidade civil, antes lastreado na conduta voluntária do agente, transfere-se para a reparação efetiva das vítimas. A apreciação da voluntariedade da conduta do agente e de sua ilicitude perde relevo para a comprovação efetiva do dano e do seu nexu causal com o fato ou ato que o acarretou.

Em síntese, os ditames da responsabilidade civil objetiva restringem-se à comprovação do dano e do nexu causal, emergindo o dever de reparar independentemente da culpa do agente. O causador do dano só se exime do dever de indenizar se provar a ocorrência de alguma das excludentes de responsabilidade civil objetiva.

Na direito comparado, conforme Claudia Lima Marques¹⁶¹, há tendência de atribuir ao fabricante “a responsabilidade extracontratual pelos danos causados ao consumidor por produtos defeituosos.” O direito brasileiro seguiu essa tendência ao dispor no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor que o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores. Excepciona a regra em relação aos profissionais liberais e admite a responsabilidade subjetiva.

A mudança do paradigma para a responsabilização dos fornecedores se deve a dificuldade de promover a responsabilização dos danos causados ao consumidor pelo critério subjetivo, pois, como adverte Antônio Herman V. Benjamin¹⁶², “Se é relativamente fácil provar o prejuízo, o mesmo já não acontece com a demonstração da culpa.” Associada a dificuldade de prova da culpa está a dificuldade de acesso à justiça no Brasil, causada pela ineficiência do Poder Judiciário que, dentre outras razões, não conta com juízes suficientes para resolver as muitas ações propostas, que se eternizam nos fóruns e tribunais em flagrante desrespeito ao inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

A adoção de modelo diverso que não conduzisse a responsabilidade objetiva comprometeria a tutela dos direitos do consumidor e criaria obstáculos quase intransponíveis ao efetivo ressarcimento do dano causado pelo agente econômico.

4.1.1 Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço

¹⁶¹ Op. cit., p. 1209.

¹⁶² Op. cit., p. 122.

A expressão “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço” tem recebido críticas contundentes por parte da doutrina especializada¹⁶³ que não atende a nova visão pretendida pelo direito do consumidor. Para Antônio Herman V. Benjamin¹⁶⁴ é preferível se falar em “responsabilidade pelos acidentes de consumo”.

A denominação utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor parece correta na medida em que o legislador procurou diferenciar a responsabilidade civil nas relações de consumo das demais formas de responsabilidade. Neste caso o vocábulo fato indica a existência de um dano causado por produto ou serviço e que é iniludivelmente imputado ao fornecedor. A doutrina convencionou chamar o fato do produto ou do serviço de acidente de consumo, olvidando-se do fato de que o substantivo acidente denota uma ocorrência inesperada, fortuita e que o fato do produto e do serviço nem sempre tem natureza acidental.

Fato do produto ou do serviço significa o dano causado por um produto ou por um serviço defeituoso. O dano poderá atingir a integridade física ou psíquica, o patrimônio do consumidor ou a sua imagem¹⁶⁵. Desta forma qualquer defeito de fabricação ou de fornecimento que cause dano ao consumidor é considerado fato¹⁶⁶.

A responsabilidade objetiva, como se verá a seguir, pelo fato do produto ou serviço se deve aos mecanismos de produção em série que trouxeram para a sociedade consumidora um aumento dos riscos e danos¹⁶⁷. A inevitabilidade das falhas, intrínsecas ao processo de industrialização, induziram a criação de mecanismos legais que permitissem o ressarcimento dos danos causados pelos produtos e serviços postos no mercado.

Roberto Senise Lisboa¹⁶⁸ destaca que:

A revolução industrial e a massificação contratual decorrente do crescimento e da evolução tecnológica do sistema produtivo conduziram o aplicador da lei a reconhecer a necessidade de uma reavaliação das normas jurídicas existentes,

¹⁶³ Cf. BENJAMIN; MARQUES; BESSA, op. cit., p. 112.

¹⁶⁴ Op. cit., p. 112.

¹⁶⁵ VIVA, Rafael Quaresma. **A responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: RCS, 2007, p.73.

¹⁶⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.

¹⁶⁷ Cf. VIVA, op. cit., p. 78-79.

¹⁶⁸ Op. cit., p. 66-67.

contemplando-se atualmente, mediante o estabelecimento de um conjunto de normas distinto, a defesa individual e coletiva dos consumidores.

Buscou-se corrigir, desse modo, as distorções proporcionadas pela massificação, proporcionando-se à coletividade de consumidores ofendida em seus direitos a defesa coletiva, através de alguma das entidades legitimadas por lei para tanto (entes da Administração Pública direta e indireta; associações constituídas há mais de um ano cujo objeto é a defesa do consumidor; e o Ministério Público).

Tais distorções trouxeram uma série de prejuízos econômicos e morais ao consumidor. Produtos defeituosos, acidentes no transporte coletivo, o extravio e a danificação de bagagens, assim como a ofensa à vida, à saúde ou à segurança do usuário do serviço se proliferaram. O sistema jurídico tinha de trazer respostas desejáveis pela sociedade, porém demonstrava-se impotente para tanto.

[...]

A adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva foi a solução mais adequada diante da crise da responsabilidade civil no final do século XIX, porque a vítima não tinha como provar a culpa do fornecedor de produtos industriais e do transportador. A responsabilidade pela simples existência do nexo de causalidade, fundamentada na teoria do risco criado pelo exercício da atividade, viabilizou a efetiva reparação do dano em favor do consumidor, tanto por prejuízo patrimonial como extrapatrimoniais (art. 6º, VI, da Lei 8.078, de 1990). A proteção patrimonial deixou de ser a única preocupação na defesa do consumidor. Sob o princípio constitucional da dignidade humana, estabeleceu-se a garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor nos casos de acidente de consumo.

O legislador brasileiro, atento à nova realidade mundial na cadeia produtiva fixou a responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor, com muito rigor, a fim de minimizar os danos causados aos consumidores. Dispõe a legislação brasileira que o produtor, o construtor, o fabricante e o importador respondem pelos danos causados ao consumidor pelo produto ou da falta de segurança de sua utilização¹⁶⁹.

O dano é o pressuposto básico da responsabilização objetiva¹⁷⁰. Para que seja indenizável, contudo, é preciso a certeza de sua existência, a produção de seus efeitos na esfera patrimonial de outra pessoa que não seja seu causador e o liame ou nexo de causalidade entre o fato do produto ou do serviço e o dano ocorrido.

Dispõe a lei de defesa do consumidor¹⁷¹ que o produto é considerado defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. São levadas em consideração algumas circunstâncias relevantes, tais como: a) sua apresentação; b) o uso e os riscos que razoavelmente se esperam; c) a época em que foi colocada em circulação.

¹⁶⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 403.

¹⁷⁰ PAULA, op. cit., p. 34.

A segurança é, sem dúvida, o fator determinante na definição de produto defeituoso. Sendo assim, é necessário distinguir o fornecimento defeituoso do fornecimento perigoso. Neste o perigo é intrínseco ao produto; naquele a falta de segurança não é esperada e decorre de defeito¹⁷².

Arnaldo Rizzardo¹⁷³ sustenta a existência de três tipos de defeito: a) defeito de concepção; b) defeito de produção ou fabricação; c) defeito de informação ou comercialização.

No defeito de concepção os defeitos estão no projeto tecnológico ou na escolha de materiais inadequados. O defeito de produção decorre de falhas no processo produtivo e o defeito de informação tem sua origem na deficiência das informações dadas ao consumidor.

A responsabilidade pelo fato do produto é excluída quando o fornecedor demonstrar: a) que não colocou o produto no mercado; b) que inexistente o defeito; c) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro¹⁷⁴.

