

V855 Viva, Rafael Quaresma

A constitucionalização dos direitos do consumidor: a contribuição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na (re) modelação deste microssistema. / Rafael Quaresma Viva. – 2014.

160 f. ; 30 cm

Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

Orientador: Fabiano Dolenc del Masso

Bibliografia: f. 10-160

1. Consumidor 2. Análise de julgados 3. Remodelação da proteção.
I. Título II. Supremo Tribunal Federal III. Superior Tribunal de Justiça

CDDir 342.5

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

RAFAEL QUARESMA VIVA

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR: A
CONTRIBUIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA (RE) MODELAÇÃO DESTE MICROSSISTEMA

São Paulo
2014

RAFAEL QUARESMA VIVA

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR: A
CONTRIBUIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA (RE) MODELAÇÃO DESTE MICROSSISTEMA**

Tese apresentada à Universidade Presbiteriana
Mackenzie, como exigência parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito Político e
Econômico.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Fabiano Dolenc Del Masso

São Paulo
2014

RAFAEL QUARESMA VIVA

**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR: A
CONTRIBUIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA NA (RE) MODELAÇÃO DESTE MICROSSISTEMA**

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Dr. Fabiano Dolenc Del Mazzo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dr. André Antunes Soares de Camargo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Dra. Renata Mantovani de Lima
Centro Universitário UNA

Dr. Ernani de Paula Contipelli
Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECO

RESUMO

A presente tese busca verificar a contribuição emprestada tanto pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário quanto pelo chamado “Tribunal da Cidadania” na aplicação e interpretação do direito do consumidor, a partir da sua constitucionalização, complementando com a análise de julgados relacionados a assuntos com repercussão na sociedade, aptos a embasar o posicionamento de ambas as Cortes e a demonstrar a evolução do pensamento nessa seara do Direito. Da mesma forma, o trabalho aponta a influência de leis extravagantes no Código de Defesa do Consumidor, bem como os projetos legislativos tendentes a alterar – com o viés de modernizar – este microssistema protetivo, sem se esquecer do papel prestado pelos órgãos administrativos na consecução de tais objetivos.

Palavras-chave: Consumidor – Supremo Tribunal Federal – Superior Tribunal de Justiça – Análise de julgados – Remodelação da proteção.

ABSTRACT

The present thesis aims to verify the contribution rendered by the Judiciary Branch's highest Courts and also by the Citizenship Court, on the interpretation and application of the Consumer Code, with a view to the constitutionalisation. On the same way, it will also be complemented with the analysis of decisions related to impact issues on the society, capable to give support to the position of both Courts and to demonstrate the evolution of the scientific thinking in this field of Law. On this sense, this research points out the influence of baffling laws on the Consumer Code, as well as the legislative bills, which tend to change, or even to modernize this protective microsystem, without disregarding the role played by the administrative bodies on these goals.

Key words: Consumer - Supreme Court - Superior Court of Justice - Analysis of decisions - Remodelment of protection.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCP – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
Adecon – Associação de Defesa do Consumidor
Adoc – Associação de Defesa e Orientação do Consumidor
Ag – Agravo
AgIn – Agravo de Instrumento
AgRg – Agravo Regimental
Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
Apedeco – Associação para a Educação e Desenvolvimento Comunitário
BGB – Código Civil Alemão
B2C – Business to Consumer
Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC – Código Civil – Lei nº 10.406, de 10.01.2002
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CF – Constituição Federal
CID – Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde
Conar – Conselho de Autorregulamentação Publicitária
Conmetro – Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
Consif – Condeferação Nacional do Sistema Financeiro
CPC – Código de Processo Civil
Des – Desembargador
DJ – Diário de Justiça
DJE – Diário da Justiça Eletrônico
DO – Diário Oficial
EDcl – Embargos de Declaração
FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FIFA – Fédération Internationale de Football Association
Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
Inmetro – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial

LPS – Lei de Plano de Saúde
Mercosul – Mercado Comum do Sul
Min – Ministro
MV – Maioria de votos
ONG – Organização não governamental
PLS – Projeto de Lei do Senado
Procon – Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
RE – Recurso Extraordinário
Rel – Relator
REsp – Recurso Especial
SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
STF – Supremo Tribunal de Justiça
STJ – Superior Tribunal de Justiça
Sunab – Superintendência Nacional de Abastecimento
Telebrás – Telecomunicações Brasileiras
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. O TRATAMENTO DISPENSADO AO CONSUMIDOR NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS	12
1.1 NO PERÍODO DE 1824 A 1967.....	13
1.2 EM 1988	20
1.2.1. O cenário político da época	23
1.2.2. O papel da Constituinte de 87/88	25
1.2.3. O movimento de defesa do consumidor no Brasil	27
2. O SURGIMENTO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR	34
2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGULAM O TEMA.....	37
2.2 A DICOTOMIA ENTRE OS ARTIGOS 5º, INCISO XXXII E O 170, INCISO V, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	38
2.2.1. A análise sob a ótica capitalista	44
2.2.2. Hegemonia do capital?	48
2.2.3. Formas de atuação do Estado	49
2.3 O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL	52
3. A CONCRETIZAÇÃO DO MICROSSISTEMA CONSUMERISTA NO PLANO INFRA-CONSTITUCIONAL	59
3.1 A AMPLIAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	60
3.1.1. O usuário de serviço público como consumidor	61
3.2. O DIÁLOGO COM OUTRAS NORMAS.....	66
3.2.1 A influência do Código Civil	68
3.2.2. A Lei dos Planos de Saúde	73
3.2.3. O Estatuto do Torcedor	81
3.2.4. A Lei Geral da Copa	83
3.3. A proposta de reforma do Código de Defesa do Consumidor	88
3.3.1. A quem interessa?	90
3.3.2. Quais interesses atende?	93
4. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E SUAS CONTRIBUIÇÕES	97

4.1. OS TRIBUNAIS E A IMPORTÂNCIA DAS ORGANIZAÇÕES NO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	98
4.2. NÓS QUEREMOS A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES PELOS TRIBUNAIS?.....	102
4.2.1. Os consumidores a serem protegidos pelos Tribunais	104
4.3. OS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS	106
4.3.1. STJ	110
4.3.1.1. Contratos bancários.....	112
4.3.1.2. Planos de saúde	116
4.3.1.3. Seguros	118
4.3.1.4. Fornecimento de produtos defeituosos ou nocivos.....	119
4.3.1.5. Fornecimento de serviços defeituosos ou nocivos	123
4.3.1.6. Dever de informar	127
4.3.1.7. Proteção processual	129
4.3.2 STF	132
4.3.2.1. Serviços bancários	134
4.3.2.2. Planos de saúde	137
4.3.2.3. Dever de informar	138
4.4. O PROCON COMO EXEMPLO PRIVILEGIADO DE ORGANIZAÇÃO FORMAL AO PODER JUDICIÁRIO.....	140
CONCLUSÃO	144
BIBLIOGRAFIA	149

INTRODUÇÃO

O presente texto é fruto de uma árdua pesquisa doutrinária e jurisprudencial, cuja finalidade é descobrir quais os benefícios obtidos a partir da constitucionalização do direito do consumidor, principalmente porque no apanhado histórico que inaugura o trabalho fica flagrantemente demonstrado que a preocupação dispensada pelo legislador constituinte ao consumidor nas Cartas anteriores era – quando existente – insuficiente, prova de que, a cada nova Constituição que surgia o tema continuava distante da proteção dispensada pelo Estado ao cidadão.

De outro lado, também tratamos dessas inovações no plano infraconstitucional, justamente à luz do CDC e de leis extravagantes. Mais do que empenharmos esforços na análise de cada lei específica com a lei geral – e o diálogo estabelecido entre estas duas fontes – também nos preocupamos em detectar eventuais e possíveis conflitos, bem como o alcance e os termos de aplicação de cada um dos diplomas escolhidos e aqui mencionados.

A pesquisa prossegue e recai sobre os projetos de lei tendentes a modernizar o Código de Defesa do Consumidor, verificando os prós e contras das sugestões apresentadas, bem como se tais mudanças conduzem, de fato, para um avanço ou podem representar um retrocesso às conquistas a muito custo até então obtidas.

Da mesma forma, o trabalho propõe uma reflexão sobre o papel do Poder Judiciário e como ele pode contribuir na manutenção e evolução desse microssistema protetivo. Para isso, analisamos julgados do STJ e do STF, relacionados a temas que repercutiram ou ainda repercutem em grande parte da sociedade de consumo.