Carolina Bellini Arantes de Paula¹⁷⁵ propõe uma classificação das excludentes da responsabilidade em genéricas e específicas. As genéricas correspondem ao caso fortuito e a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro; as específicas são a inexistência de defeito do produto ou serviço, a não colocação do produto no mercado e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A proposta de sistematização e classificação parece não condizer com o disposto na legislação de defesa do consumidor. Há verdadeira superposição das excludentes genéricas e específicas como se verá a seguir.

O caso fortuito e a força maior corresponderão, na verdade, a excludente legal de inexistência de defeito. Sua caracterização, com efeito, importa no reconhecimento da autonomia da causa

¹⁷¹ Cf. art. 12 e parágrafos do CDC.

¹⁷² Cf. OLIVEIRA, op. cit., p. 785.

¹⁷³ Op. cit., p. 412-413.

¹⁷⁴ Cf. art. 12, § 3º, do CDC.

¹⁷⁵ Op. cit., p. 89-132.

do dano por fator exógeno e independente do produto e neste caso não se poderá imputar ao fornecedor qualquer responsabilidade.

A culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro parecem corresponder à culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. A autora citada, ao defender seu ponto de vista, afirma que o fato de terceiro decorre do dano provocado exclusivamente, “[...] não pela conduta ou atividade do suposto causador direto, nem pela vítima, mas por terceiro, estranho a eles¹⁷⁶.” Assim não há distinção entre a culpa exclusiva de terceiro e o fato de terceiro. O mesmo raciocínio pode ser construído entre a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva do consumidor. O consumidor será sempre a vítima do fato do produto ou do serviço. Se o dano foi causado por sua culpa exclusiva faltará o liame de causalidade e, portanto, condição para a responsabilização do fornecedor.

No que concerne ao fato do serviço o Código de Defesa do Consumidor estabelece que o fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Considera-se defeituoso o serviço que não oferece a segurança que dele se espera, levando-se em consideração três circunstâncias consideradas relevantes: a) modo de fornecimento; b) resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; c) época de fornecimento¹⁷⁷.

Mais uma vez a segurança exsurge como elemento preponderante da aferição do defeito relativo à prestação de serviços.

O legislador ordinário entendeu por bem, contudo, responsabilizar os profissionais liberais subjetivamente ao dispor no § 4º do art. 14 da Lei 8.078/90 que a “[...] responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa.”

¹⁷⁶ Op. cit., p. 108.

¹⁷⁷ Cf. art. 14 d do CDC.

Arnaldo Rizzardo¹⁷⁸ entende que a responsabilidade subjetiva só se refere as atividades de meio e não de resultado. Adverte que se o serviço estiver condicionado ao resultado “não se indaga culpa, ensejando firmar a responsabilidade pelo simples defeito ou vício.”

A responsabilidade pelo fato do serviço será excluída, a exemplo do que ocorre com o fato do produto, quando o fornecedor demonstrar: a) a inexistência do defeito; b) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro¹⁷⁹.

4.1.2 Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço

A legislação de defesa do consumidor dispõe que os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas¹⁸⁰.

O vício do produto pode ser conceituado como toda imperfeição que tenha repercussão em sua qualidade ou quantidade e provoque a diminuição de seu valor econômico ou cause sua inadequação ou impropriedade para o consumo¹⁸¹.

Diferentemente do que ocorre com os produtos defeituosos se impõe ao fornecedor a obrigação de sanar o vício no prazo de trinta dias corridos, ou em outro prazo convencionado que não poderá ser inferior a sete ou superior a cento e oitenta dias, sob pena de ter que satisfazer as seguintes obrigações alternativas: a) substituição do produto por outro da mesma espécie; b) restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; c) abatimento proporcional do preço. Estas obrigações deverão ser

¹⁷⁸ Op. cit., p. 415.

¹⁷⁹ Cf. § 3º do art. 14 d do CDC.

¹⁸⁰ Cf. art. 18 do CDC.

¹⁸¹ Cf. GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 16.

satisfeitas imediatamente sempre que o vício comprometer a qualidade, as características do produto, causar a diminuição do valor do produto ou se tratar de produto essencial¹⁸².

As múltiplas opções existentes para o consumidor que seguem a solução obrigatória, visam conciliar os interesses dos consumidores e dos fornecedores a fim de que a defesa dos direitos dos primeiros possa ser plenamente exercida. Vê-se claramente que o Código de Defesa do Consumidor preserva os interesses dos fornecedores contra eventuais abusos dos consumidores, conferindo prazo razoável para que o vício seja sanado¹⁸³. O que se objetiva é efetiva prevenção e proteção contra danos patrimoniais por vício do produto¹⁸⁴.

O vício do serviço pode ser conceituado como aquele que decorre de qualidade deficiente que o torna impróprio ao consumo ou cause a diminuição de seu valor, bem como os que decorrem da diferença com a oferta ou mensagem publicitária.

Marcelo Kokke Gomes¹⁸⁵ entende que o vício do serviço está relacionado a sua inadequação aos parâmetros de qualidade e que suscitam uma desvantagem econômica que não ultrapassa os limites valorativos do serviço defeituoso. O vício pode ser também de quantidade decorrentes da disparidade com a oferta ou publicidade¹⁸⁶.

A responsabilidade do fornecedor pelos vícios de qualidade do serviço está descrita no art. 20 da Lei 8.078/90. Este dispositivo faculta ao consumidor, diante do vício de qualidade ou de quantidade, exigir do fornecedor: a) a reexecução dos serviços, sem custo adicional; ou, b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada; ou, c) o abatimento proporcional do preço.

4.1.3 Dano moral

A Constituição Federal de 1988 estatui nos incisos V e X do art. 5º que o dano moral é reparável por ofensas e por violação a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

¹⁸² Cf. art. 18 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁸³ Cf. QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 114-115.

¹⁸⁴ Cf. LISBOA, op. cit., p. 218-219.

¹⁸⁵ Op. cit., p. 174-175.

¹⁸⁶ Cf. RIZZARDO, op. cit., p. 420.

peessoas. As disposições constitucionais puseram fim a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a possibilidade de compensabilidade do dano não patrimonial ou moral.

Na esteira do que foi fixado na Constituição Federal, diversas leis foram editadas com a previsão de reparação do dano moral. Dentre elas se pode citar, exemplificativamente, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990; a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990; a Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002.

O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 37 que prevê a cumulação das indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Yussef Said Cahali¹⁸⁷ pondera que a Constituição Federal não criou no ordenamento jurídico brasileiro a figura do dano moral. Elevou o direito a sua reparabilidade à condição de fundamental.

Impende considerar que a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior; não sendo aceitável, assim, pretender-se que a reparação dos danos dessa natureza somente seria devida se verificados posteriormente à referida Constituição.

Na realidade, mesmo antes da explicitação constitucional, já se permitia induzir das hipóteses ditas casuísticas e controvertidas, em que o anterior CC (arts. 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550) e algumas leis especiais teriam preconizado a reparação do dano moral, já se permitia induzir (repita-se) do sistema jurídico brasileiro a existência em nosso direito do *princípio geral da reparabilidade do dano moral*.

Arnaldo Rizzardo¹⁸⁸ corrobora as asserções doutrinárias citadas ao afirmar que:

[...] nada de novo veio com a Constituição, porquanto já o art. 159 do Código Civil de 1916, no qual se fundamentava a responsabilidade, tinha em vista o dano em geral, não fazendo qualquer distinção quanto ao tipo ou à natureza. Mesmo anteriormente dominava, de outro lado, o princípio de que o ressarcimento deveria ser o mais amplo possível, abrangendo todo e qualquer prejuízo.