Finalmente, mencionamos a colaboração prestada pelos órgãos administrativos, e o papel desempenhado por eles na proteção aos consumidores, servindo como alternativa à litigiosidade das vias judiciais tradicionais.

Tentamos fazer da objetividade e da didática o diferencial do nosso trabalho, sem a pretensão de esgotar o assunto regulado, mas com a intenção de – revisitando temas comuns – responder às questões aqui levantadas, principalmente acerca da necessidade ou não de remodelação do microssistema protetivo criado em prol do consumidor, tanto na esfera judicial quanto extrajudicial, verificando o esgotamento ou não desse modelo até então concebido pelo nosso sistema vigente.

1. O TRATAMENTO DISPENSADO AO CONSUMIDOR NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

A finalidade de se idealizar uma Constituição está bem clara no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “..*não tem Constituição a sociedade na qual não for assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes*”. Ou seja, a Constituição estabelece uma organização do Poder, isto é, programa uma ordem – a ordem constitucional – que deve ser efetivada no plano da realidade. Tal ordem é destinada a reger a vida política da comunidade e, particularmente, a do Estado que personifica e assume a busca de seus interesses, a partir da paz externa e da segurança interna. Com isso, estendeu-se o campo da ordem constitucional ao plano econômico e social.

Nas palavras de Jorge Miranda¹, “*a modificação das constituições é um fenômeno inelutável da vida jurídica*”, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. É imperioso reconhecer que “*nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual interveem todas as participantes na vida constitucional*”².

Assim, não se pode considerar a Constituição como algo estável, petrificado, sob pena dela se distanciar da realidade e tender, por isso, a não ser efetiva. Daí a precisa observação de Uadi Lâmega Bulos no sentido de que toda Constituição é, por natureza, modificável: “*seria errôneo e mesmo ingênuo conceber-se uma Constituição inalterável, frente à realidade social*”

¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1972. p. 129.

² Ibid., p.130.

*cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas, em constante evolução*³.

A estabilidade necessária à Lei fundamental não é inconciliável com a mudança, indispensável quando se verifica o liame constitucional entre o texto escrito e as forças presentes na sociedade. As constituições têm como conotação o desiderato de impedir o arbítrio, ou seja, impõe uma organização limitativa do Poder.

Hoje, poucos são os Estados que não possuem Constituição documental⁴, haja visto que todo Estado que alcança a independência adota uma Constituição; toda revolução vitoriosa edita uma Constituição e, ademais, num mesmo Estado se vem a adotar sucessivas Constituições apenas para demonstrar uma mudança política⁵.

1.1 NO PERÍODO DE 1824 A 1967

O Brasil Império elaborou uma Constituição voltada a regular temas afetos à monarquia e aos poderes então existentes: Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial⁶.

Até mesmo quando a Constituição de 1824 aborda o Poder Judiciário nada menciona acerca do Direito em si, muito menos de seus ramos, conseqüentemente, nenhuma referência faz à figura do consumidor.

Por sua vez, Constituição de 1891 foi a primeira, assumidamente republicana, redigida à semelhança dos princípios fundamentais da carta norte-americana de 1789 – embora os princípios liberais democráticos

³ BULOS, Uadi Lamêgo. Elaboração e reforma das constituições. **Revista de Direito Administrativo**, n. 203, p. 81, jan./mar. 1996. p. 75.

⁴ V.g. Grã-Bretanha e Israel.

⁵ V.g. URSS em 1936 e 1977; e o próprio Brasil em 1988.

⁶ Art. 10. Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

oriundos daquela carta tivessem sido em grande parte suprimidos, tal qual a de 1824, nada mencionou acerca da figura do consumidor.

Em parte, tal ausência de previsibilidade se explica em razão dos interesses políticos e econômicos, existentes naquele cenário de mudança, pois as oligarquias e latifúndios exerceram grande influência no texto da Constituição, cujos objetivos eram outros, haja visto que os comandantes da época desejavam centralizar o poder, o que tornaria mais fácil a manipulação deste, advinda daqueles grupos regionais, à semelhança da forma que agiam no extinto Império.

Tanto é assim que os principais pontos⁷ abordados, na Constituição que surgia, demonstravam quais eram as prioridades daquele momento.