O dano moral, de fato, não é novo e sua reparação, apesar do dissenso doutrinário e jurisprudencial existente no passado, já encontrava fundamento legal no CC de 1916, mormente pelo entendimento de que o ressarcimento dos danos causados devia ser amplo.

¹⁸⁷ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 54-55.

O dano moral corresponde as lesões sofridas pela pessoa física ou jurídica¹⁸⁹ em seu patrimônio ideal¹⁹⁰ ou interesses extrapatrimoniais. Não é “a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso¹⁹¹.” O dano moral é a lesão a “um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o Estado de família)¹⁹².

Nas relações de consumo, contratuais ou extracontratuais, todos os danos sofridos pelo consumidor são indenizáveis, sejam de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. O valor da indenização pelos danos morais deverá ser fixado pelo juiz, já que inexistem critérios objetivos para sua fixação¹⁹³.

Nesta linha de entendimento se pode afirmar com segurança que o Código de Defesa do Consumidor prevê a indenização por dano moral coletivo. Isto se deve a equiparação feita pelo parágrafo único do art. 2º. daquele diploma legal que equipara a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, ao consumidor.

Destaque-se, ainda, que a regra de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor é objetiva e o art. 6º, ao tratar do ressarcimento dos danos morais e patrimoniais, não exclui categorias de consumidores. Diz, claramente, que a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, se constitui em direito básico do consumidor.

O Estado ao tutelar a defesa do consumidor¹⁹⁴ poderá, destarte, por meio de ação coletiva, pleitear indenização por dano moral coletivo, sempre que os direitos extrapatrimoniais da coletividade forem ofendidos por ato ilícito do fornecedor¹⁹⁵.

¹⁸⁸ Op. cit., p. 245-246.

¹⁸⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7, p. 84-85.

¹⁹⁰ Cf. RODRIGUES, op. cit., p. 189.

¹⁹¹ Cf. DINIZ, op. cit., p. 85-86.

¹⁹² Cf. DINIZ, op. cit., p. 86-87.

¹⁹³ Cf. ANDRADE, op. cit. p. 230-231.

¹⁹⁴ Cf. inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal.

¹⁹⁵ Cf. art. 186 da Lei 10.406/2002.

5. AS RELAÇÕES CONTRATUAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

5.1. CONTRATO

A teoria contratual clássica, apoiada na autonomia de vontade e na aplicação do liberalismo econômico, com o advento da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, sofreu importante modificação. Uma “concepção mais social e intervencionista de contrato massificado aparece no novo Código Civil brasileiro¹⁹⁶” e introduz os princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor no “sistema de direito privado geral¹⁹⁷.”

Ver-se-á a seguir a análise da nova concepção dos contratos na esfera das relações de consumo. A abordagem que se fará não tenciona ao exaurimento do tema. Pretende situá-lo no contexto da tutela coletiva do consumidor como direito fundamental.

5.1.1 Conceito

Maria Helena Diniz¹⁹⁸ conceitua o contrato “acordo entre a manifestação de duas ou mais vontades na conformidade da ordem jurídica destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.”

O conceito acima parece lacunoso por não revelar a nova concepção social de contrato, pois estruturalmente toma como fundamento a autonomia da vontade. O contrato, como negócio jurídico bilateral, ou plurilateral¹⁹⁹, visto em sua nova acepção, considera não só o momento

¹⁹⁶ Cf. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 52-53.

¹⁹⁷ MARQUES, op. cit., p. 52.

¹⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5^a. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: 2003, v. 1, p. 8-9.

¹⁹⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 3-4.

da manifestação da vontade , mas também e principalmente os efeitos sociais e as condições sociais e econômicas dos contratantes²⁰⁰ .

O contrato, desta forma, pode ser conceituado como acordo de vontades destinado a estabelecer, modificar ou extinguir relações jurídicas²⁰¹, subordinado em seus efeitos e validade aos direitos fundamentais²⁰².

5.1.2 Os contratos nas relações de consumo

Historicamente a visão tradicional do contrato tem a expressão da vontade como fonte geradora de obrigações. Os contornos do público e do privado são gizados a fim de garantir ampla liberdade aos indivíduos na realização de negócios jurídicos. O Estado, nesta concepção, tem como função a de garantir a execução e o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas.

Leonardo Roscoe Bessa²⁰³ enumera três princípios nos quais estava assentada a teoria contratual clássica:

- 1) a *autonomia da vontade* ou *liberdade contratual*, que consiste na liberdade de contratar, na escolha do parceiro contratual e na definição do conteúdo do contrato;
- 2) a *força vinculante* ou *força obrigatória* dos contratos (*pacta sunt servanda*), ou seja, concluído o contrato, estão as partes a ela vinculadas e obrigadas a cumprir seu conteúdo, cabendo ao Estado, com o uso da força, se necessário, assegurar a execução dos acordos;
- 3) a *relatividade dos efeitos contratuais*: os contratos só possuem efeitos em relação às partes contratantes, não podendo criar direitos ou obrigações para terceiros.

O Código Civil de 1916²⁰⁴ sofreu grande interferência dessa concepção e suas normas de ordem pública são tímidas. Há pouca ou nenhuma possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, mesmo diante de manifesta injustiça.

²⁰⁰ Cf. MARQUES, op. cit., p. 210-211.

²⁰¹ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

²⁰² Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 160-161

²⁰³ Op. cit., p. 278-279.

²⁰⁴ CC de 1916.

A sociedade de massa ou de consumo moderna, contudo, exigiu a mudança dos paradigmas teóricos que orientavam a formação dos contratos. Na nova concepção os efeitos sociais dos contratos são considerados e, principalmente, as condições econômicas e sociais dos contratantes.

A visão liberal cede à socialização da teoria contratual²⁰⁵. O pensamento jurídico assentado sobre a autonomia da vontade individual é substituído por um novo modelo que abandona o ideal positivista e reconhece a influência do elemento social em que a confiança ganha maior significação²⁰⁶.

O Código de Defesa do Consumidor reservou um de seus capítulos para tratar da proteção contratual²⁰⁷ e mitigou sensivelmente o princípio do *pacta sunt servanda* ao reconhecer que os contratos são elaborados unilateralmente, como os contratos de adesão, ou não são apresentados por instrumento, resumindo-se ao trato verbal²⁰⁸. O reconhecimento da desigualdade entre os atores da relação de consumo impõe a necessidade de proteção contratual e assim de interferência estatal. Esta conclusão é extraída dos artigos 46 e 47 do diploma legal citado que, em síntese, afirmam que os contratos serão interpretados favoravelmente aos consumidores e os obrigarão se não lhes for dado o conhecimento prévio de seu conteúdo ou a redação for de difícil compreensão.

A boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico²⁰⁹ são as grandes novidades do Código de Defesa do Consumidor. A boa-fé objetiva²¹⁰ denota o respeito dos interesses e das expectativas dos contratantes nas relações de consumo e a inibição da intenção de locupletamento.

Claudia Lima Marques descreve as funções da boa-fé objetiva²¹¹:

a) *de complementação ou concretização da relação (Erganzungsfunktion)*, podendo o aplicador da lei, através do princípio da boa-fé objetiva, visualizar e precisar quais os deveres e direitos decorrentes daquela relação em especial (por exemplo, incluindo as informações veiculadas em publicidade – art. 30 do CDC), também chamada de função interpretativa. A expressão alemã é de valorar-se já que bem específica a função ativa do juiz, pois, tratando-se do *Richterrecht* (direito dos

²⁰⁵ Cf. MARQUES, op. cit., p. 211.

²⁰⁶ Cf. MARQUES, op. cit., p. 212.

²⁰⁷ Capítulo VI.

²⁰⁸ Cf. NUNES, op. cit., p. 594-595.

²⁰⁹ Inc. III do art. 4º do CDC.

²¹⁰ Cf. MARQUES, op. cit., p. 216-217.