Quanto à matéria legislativa, a Constituição estabelecia que competia ao Congresso Nacional legislar sobre direito civil, comercial e criminal e processo de Justiça Federal, seguindo, como observa Fernando Whitaker, “...*mutatis mutandis o precedente argentino, deixando aos Estados a legislação processual restante*”⁸.

Podemos citar, no plano infraconstitucional, o Decreto nº 22.626, de 07.04.1933, que, embora não protegesse diretamente o consumidor, visava reprimir a prática da usura na sociedade daquela época.

O inciso XIX, do art. 5º, da Constituição Federal de 1934, atribuiu ao Poder Legislativo central a competência para legislar sobre os seguintes ramos do direito: penal, comercial, civil, aéreo e processual. Previu,

⁷ Podemos destacar os seguintes: abolição das instituições monárquicas, sistema de governo presidencialista, eleições por voto direto, mandatos com duração de quatro anos, ausência de reeleição, as Províncias passaram a ser Estados de uma Federação com mais autonomia, a Igreja Católica foi desmembrada do Estado brasileiro, deixando de ser a religião oficial do país.

⁸ WHITAKER, Fernando. **Direito político brasileiro**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1978. p. 19.

outrossim, a possibilidade daquele ente legislar sobre registros públicos e juntas comerciais.

No entanto, quando a Constituição trata de direito civil, relaciona-o com assuntos pontuais, específicos desse ramo do direito – direito intertemporal do direito civil, fontes e direito hermenêutico do direito civil, além do direito civil internacional (parte do direito internacional privado).

O mesmo se dá em relação ao direito comercial, cujos temas versam sobre o comércio exterior e interestadual, instituições de crédito, câmbio e transferência de valores para fora do país, normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo, podendo estabelecer limitações exigidas pelo bem público, ou seja, quase toda a política comercial interventiva.

Quando a Constituição de 1934 menciona o direito comercial, da mesma forma que o direito civil, acaba relacionando-o com o direito intertemporal do direito comercial, fontes e direito hermenêutico do direito comercial, além do direito comercial internacional (parte do direito internacional privado).

Todavia, os artigos 115 a 117, da Carta Política de 1934, estabeleciam normas de proteção à economia popular, aumentando – ainda que indiretamente – a rede de proteção aos consumidores.

O novo texto constitucional de 1937, outorgado por Getúlio Vargas, após a dissolução do Congresso Nacional e a revogação da carta anterior, tinha inspiração fascista, sendo, por óbvio, extremamente autoritário. Esta essência autoritária e centralista da Constituição de 1937 a colocava em sintonia com os modelos de organização político-institucional, então em voga em diversas partes do mundo, rompendo com a tradição liberal dos textos constitucionais anteriormente vigentes no país. Sua principal característica era a enorme concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo.

A intervenção estatal na economia ganhava força com a criação de órgãos técnicos voltados para esse fim. Ganhava destaque também o estímulo à organização sindical em moldes corporativos, uma das influências mais evidentes dos regimes fascistas então em vigor.

Formalmente, a tripartição de Poder foi mantida, contudo suas funções foram altamente enfraquecidas. Prova disto era a possibilidade conferida ao Presidente da República de colocar o Poder Legislativo de recesso, quando bem lhe aprouvesse, acumulando suas funções. Neste mesmo sentido, o Parlamento e os partidos políticos, considerados produtos espúrios da democracia liberal, eram descartados.

Conseqüentemente, todos os avanços democráticos e sociais da Carta anterior foram perdidos, o que refletiu nos direitos conferidos ao cidadão, limitando a proteção a ele dispensada pelo Estado.

A constituição, embora nada dissesse acerca da figura do consumidor, muito menos de seus direitos, dois Decretos-leis: o nº 869, de 18.11.1938 e o nº 9.840, de 11.09.1946, cuidaram dos crimes contra a economia popular, cuja proteção se estendia ao consumidor, por ser ele um dos agentes econômicos.

As funções éticas e políticas da União aumentavam na Constituição de 1946, ao passo que diminuían as suas funções econômicas e financeiras; toda a dignidade, na máxima pobreza.

Nesta Carta constitucional, concentrou-se nas mãos da União, o poder para legislar sobre os ramos do Direito, dentre os quais citamos: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico, do trabalho e financeiro.