²¹¹ Op. cit., p. 221-222.

juízes), é atividade mais completa e complexa do que a simples interpretação (sim, concreção de cláusula geral). A expressão atual alemã também esclarece que a boa-fé é fonte de deveres, “descobertos” na complementação, na “fotografia” da relação, que realiza o magistrado; b) *de controle e de limitação das condutas (Scharankenfunktion)*, pois o princípio, de forma imanente, está a limitar as “posições” jurídicas dos contraentes e o exercício de seus direitos – daí, por exemplo, a proibição de cláusulas e práticas abusivas (arts. 39 e 51 do CDC), [...]; c) *de correção e de adaptação em caso de mudança das circunstâncias (Korrekturfunktion)*, a permitir que o julgador adapte e modifique o conteúdo dos contratos para que o vínculo permaneça (manutenção do vínculo) apesar da quebra da base objetiva do negócio – por exemplo, com a desvalorização do dólar em contratos de *leasing* -, ou imponha deveres de renegociação em face da quebra subjetiva da base do negócio – por exemplo, quando o consumidor perde seu emprego; d) *de autorização para a decisão por equidade (Ermächtigungsfunktion)*, pois, como cláusula geral, sua concreção passa pela ativa participação do julgador e não pode escapar à tópica e à procura da equidade contratual, originando assim um direito de equidade (*Billigkeitsrecht*) adaptado à sociedade e às necessidades atuais.

A boa-fé objetiva permite ao Estado na tutela coletiva dos direitos do consumidor a revisão dos contratos de adesão com flagrante desequilíbrio contratual. Além disso, considerando a postura do Poder Judiciário diante dessa nova concepção de contrato, o juiz diante do caso concreto poderá adaptar o contrato as necessidades das partes envolvidas, visando a garantia do vínculo em caso de modificação da situação econômica dos contratantes ou da mudança das circunstâncias presentes por ocasião da celebração da avença.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado em relação a boa-fé objetiva de forma a assegurar o equilíbrio contratual e evitar abusos. Ao decidir o REsp 10080973, j. 9.12.2008, DJE 03.02.2009, em que foi rel. a Min. Nancy Andrighi, a terceira turma decidiu que as disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação. O segurado perde direito à indenização, nos termos do art. 766, CC/2002, (art. 1.444/CC1916) se tiver feito declarações inverídicas quando poderia fazê-las verdadeiras e completas. E isso não se verifica se não tiver ciência de seu real estado de saúde. Excepcionalmente, a omissão do segurado não é relevante quando contrata seguro e mantém vida regular por vários anos, demonstrando que possuía, ainda, razoável estado de saúde quando da contratação da apólice. *Aufere* vantagem manifestamente exagerada, de forma abusiva e em contrariedade à **boa-fé**

objetiva, o segurador que, após longo período recebendo os prêmios devidos pelo segurado, nega cobertura, sob a alegação de que se trata de doença pré-existente.²¹²

A jurisprudência do STF parece indicar que as relações contratuais podem ser revistas pelo Poder Judiciário sempre que o princípio da boa-fé objetiva for maculado. Procura-se assegurar o perfeito equilíbrio contratual e o respeito ao direito de informação, em uma nova concepção do contrato em que a autonomia da vontade das partes é relativizada e o Estado participa ativamente de forma a assegurar o respeito aos direitos constitucional e legalmente assegurados.

A Constituição Federal ao dispor sobre direitos humanos, positivá-los e considerar a defesa do consumidor pelo Estado como direito fundamental²¹³ provocou mudança sensível nas relações contratuais, emprestando-lhes uma visão mais social.

A força normativa do direito constitucional no direito privado resta evidente²¹⁴, principalmente o efeito horizontal dos direitos fundamentais entre os direitos privados. As relações contratuais de consumo denotam um novo paradigma de Estado que garante a existência da livre iniciativa²¹⁵ e insere como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor²¹⁶.

5.1.3 O consumidor nos contratos de consumo

O consumidor, inserido nessa nova concepção de contrato, é tratado como parte vulnerável, pois a relação jurídica é regulada por disposições constitucionais²¹⁷ e pelo microsistema do Código de Defesa do Consumidor que o consideram em situação de fragilidade diante do poderio econômico do fornecedor²¹⁸.

²¹² Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 10080973, 3ª turma, Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2009. No mesmo sentido REsp 908835/SP.

²¹³ Inc. XXXII do art. 5º.

²¹⁴ Cf. MARQUES, op. cit., p. 256-257; e, SARMENTO, op. cit., p. 236-237.

²¹⁵ Art. 170 da Constituição Federal.

²¹⁶ Inc. V do art. 170 da Constituição Federal.

²¹⁷ Inc. XXXII do art. 5º e inc. V do art. 170 da Constituição Federal.

²¹⁸ Cf. ANDRADE, op. cit., p. 283-284.

A vulnerabilidade do consumidor decorre da presunção de que não tem acesso ao sistema produtivo, condições de conhecer seu funcionamento²¹⁹ e obter informações técnicas sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado. A escolha do consumidor, sensivelmente manietada por estratégias mercadológicas e de publicidade²²⁰ está restrita ao que for posto no mercado de consumo pelo fornecedor, cuja intenção principal é a de produzir resultados econômicos positivos, lucros.

Há que se destacar os aspectos relacionados à capacidade econômica dos consumidores, pessoas físicas, jurídicas e entidades despersonalizadas, que não dispõem, em regra, de capacidade econômica para buscar a satisfação judicial de seus interesses, mormente quando confrontados com grandes grupos econômicos e dependem de uma particular forma de proteção que iniba esses abusos.

As disposições constitucionais e legais não visam criar um “império do consumidor em relação ao fornecedor²²¹.” Ao revés, ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor quis o legislador constituinte e o legislador ordinário equilibrar a relação jurídica aplicando o princípio da igualdade²²².

A atuação função social do direito privado é a da proteção da pessoa em face da sociedade globalizada e informatizada dos dias de hoje²²³. O consumidor nesta sociedade está a mercê de uma linguagem própria dos agentes publicitários que influencia decisivamente sua opção de contratação²²⁴ e o coloca em posição de desvantagem, de vulnerabilidade.

²¹⁹ Cf. NUNES, op. cit., p. 603.

²²⁰ Cf. SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 162-163.

²²¹ ANDRADE, op. cit., p. 283-284.

²²² Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e inc. II do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

²²³ MARQUES, op. cit., p. 36-37.

²²⁴ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A eficácia jurídica na defesa do consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 112-113.

6. DAS AÇÕES COLETIVAS

6.1 HISTÓRICO DAS AÇÕES COLETIVAS

Tormentosa a análise das origens históricas da ação coletiva, vez que não há consenso doutrinário a respeito do tema.

Gregório Assagra²²⁵ assevera que não é possível falar em origem remota do “direito processual coletivo²²⁶” como concebido modernamente, em que pese as assertivas doutrinárias no sentido de que em institutos do direito romano podem ser encontradas espécies de ações populares²²⁷ ou que a origem das ações coletivas data do século XII.²²⁸

Majoritariamente, contudo, se tem atribuído ao direito inglês o berço das ações coletivas modernas, como variantes do *Bill of peace*²²⁹.”

Teori Albino Zavascki afirma que: “O certo é que da antiga experiência das cortes inglesas se originou a moderna ação de classe (*class action*), aperfeiçoada e difundida no sistema norte americano, especialmente a partir de 1938, com a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, e da sua reforma, em 1966, que transformaram esse importante método de tutela coletiva em ‘algo único e absolutamente novo’²³⁰.”