A Constituição de 1946, da mesma forma que as constituições anteriores, nada mencionava acerca dos direitos do consumidor. Para não dizermos que ela silenciava por completo o tema, a única passagem que

podemos citar é a referência ao art. 5º, inciso XV, alínea 'c', que fala da competência conferida à União para legislar sobre produção e consumo.

No entanto, as discussões, na época, estavam voltadas a descobrir se esse avançado propósito unificador tinha por objetivo satisfazer o bem do povo ou da oligarquia de um reduzido número de industriais, diplomatas e de militares políticos.

Até porque, quando se a analisava a competência dos entes legislativos, no que concernia à produção e ao consumo, estabelecia-se a superveniência do direito federal. Tal princípio estava no art. 18, parágrafo único da Constituição de 1937, mas era desnecessário repeti-lo na de 1946, pois era intrínseco, logicamente, ao sistema constitucional projetado.

Assim, não só a União silenciava quanto aos direitos do consumidor, como também, e, pior, impedia que os demais entes federados criassem normas nesse sentido.

Apesar disso, não se pode deixar de reconhecer que, em 26.12.1951, foi publicada a Lei nº 1.521, a qual, por regular os crimes contra a economia popular, também passou a produzir efeitos – ainda que indiretamente – aos consumidores, protegendo-os de especulações por parte dos fornecedores.

Na sequência, vieram as Leis nº 4.137, de 10.09.1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, criando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, e a Lei Delegada nº 04, que disciplina a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Criou também a Superintendência Nacional de Abastecimento – Sunab, responsável por garantir o

abastecimento da população e a Lei Delegada nº 05, de 26.09.1962, que organizou a Sunab⁹.

A Constituição de 1967 manteve a instituição da propriedade, sem limites quantitativos, porém não permitiu que o seu mau uso prejudicasse a sociedade. Ou, melhor, segundo nos ensina Pontes de Miranda *“admite que os legisladores ordinários formulem regras jurídicas contra o mau uso”*¹⁰.

A mentalidade do art. 160, V, da Constituição de 1967, que provém da Constituição de 1946 (art. 148), é mais ou menos a dos Estados Unidos da América ao tempo do governo de Theodore Roosevelt: *“a mentalidade das leis contra trustes e outras formas de eliminação da concorrência, produzidas dentro do liberalismo”*¹¹. Ou seja, as formas que a livre concorrência engendra para estabelecer situações em que não haja, contra certas empresas, concorrência. A menção do art. 160, V, é minuciosa: “abuso do poder econômico”, “domínio dos mercados”, “eliminação da concorrência”, “aumento arbitrário de lucros”.

A Constituição de 1967 entendia, baseada nestes conceitos, que era suscetível de repressão todo exercício irregular, todo abuso de propriedade, caso fosse nocivo aos outros habitantes, à coletividade e ao Estado.

O Estado contemporâneo, quando começou a ter que dar soluções a problemas que saíam do âmbito da manutenção da ordem e da defesa externa, teve de procurar informar-se e resolver controvérsias, ou afastar possíveis causas de perturbação ou inquietação pública. Os problemas de

⁹ A Sunab teve, durante muitos anos, a atribuição de defender os consumidores, mas nunca foi um órgão de defesa do consumidor. Esta lei foi utilizada pelo Procon para fundamentar a aplicação das sanções administrativas, antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor e também até sua regulamentação pelo Decreto 2.181, de 20.03.1997. No entanto, hoje esta lei está em desuso, tendo em vista que o órgão que a aplicava, a Sunab, foi extinto pela Lei n. 9.618, de 02.04.1998, que revogou a Lei Delegada 05.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1972. p. 48.

¹¹ Ibidem.

determinação de preços, máximos, mínimos ou estáveis, que vieram após os de tarifação das passagens em estradas de ferro, avultaram. A princípio, faltava ao Estado o pessoal especializado; e a atribuição de competência conciliatória, arbitral ou interativa ao Poder Judiciário encontrava dois óbices: a falta de especialização dos funcionários públicos, que eram os juízes, mais afeitos à aplicação de velhas e novas regras jurídicas sistematizadas e a necessidade de resoluções rápidas. Tinha-se de constituir, pelo menos, ao lado do Poder Judiciário, algo de estatal ou de paraestatal que desempenhasse essa nova função do Estado.

Sob a ótica da Constituição de 1967, uma das formas de intervenção era a da fixação de preços, que consistia em determinar o Estado o preço de cada mercadoria que seja, por lei, suscetível de ser estatalmente fixado. Outra, menos frequente, era a do chamado controle do abastecimento, que consistia na regulação e distribuição de bens apontados pela lei.

Além disso, a Carta constitucional da época exigia que para haver fixação de preços era preciso que a lei tivesse estabelecido os dados com que teria de trabalhar a comissão ou o conselho. Estabelecia-se, assim, o chamado justo preço, cuja técnica pressupunha que existisse ou não mais de um produtor ou prestador de serviços, o Estado teria que respeitar os direitos e garantias individuais, previstos no art. 163 da Constituição de então.

Ainda nesse escopo, apenas a União podia intervir na vida econômica, impedindo que leis estaduais ou municipais fixassem preços ou lucros. Quando legislassem de forma supletiva não poderiam intervir na vida econômica, nem criar monopólio.

Podemos citar a Lei nº 5.966, de 11.12.1973, que instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial. Esta lei criou o Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro e o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro, este sendo órgão executor central do Sistema. Há, também, a Lei nº 6.938, de 31.08.1981, que trata do Sistema Nacional do

Meio Ambiente; a Lei nº 7.244, de 07.11.1984, que autorizou a instituição dos Juizados de Pequenas Causas, em nível estadual, tendo sido revogada pela Lei nº 9.099, de 26.09.1995, que criara os chamados Juizados Especiais.

Finalmente, ainda sob a vigência da Constituição de 1967, tivemos a elaboração do Decreto federal nº 91.469, de 24.07.1985, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, passando a coordenar a defesa do consumidor no Brasil; e a edição da Lei nº 7.347, de 24.07.1985, que disciplina a ação civil pública, de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, assim como qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Esta legislação inaugurou a tutela jurisdicional dos interesses difusos ou coletivos no nosso país.

Apesar da existência dessas normas, as mesmas não eram suficientes para tutelar especificamente o consumidor. Era necessário evoluir para uma legislação voltada a atender propriamente os seus interesses, o que viria a ser feito com a Constituição de 1988, a seguir analisada.

1.2 EM 1988

A Constituição é muitas vezes posta pelas forças dominantes como um pacto, um compromisso firmado entre – e com – o todo social. A finalidade desse pacto ou compromisso é escamotear o conflito, de modo que a luta social seja transformada em jogo. Exemplo disso é a norma programática¹².

A Constituição Federal promulgada em 05.10.88 tem alguns dispositivos com essa característica¹³, os quais, por isso mesmo, não configuram direitos que sejam objeto de *garantia jurídica*. A sociedade não pode exigir do Estado – ou dos demais particulares – o cumprimento desses direitos senão quando o legislador ordinário os tiver regulado.

¹² São aquelas que consubstanciam somente princípios, dotados de força jurídica menor, que apenas assumiriam eficácia plena quando implementados em lei ordinária.

¹³ E.g. os arts. 21, IX, 23, 170, 205, 211, 215, 218, 226, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988.

Tais 'direitos', assim, contemplados em tais normas programáticas, são transformados em meros estereótipos ou termos de efeito, cuja função imediata é a de retardar sua efetiva conquista pela sociedade. A Constituição promete, mas as promessas são inócuas, na medida em que seu cumprimento fica a depender da ação do legislador ordinário.

A teorização de uma falsa distinção entre direitos e garantias tem a virtude de transformar a Constituição em autêntico mito de dominação. Os direitos nela contemplados, enclausurados em normas programáticas, não são exequíveis, mas trazem pacificação às ordens privilegiadas e o povo encontra nelas razões palpáveis e convincentes para, pacificamente, conformar-se.

Eros Roberto Grau ensina que

[...] a Constituição não deve contemplar promessas inexecutáveis, seja do ponto de vista social, seja economicamente. A Constituição, para que não seja uma mentira e possa ser respeitada e acatada, há de contemplar tão somente direitos que possam ser imediata e prontamente fruídos pela sociedade. Que nela sejam inseridas normas que apontam fins, isso é admissível. A farsa de nela se consagrarem promessas vãs, promessas para não serem cumpridas, contudo, é injustificável. A Constituição, em verdade, não deve conter qualquer promessa¹⁴.