6.2 AÇÕES COLETIVAS COMO INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A massificação do consumo e o fortalecimento dos exerceedores de atividades econômicas têm provocado alterações sensíveis na sociedade brasileira, achacada pelo empobrecimento cultural causado pela padronização de gostos, hábitos, opiniões, valores e pela imensa dificuldade de defesa contra as práticas abusivas.

²²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37-45.

²²⁶ Op. cit., p. 38.

²²⁷ Op. cit., p. 38.

²²⁸ ALMEIDA, op. cit., p. 39.

²²⁹ Op. cit., p. 29.

²³⁰ Op. cit., p. 29.

O aparelho estatal, apesar dos dispositivos constitucionais que obrigam a proteção pelo Estado dos interesses transindividuais, como se vê, por exemplo, do inc. XXXII do art. 5º²³¹ e do inc. III do art. 129²³², se mostra ineficaz quando cotejado com a velocidade e organização dos agentes econômicos que através de diversos expedientes procuram inibir a defesa de direitos e inibir o acesso à justiça, mormente ao Poder Judiciário.

As ações individuais, facilitadas pela implantação dos juizados especiais²³³ e decorrentes do direito de acesso à justiça, visto na perspectiva que o caracteriza como sinônimo de acesso ao Judiciário²³⁴, diante das inúmeras violações perpetradas pelos agentes econômicos em detrimento de milhares de pessoas, mormente as hipossuficientes, têm resultado na imobilização do Poder Judiciário e impossibilitado a efetividade da justiça em face da morosidade no julgamento das causas, transformando os direitos garantidos constitucionalmente em “meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores²³⁵.”

As ações coletivas, diante desse quadro de difícil solução, se apresentam como instrumentos de proteção e defesa de direitos, pois permitem maior celeridade do Poder Judiciário através da redução do número de ações individuais, aumentam a efetividade da tutela jurisdicional através dos efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, inibem as práticas atentatórias aos direitos metaindividuais em face do menor desequilíbrio de forças e da repercussão econômica incidente sobre o patrimônio do sujeito passivo.

6.3 AÇÕES COLETIVAS COMO INSTRUMENTOS DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

²³¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

²³² “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

²³³ Lei 9.099, de 27 de setembro de 1995.

²³⁴ Cf. MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 52.

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth²³⁶ anotam que a expressão acesso à justiça serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: a) o sistema deve ser igualmente acessível a todos; b) deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Luiz Guilherme Marinoni²³⁷ anota que “o direito de acesso à justiça é um direito básico, certamente um dos mais relevantes direitos fundamentais, na medida da sua importância para a tutela de todos os demais direitos”.

Parcela expressiva da doutrina pátria identifica o acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário, em interpretação quase literal do disposto na CF. Há quem sustente que a melhor opção terminológica seria “acesso à ordem jurídica justa”²³⁸, posição que se mostra consentânea com as disposições constitucionais vigentes no Brasil.

Pedro Lenza²³⁹ aponta os seguintes óbices que devem ser vencidos para a efetivação da ordem jurídica justa:

a) necessidade de identificação e exato conhecimento da realidade sócio-político-econômica do país, a fim de que se pense na ‘correta estruturação dos Poderes e adequada organização da Justiça, se trace uma correta estratégia de canalização e resolução dos conflitos e se organizem convenientemente os instrumentos processuais preordenados à realização efetiva de direitos’; b) a estruturação da Justiça deve corresponder às exigências dos conflitos; c) participação da comunidade na administração da Justiça e adoção de técnicas alternativas de soluções de conflitos; d) deve-se incentivar o constante aperfeiçoamento dos juízes, corrigindo-se eventual postura desatualizada ou desinteressada da magistratura, procurando mantê-la inserida na realidade social; e) remoção de eventuais obstáculos que surjam, de natureza econômica, social ou cultural, por meio da Justiça gratuita, assistência judiciária, informação e orientação; f) o direito de acesso a esta *Justiça adequadamente organizada* deve ser assegurado por instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito.

O custo do processo, sua duração, o problema cultural do reconhecimento dos direitos, a questão psicológica de intimidação das pessoas consideradas vulneráveis diante do Poder Judiciário, as diferenças entre os litigantes eventuais e os litigantes habituais e a necessidade

²³⁶ Op. cit., p. 165.

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 473.

²³⁸ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 139.

²³⁹ Op. cit., p. 141.

de reestruturação do processo civil individual devem ser superados a fim de que se possa falar em acesso à ordem jurídica justa²⁴⁰.

Doutrinariamente se afirma que esse direito decorre do inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal que trata da tutela jurisdicional efetiva²⁴¹.

Heliana Coutinho Hess²⁴² resume bem o conceito espargido doutrinária e jurisprudencialmente ao afirmar que é um “direito fundamental positivo, emanado da Constituição, de tutela jurídica dos tribunais, por meio do devido e justo processo legal.”

Há, como se vê, uma conceituação restrita da expressão “acesso à justiça”, utilizada majoritariamente como acesso ao Poder Judiciário.

Inicialmente se deve enfatizar o ceticismo do mundo jurídico coma adoção do princípio de acesso à justiça em decorrência do descompasso entre a produção legislativa e a estrutura do Estado.

Não adianta enunciar, em sede constitucional, direitos que empiricamente serão coarctados pela práxis forense, pouco comprometida com a efetividade, com a instrumentalidade do processo e, principalmente, pouco afeta aos abismos sociais que separam as diversas classes em que está dividida a população brasileira.

É ilusório imaginar que o cidadão brasileiro terá reais condições de acesso à justiça se não conhece seus direitos ou, conhecendo-os, não confia no Poder Judiciário ou não tem condições econômicas de peregrinar por vários meses, anos, arcando com o custo elevado dos meios de transporte e com as ameaças constantes de desemprego ou de ineficácia de qualquer provimento judicial, para obter um provimento jurisdicional.

²⁴⁰ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 65.

²⁴¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

²⁴² HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à justiça por reformas judiciais**. São Paulo: Millennium, 2004, p.10.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁴³ apontam os seguintes obstáculos para o acesso efetivo à justiça: a) custas judiciais; b) possibilidade das partes; c) problemas especiais dos interesses difusos.

Luciana Camponez²⁴⁴ divide as barreiras de acesso à justiça em seis categorias que serão adotadas para fins didáticos.

São elas:

a) Econômicas.

Nesta categoria o custo do processo é indicado como elemento de dissuasão da busca pelo Poder Judiciário pelos que dele mais necessitam. Ainda que se cogite da assistência judiciária gratuita é necessário destacar que despesas com passagens, alimentação, dentre outras, não podem ser desconsideradas.

Ressaltar se deve que as classes economicamente desfavorecidas não têm condições de litigar com as grandes corporações que saberão fazer uso das barreiras processuais através de advogados qualificados para impedir ou retardar a prestação jurisdicional.

Não se deve olvidar, ainda, que o Estado brasileiro está desaparelhado e conta com poucos agentes públicos e normalmente mal qualificados.

b) Culturais.

A morosidade do Poder Judiciário, a elitização de seu acesso e um nível considerável de corrupção de muitos agentes públicos são fatores que provocaram uma descrença da população nos meios formais de resolução de conflitos.

O desconhecimento dos direitos, decorrente da produção normativa numerosa ou da incapacidade de acesso aos núcleos de produção cultural, por grande parte da população, faz

²⁴³ Op. cit., p. 15-29.

²⁴⁴ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 66.

com que não haja busca por sua proteção, principalmente quando são transindividuais. Os meios de comunicação, normalmente a serviço do mercado ou inserido em sua lógica, orienta mal a população com informações perfunctórias e, muitas vezes, equivocadas. Passa-se a noção de que a justiça deverá ser feita pela análise superficial dos fatos ou de que a resposta para as mazelas sociais será dada pela edição de novas leis, oriundas de um Poder Legislativo refém da falta de capacitação e de compromisso ideológico dos representantes eleitos.