Infelizmente, a nossa Constituição de 1988, conforme já mencionado, contém muitas promessas. Exemplo afeto ao tema ora enfrentado é o próprio art. 5º, inciso XXXII, previsto no Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos – o qual integra o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – ao estabelecer que “...o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A constituinte e a constituição que queremos**. [S.l.: s.n.]. p. 47-8.

Daí porque as normas programáticas, conforme salienta Jorge Miranda¹⁵,

[...] são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comando-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; tem como destinatário primacial - embora não único - o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que dela constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.

Maria Helena Diniz¹⁶ tem posicionamento similar, vez que, para ela, as normas programáticas não regulam diretamente interesses ou direitos nelas consagrados, mas se limitam a traçar alguns preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público, como “programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecução dos fins sociais pelo Estado”.

Para Celso Ribeiro Bastos¹⁷,

[...] nenhuma norma jurídica coloca tantos problemas relativos à sua vigência e eficácia quanto as normas constitucionais. É que há um fosso mais profundo entre as disposições inseridas na Constituição e as realidades concretas, que no comum do direito.

A primeira razão disso seria uma resistência à obediência da Constituição, por ela disciplinar principalmente o fenômeno político – difícil de

¹⁵ MIRANDA, op. cit., p. 121.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

ser enquadrado dentro de parâmetros jurídicos. Suas sanções nem sempre são passíveis de serem aplicadas por envolverem, muitas vezes, os próprios poderes do Estado.

Não se quer, com isso, dizer que a ineficácia seja o timbre da Constituição. Pelo contrário, o que se reconhece é que todas as normas constitucionais têm um mínimo de eficácia. O que se continua a admitir, todavia, são graus diferentes de aplicabilidade.

Portanto, o juízo de oportunidade e a avaliação da extensão do programa incumbem ao Poder Legislativo, no exercício de sua função legiferante.

1.2.1. O cenário político da época

Para Eros Roberto Grau¹⁸, duas questões preliminares devem ser enfrentadas quando o tema é o cenário político no período da Assembleia Constituinte: uma relativa à necessidade de se remover o ranço de autoritarismo do golpe de 1964 – cuja sobrevivência comprometeria a legitimidade dessa convocação – e, outra, atinente à conveniência de Assembleia Constituinte e Congresso Nacional funcionarem conjuntamente; um só corpo com funções distintas.

É preciso dizer que a ideia de se afastar o autoritarismo do texto constitucional, que viria a ser escrito, não tinha como finalidade promover o retardamento da convocação da Constituinte, muito menos do debate da Constituição a que aspirávamos. Se, por um lado, não se pretendia tê-la acabada *amanhã*, expressão de *uma vontade*, por outro, não se ambicionava que a Constituição fosse mero resultado de um voluntarismo. O que se almejava – isto sim – era que a sociedade tomasse consciência do que era uma Constituição, para poder optar pela Constituição a que aspirasse.

¹⁸ GRAU, op. cit., p. 17.

A remoção daquele “ranço” não podia servir de pretexto ao retardamento da convocação da Constituinte, cumpre ferir a segunda das questões preliminares inicialmente suscitadas.

Seria de fato – e de direito? – que a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional funcionassem conjuntamente, um só corpo com funções distintas?

A Constituinte seria, então, composta pelos deputados e senadores eleitos, em 15.11.86 e a Câmara dos Deputados e o Senado Federal continuariam exercendo as suas funções de Poder Legislativo ordinário durante o período de funcionamento da Constituinte.

Razões várias prosperam no sentido de conferirmos resposta negativa à indagação acima formulada.

Primeiro, porque o Poder Constituinte é exercido pelos representantes do povo, enquanto que o Congresso Nacional é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Os senadores não são representantes do povo, mas dos Estados-membros e os mesmos não são depositários virtuais do Poder Constituinte.

Assembleia Constituinte e Congresso Nacional são, portanto, órgãos não homólogos. A primeira é constituída apenas por representantes do povo; se é soberana e pode até extinguir a Federação, é de todo ilógico que representantes não do povo, mas dos Estados-membros dela participem.

Vê-se que a razão jurídica impõe que dois corpos distintos sejam constituídos com poderes distintos, não sendo cabível a cumulação dos poderes de ambos num só corpo.