A formação liberal individualista dos chamados operadores do direito representa uma séria barreira ao acesso à justiça em razão da dificuldade de reconhecimento de novas formas de conflitos sociais decorrentes de uma sociedade de massa.

c) Sociais.

As marcantes diferenças sociais existentes entre as pessoas de baixa renda que constituem a imensa maioria da população brasileira contribuem para o descrédito na justiça.

A precariedade de estrutura dos órgãos públicos destinados ao patrocínio das questões sociais reforça a crença de que o acesso à ordem jurídica justa não se destina para os desassistidos de posses materiais, mas e tão somente para os que aquinhoaram patrimônio e podem pagar pela defesa dos seus direitos.

Essa herança cultural própria da lógica do mercado e associada ao analfabetismo real ou funcional de grande parte da população parece estabelecer papel decisivo na conformação da proteção dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos.

d) Funcionais.

A burocracia existente nos trabalhos forenses, a demora no atendimento e o número insuficiente de juízes para a grande demanda por justiça imbricam na descrença da efetividade do Poder Judiciário e, como corolário, no alijamento de parte substantiva da população brasileira do acesso à ordem jurídica justa.

e) Psicológicas.

A crença da possibilidade de represálias da outra parte ensina Luciana Camponez²⁴⁵, somada ao descontentamento com a efetividade do Poder Judiciário, contribuem para que a busca de soluções seja feita em ambientes religiosos ou comunitários. Nestes ambientes a tutela de direitos ocorre dissociada do ordenamento jurídico e é impregnada de componentes ideológicos que gradualmente modificam a percepção dos direitos e aumentam a distância do Estado em relação aos que carecem de proteção jurídica.

f) Éticos.

A corrupção existente em muitos segmentos da sociedade, especialmente no serviço público, quase inviabilizam a ordem jurídica e o acesso à justiça por criar a falsa percepção de que o Estado não funciona ou só atende ao interesse dos poderosos e influentes.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.²⁴⁶ sustentam que as ações coletivas são os instrumentos constitucionais que permitirão o efetivo acesso à justiça ou à ordem jurídica justa.

Usam duas justificativas como premissas de seus raciocínios: a) motivações políticas; b) motivações sociológicas.

As motivações políticas mais salientes são a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; a uniformização dos julgamentos, com a conseqüente harmonização social, evitação de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do próprio Poder Judiciário como instituição republicana. Outra conseqüência benéfica para as relações sociais é a maior previsibilidade e segurança jurídica decorrente do atingimento das pretensões constitucionais de uma Justiça mais célere e efetiva (EC 45/04).

As motivações sociológicas podem ser verificadas e identificadas no aumento das 'demandas de massa' instigando uma 'litigiosidade de massa', que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos consumidores do direito e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os 'consumidores' do direito as demandas individuais não faziam mais frente a nova realidade complexa da sociedade.²⁴⁷

²⁴⁵ Op. cit., p. 79.

²⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador/BA: Podium, 2007, v. 4, p. 34.

²⁴⁷ Op. cit., p. 34.

Teori Albino Zavascki²⁴⁸ defende que as ações coletivas são instrumentos hábeis a tutela dos direitos transindividuais.

O certo é que o subsistema do processo coletivo tem, inegavelmente, um lugar nitidamente destacado no processo civil brasileiro. Trata-se de um subsistema com objetivos próprios (a tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos), que são alcançados à base de instrumentos próprios (ações civis públicas, ações civis coletivas, ações de controle concentrado de constitucionalidade, em suas várias modalidades), fundados em princípios e regras próprios, o que confere ao processo coletivo uma identidade bem definida no cenário processual.²⁴⁹

Gregório Assagra de Almeida²⁵⁰ pontua que:

O direito processual deve ser concebido como *instrumento de transformação da realidade social*. É necessário hoje, portanto, o seu enfoque dentro do contexto social; só assim será possível alcançar a sua legitimidade instrumental com a observância dos valores principiológicos do Estado Democrático de Direito.

Portanto, falar em acesso à justiça *como novo método de pensamento* pressupõe o rompimento com a neutralidade positivista, que impede a justiça de ser justiça, o direito de ser direito, a democracia de ser democracia. Impõe, assim, a concepção dinâmica, portanto aberta, do Direito, concepção essa que, transmutada para o direito processual, o torna um instrumento de realização de justiça por intermédio dos escopos jurisdicionais.²⁵¹

Elton Venturi²⁵² defende a assunção pela tutela coletiva de função extraordinária, indispensável ao Estado Democrático de Direito. Afirma que as ações coletivas são condições de “*existência e prevalência da democracia*”, pois estão aptas a romper as “inúmeras barreiras opostas ao acesso à justiça, mediante o emprego de técnicas diferenciadas de legitimação ativa e de extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada²⁵³.”

6.4 AÇÕES COLETIVAS COMO GARANTIA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

²⁴⁸ Op. cit., p. 19-62.

²⁴⁹ Op. cit., p. 27.

²⁵⁰ Op. cit., p. 68-69.

²⁵¹ Op. cit., p. 68.

²⁵² VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 102.

²⁵³ Op. cit., p. 102.

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou ao art. 5º o inciso LXXVIII dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Paulo Hoffman²⁵⁴ em excelente monografia sobre o tema, adverte que:

Apesar de o anseio e de a busca por justiça não serem perspectivas recentes ou novidade, ao que parece, o Brasil está caminhando para repetir em todos os aspectos o péssimo exemplo de outros países, em especial do Estado Italiano, no que tange à interferência da Corte Européia em sua soberania, decorrente do problema da exagerada duração do processo.

É lamentável constatar que, sem antes de tomar medidas de ordem prática e sem que nada na ineficiente estrutura e nas condições do Poder Judiciário fosse alterado, a EC 45 simplesmente acresceu o parágrafo [leia-se inciso] LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, para garantir o direito constitucional da razoável duração do processo no sistema brasileiro. Infelizmente, o simples acréscimo na Constituição Federal não modificará em nada a duração do processo. Trata-se, por ora, somente de mais uma garantia constitucional vazia.

A asserção doutrinária de que o princípio da razoável duração do processo é mais uma garantia constitucional vazia parece despropositada em face do disposto no § 1º do art. 5º da Constituição da República.

Diz o dispositivo citado que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim não fica ao alvedrio do legislador, do administrador ou de qualquer agente público²⁵⁵ o cumprimento do dispositivo constitucional.

Cabe ao Estado e seus agentes a adoção de medidas que permitam a “razoável duração do processo” e “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Diante dos inúmeros instrumentos destinados à proteção dos direitos metaindividuais, cabe aos legitimados ativos sua utilização como forma de materializar o princípio constitucionalmente assegurado.

²⁵⁴ HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 97-98.

²⁵⁵ A definição de agente público utilizada no texto tem como referência o conceito contido no art. 2º da Lei 8.429/92: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

A obrigatoriedade decorre, inclusive, dos termos do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa que dispõe:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Não é sem razão, aliás, que o art. 37²⁵⁶ da Constituição Federal impõe a Administração Pública o dever e obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e prevê no § 4º as conseqüências dos atos de improbidade administrativa.

As ações coletivas, destarte, se mostram instrumentos eficientes de aplicação do princípio da razoável duração do processo, pois permitem a tutela de diversos interesses perante um único juízo e as sentenças nelas proferidas são acobertadas pela autoridade da coisa julgada com eficácia *erga omnes*.

²⁵⁶ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada ao caput pela Emenda Constitucional nº 19/98)

...

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

CONCLUSÃO

O direito do consumidor, apesar das afirmações doutrinárias em contrário é um novo ramo do direito destinado a tutela dos direitos humanos ou direitos fundamentais, assim considerados os que foram positivados pelo ordenamento constitucional interno, que encontra suas origens no período posterior ao da primeira revolução industrial e, especialmente, nos movimentos ocorridos nos Estados Unidos e que culminaram com a edição do *Sherman Act*, de 1890, que regulava a ordem econômica e a defesa da concorrência naquele país. Mais recentemente o direito do consumidor é elevado à categoria dos direitos humanos pelo reconhecimento das Organizações das Nações Unidas de que sua tutela é necessária e deve ser feita pelos Estados, sendo indubitoso que a resolução n. 39/248 desse organismo internacional fixou as diretrizes para a inserção nas ordens jurídicas internas dos diversos países a ele filiados. Com a positivação dos direitos do consumidor no ordenamento constitucional interno dos Estados os direitos do consumidor passam a ser tratados como fundamentais e que tem como elemento preponderante a incorporação do (super)princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para permitir a correta tutela dos direitos do consumidor pelo Estado coube ao legislador infraconstitucional a definição dos atores presentes nas relações de consumo. Séria controvérsia doutrinária existe sobre o exato alcance do conceito de consumidor, pois duas teorias procuram explicá-lo: a teoria finalista e a teoria maximalista. Para a primeira somente serão considerados consumidores os destinatários finais de produtos ou serviços, sejam pessoas físicas, jurídicas ou entes despersonalizados; para a segunda, maximalista, pouco importa a destinação do produto, se final ou não, pois o Código de Defesa do Consumidor o definiu objetivamente e assim todos os adquirentes de produtos ou serviços devem ser incluídos no conceito.

Não se pode, por evidente descompasso com o texto literal da Lei 8.078/90 considerar como correto o entendimento da teoria maximalista, pois se adotado fosse o entendimento ampliativo, o Código Civil dificilmente seria utilizado para a resolução das relações contratuais privadas que estariam contidas no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. A tutela constitucional dos direitos fundamentais não se coaduna com essa postura, já que se colima a proteção do hipossuficiente e não de contratantes em geral. A jurisprudência do

Superior Tribunal de Justiça já demonstrou de maneira satisfatória que a teoria que melhor se ajusta aos ditames legais e constitucionais é a finalista.

Os fornecedores são conceituados como os agentes econômicos que profissional e habitualmente se dedicam a atividade de produção ou circulação de produtos e serviços com finalidade onerosa ou lucrativa. A onerosidade presente no conceito de fornecedor não exclui, contudo, do conceito de fornecimento os produtos e serviços graciosamente oferecidos. Esta não onerosidade aparente decorre de política mercadológica que visa a fidelização da clientela e, em regra, os custos da “generosidade” estão incluídos no preço final do produto.

A proteção dos direitos do consumidor, como se extrai dos incisos XXXII do art. 5º e V do art. 170 é missão conferida ao Estado e apesar das lacunas deixadas pelo legislador constituinte originário o legislador ordinário pode, a teor do disposto no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, esclarecer a forma de tutela coletiva pelo Estado. Esta forma de proteção utiliza vários princípios informadores, se sobressaindo dentre eles a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de efetivação ou materialização de seus direitos. A vulnerabilidade é, indubitavelmente, o elemento que autoriza o Estado a adotar uma política interventiva no âmbito das relações privadas e a revisitar a teoria contratual clássica que tem como elemento preponderante a autonomia de vontade das partes. Mais: é o elemento que dá sustentação ao tratamento constitucional que insere a defesa do consumidor pelo Estado como direito fundamental e também como princípio da ordem econômica, numa demonstração clara que o crescimento econômico deve respeitar a dignidade da pessoa humana, princípio norteador da política de proteção integral do consumidor.

O direito fundamental de tutela do consumidor pelo Estado, contudo, deve ser estudado à luz das várias dimensões dos direitos fundamentais e é na terceira dimensão que se ocupa dos direitos de fraternidade ou de solidariedade que deve ser situado. Esta dimensão tem como característica maior o fato de se destinar a proteção de grupos humanos, aos direitos difusos e coletivos e os que digam respeito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Sua titularidade básica, repise-se, é coletiva e frequentemente indefinida e indeterminável. Desta forma a defesa dos direitos do consumidor exige uma atuação positiva do Estado por seus poderes Executivo, Legislativo e Judiciário,

sob pena de permanecer apenas como enunciação formal de natureza constitucional. Por se tratar de direito subjetivo público geral o direito do consumidor não pode ser entendido individualmente, mas coletivamente. É assim que o direito fundamental deve ser lido e entendido como de “tutela coletiva do consumidor pelo Estado.”

Dúvidas não há de que o Estado não conseguirá suprir todas as necessidades decorrentes das relações de consumo e assim é recomendável, como estimulam as várias Constituições citadas e a legislação ordinária brasileira que órgãos públicos federais, estaduais, municipais e entidades privadas atuem de forma sinérgica colimando a materialização do direito fundamental de defesa do consumidor.

A atuação do Estado deve considerar os elementos relativos à responsabilidade civil nas relações de consumo de forma a buscar o ressarcimento dos danos patrimoniais e morais causados coletiva ou difusamente. O Código de Defesa do Consumidor reconheceu a responsabilidade civil objetiva e excluiu o conceito de culpa visando tornar mais ágil e efetiva a prestação jurisdicional. A única exceção feita pelo legislador ordinário foi em relação aos profissionais liberais em que a culpa deverá ser aferida como condição da obrigação de indenizar. Para a responsabilidade objetiva basta a existência do dano e do nexo causal com o produto ou serviço fornecido ou posto à disposição do consumidor. Além do dano patrimonial também o dano extrapatrimonial ou moral poderá ser indenizado. Neste caso, em decorrência do caráter inestimável dos danos morais, o valor da indenização deverá ser fixado pelo Poder Judiciário, seja de natureza individual ou coletiva.

O Estado deverá interferir, ainda, nas relações contratuais existentes entre fornecedores e consumidores, pois nas relações de consumo a desigualdade entre seus atores impõe a necessidade de proteção contratual. A boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico são as grandes novidades do Código de Defesa do Consumidor e permitem a revisão dos contratos pelo Poder Judiciário sempre diante do caso concreto houver desequilíbrio, mudança da situação econômica ou das circunstâncias presentes por ocasião da celebração da avença. O consumidor, como claramente se extrai da legislação em vigor, é tratado como vulnerável em uma nova visão das relações contratuais, a social. Sua vulnerabilidade decorre da presunção de que, em regra, não tem acesso ao sistema produtivo e nem condições de conhecer seu funcionamento. O direito de escolha é claramente manietado pelos agentes econômicos que se

valerá de estratégias mercadológicas e de publicidade para induzir o consumidor a adquirir não os produtos e serviços que deseja, mas aqueles que o agente econômico pretende inserir no mercado.

Diante da natureza marcadamente metaindividual, difusa e coletiva, dos direitos do consumidor as ações coletivas surgem como instrumentos postos à disposição do Estado para tutelar os direitos do consumidor, em decorrência de permitirem maior celeridade das ações perante o Poder Judiciário e de resolverem inúmeras situações jurídicas que surgem de um único fato de produto ou de serviço. Permitem a redução das demandas judiciais e facilitam o acesso à justiça, já que os obstáculos naturais de acesso ao Poder Judiciário: econômicos, culturais, sociais, funcionais, psicológicos e éticos serão superados. Há consenso doutrinário no sentido de que as ações coletivas são os instrumentos hábeis para a proteção dos direitos transindividuais. Elas assumem função indispensável ao Estado Democrático de Direito, pois estão aptas a romper com as barreiras opostas ao acesso à justiça, mediante técnicas diferenciadas de legitimação ativa e de extensão subjetiva e de eficácia da coisa julgada.

Conclui-se, pois, que o problema apresentado inicialmente, “Como o Estado brasileiro tutelará o direito fundamental de defesa do consumidor?”, é respondido com o uso das ações coletivas, pois se tem que o direito do consumidor como direito fundamental não pode ser visto no plano individual e deve ser entendido como direito de “tutela coletiva”. Assim, inserido que está na categoria dos direitos humanos de terceira dimensão, o único instrumento de efetivo acesso ao Poder Judiciário, de garantia de rápida duração do processo e de tutela das relações de consumo, é a ação coletiva.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Eneá de Stutz e (org). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 11. ed. São Paulo: Ícone, 2006.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.
- ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Manole, 2006.
- APPIO, Eduardo. **A ação civil pública no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARISTÓTELES. **A constituição de Atenas**. São Paulo: Hucitec, 1995.
- ARGENTINA. **Constitucion de la Nacion Argentina (1994)**. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.
- BAIKER-MCKEE, Steven; JANSSEN, William M.; CORR, John B. **A student's guide to the federal rules of civil procedure**. USA: Thomson West, 2006.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____.(org.) **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Lucília Isabel Candini. **Mandado de segurança coletivo**: legitimidade ativa e objeto. Curitiba: Juruá, 2007.

BAZILONI, Nilton Luiz de Freitas. **A coisa julgada nas ações coletivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do consumidor**: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: código de defesa do consumidor. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: “novos” direitos e acesso à justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais democracia e cláusulas pétreas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CARVALHO SILVA, Jorge Alberto Quadros de. **Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHEQUER, Cláudio. **O ministério público e a promoção dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COELHO, Rosa Júlia Plá. **Mecanismos de proteção dos direitos fundamentais na união européia**. Brasília: OAB, 2005.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia (1991). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética - direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORRÊA, Darcísio Corrêa. **A construção da cidadania**: reflexões histórico-políticas. 4. ed. Rio Grande do Sul: Ed. UNIJUÍ, 2006.

CORDEIRO, Juliana Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coord.). **O processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2007.

COSTA RICA. Constitución Política [de] [la] Republica de Costa Rica (1949). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

CUNHA, Alessandra Marchioni Pereira da. **As limitações da democracia na formação da união européia**. Barueri, SP: Manole, 2004.

CUNHA, Paulo de Pitta e. **A constituição europeia**: uma perspectiva crítica. Curitiba: Juruá, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7.

_____. **Tratado Teórico e prático dos contratos**. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ECUADOR. Codificación [de] [la] Constitución Política [de] [la] Republica del Ecuador (1984). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

EL SALVADOR. Constitución [de] [la] Republica [de] El Salvador (1962). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

ESPAÑA. Constitución Española (1978). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

FABRIZ, Daury Cesar Fabriz. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais**: do discurso à prática efetiva: um olhar por meio da literatura. Porto Alegre: Fabris, 2007.

FELLOUS, Beyla Esther. **Proteção do consumidor no mercosul e na união européia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERREIRA, Marieta de Moraes; AMADO, Janaína (Org.). **Usos e abusos da história oral**. 8. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Direitos e garantias individuais**: comentários ao art. 5º da constituição federal de 1988. São Paulo: EDIPRO, 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Manual de direitos do consumidor**. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 4. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GAMA, Hélio Zagheto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código comentado de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil objetiva genérica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GLANNON, Joseph W. **Civil procedure**. New York: Aspen Publishers, 2006.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo (Coord.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1996.

_____. **O processo: estudos & pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman; FINK, Daniel Roberto et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUATEMALA. *Constitucion Politica [de] [la] Republica de Guatemala (1985)*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

HECK, Luís Afonso (Trad.). **Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à justiça por reformas judiciais**. São Paulo: Millenium, 2004.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

HONDURAS. *Constitucion [de] [la] Republica de Honduras (1982)*. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **As Micro e pequenas empresas comerciais e de serviços no Brasil**: 2001. Rio de Janeiro, 2003.

ITZCOVICH, Roberto Andrés. **Audiência única e celeridade do procedimento**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1986.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. **Direitos do consumidor no mercosul e na união européia: acesso e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público**. São Paulo: LTr, 2001.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Ações coletivas e direitos difusos**. Campinas: Apta, 2004.

LIMA, José Antonio Farah Lopes de. **Convenção européia de direitos humanos**. Leme, SP: J.H. Mizuno, 2007.

LIPPMANN, Ernesto. **Os direitos fundamentais na constituição de 1988: com anotações e jurisprudência dos tribunais**. São Paulo: LTr, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Método, 2004.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**. São Paulo: LTr, 2006.

MALCHER, Wilson de Souza. **Intervenção de terceiros nas ações coletivas**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Ação popular:** proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Aplicação do código de defesa do consumidor aos bancos:** ADIn 2.591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo civil coletivo.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil:** investigações do ministério público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MILARÉ, EDIS (Coord.). **Ação civil pública:** lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O direito do consumidor na era da globalização:** descoberta da cidadania. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 2006.

MENEZES, Wagner (Org.). **O direito internacional e o direito brasileiro:** homenagem a José Francisco Rezek. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004.

MEXICO. **Constitución Política [de] [los] Estados Unidos Mexicanos (1917)** Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILLER, Roger LeRoy; JENTZ, Gaylord A. **Fundamentals of business law.** 4. ed. United States: West Educational Publishing, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000, v. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

MUKAI, Toshio et al. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NEGRÃO, Ricardo. **Ações coletivas: enfoque sobre a legitimidade ativa**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano (Coord.). **Proteção judicial dos direitos fundamentais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor interpretado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Teoria geral da responsabilidade civil e de consumo**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ONÓFIO, Fernando Jacques. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PARAGUAY. Constitución [de] [la] República de Paraguay (1967). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PAULA, Adriano Perácio de. **Direito processual do consumo: do processo civil nas relações de consumo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PAULA, Alexandre Sturion de (Coord.). **Ensaio constitucionais de direitos fundamentais**. Campinas: Servanda, 2006.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**: de acordo com a constituição de 1988. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PERU. Constitución Política [del] Perú (1979). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A eficácia jurídica na defesa do consumidor**: o poder do joga na publicidade: um estudo de caso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PINHEIRO, Carla. **Direito internacional e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública**: fundamentos da legitimidade ativa do ministério público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTUGAL. Constituição [da] República Portuguesa (1976). Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>>. Acesso em 23 nov. 2008.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord.) **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REBOUÇAS. André Bonelli. **Questões sobre o ônus da prova no código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIBEIRO. Marcus Vinicius. **Direitos humanos e fundamentais**. Campinas: Russel, 2007.

RIOS, Josué. **A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes(Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**: O processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Coord.). **Estudos de direito do consumidor**: tutela coletiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Marília Lourido dos Santos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____(Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Introdução ao direito do consumidor**. São Paulo: Manole, 2003.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. **Economia informal urbana**. SEBRAE: 2005.

SIDOU, Othon. **Proteção ao consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de defesa do consumidor anotado e legislação complementar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Luiz Marlo de Barros. **O acesso ilimitado à justiça através do estágio nas faculdades de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Sandra Lengruber da. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. [S.l.]: MetaLibri Digital Library, 2007.

SPALDING, Alessandra Mendes. **Legitimidade ativa nas ações coletivas**. Curitiba: Juruá, 2006.

TALAVERA, Glauber Moreno (Coord.). **Relações de consumo no direito brasileiro**. São Paulo: Método, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THOMSON WEST. **Federal rules of civil procedure: 2007-2008**. Thomson West, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIVA, Rafael Quaresma. **A responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: RCS, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. Bahia: JusPODIVM, 2006.

_____. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Fabris, 2001.

_____. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZENKNER, Marcelo. **Ministério público e efetividade do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