Mas não é só. Razões de fato também recomendam a separação destes órgãos. É incoerente que os mesmos representantes do povo, aplicados à construção de uma nova ordem, concomitantemente, sejam empenhados em tarefas que dizem respeito à implementação – e isso

envolve preservação dela – da antiga ordem constitucionalmente estabelecida.

É no seio dos interesses de corpo que são produzidas as alianças das quais nascem os inimigos públicos mais temíveis, não de ser completamente descartados e repudiados os projetos que suponham não apenas a concomitância do exercício, pelo mesmo corpo, de funções constituinte e legislativa, mas também que esse mesmo corpo, promulgada a nova Constituição, prossiga em funcionamento, no exercício, então, tão só do Poder Legislativo.

Os integrantes do corpo constituinte teriam a independência e a isenção que se reclama para decidirem em favor do povo quando antevirem para si continuidade de existência política no bojo do Congresso Nacional que remanesça após a dissolução da Assembleia Constituinte?

É necessário lembrar que fundamental distinção aparta o Poder Constituinte originário do derivado, já que o primeiro deve ser exercido liberto de qualquer prévio condicionamento ou limitação.

Para assegurar independência e isenção plenas aos constituintes, seriam eles eleitos apenas e tão somente para elaborar a nova Constituição, cientes e conscientes de que, esgotada sua missão, o corpo que constituíram seria dissolvido.

1.2.2. O papel da Constituinte de 87/88

A escolha dos constituintes é de fundamental importância para a legitimidade da Constituição, pois esta é obra do Poder Constituinte e não do Poder Constituído. A questão que se coloca é: onde buscar a vontade nacional, isto é, os seus representantes a personificarem o Poder Constituinte?

Sieyès¹⁹ recomenda que ela seja tomada onde está, ou seja, na nação – isto é, no povo, pois a nação é o conjunto de cidadãos que pertencem à ordem comum, a qual se opõe às ordens privilegiadas. A Constituição há de ser feita pela nação; a nação é a origem de tudo e existe antes de tudo.

O governo, em todas as suas partes e nos órgãos que em torno dele gravitam, é o que a nação dele fizer. Nem o governo nem tais órgãos devem ou podem atuar em relação à nação. Ou em outros termos mais precisos: o governo e tais órgãos são o “constituído”; a nação (o povo) e seus representantes, o “constituente”. Só que entre os “constituídos” encontram-se os partidos políticos que, sob este raciocínio, não deveriam, por intermédio dos seus membros, atuar como “constituintes”. No entanto, não foi isto que aconteceu com a assembleia que antecedeu a promulgação da atual Constituição: a Constituinte foi integrada por eleitos a partir dos partidos políticos que aí estão. Seria demais pensar que os escolhidos poderiam se prestar a realizar interesses dos grupos que os indicaram? Para Eros Grau²⁰, essa ilogicidade vicia, no nascedouro, a Constituinte assim estatuída. E questiona:

É logicamente justificável que os constituintes sejam eleitos por partidos políticos? Se os tivéssemos como representantes da nação, e não deste ou daquele segmento partidário, não teríamos, então, apurável em efetivo grau de pureza a expressão da vontade da nação? Até que ponto os que responderam negativamente à questão anterior não estarão raciocinando em nome do chamado ‘interesse de corpo’, palco das alianças que levam à fecundação dos inimigos públicos mais temíveis?²¹

Cumprido deixar bem esclarecido que o Poder Constituinte pertence ao povo, que não o delega a eles, constituintes. Estes apenas recebem do povo mandatos para o exercício daquele Poder.

¹⁹ Apud GRAU, op. cit., p.17.

²⁰ Ibid., p. 18.

²¹ GRAU, op. cit.

Como o advogado, ao escrever e firmar petições em nome de seus clientes, não é titular dos direitos destes sob sua defesa, os constituintes não são titulares – nem mesmo delegados – do Poder Constituinte, mas apenas o exercem em nome do povo.

Na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias – vinculada à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – ocorreu o primeiro registro de debates sobre direitos do consumidor e a proposta de prazo para a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor.

Podemos afirmar que a história do movimento de defesa dos consumidores no Brasil é recente, sobretudo quando analisada no plano constitucional. No entanto, graças aos primeiros projetos de criação de um órgão de defesa do consumidor surgido na década de 70²², é que se chegou à proteção constitucional do tema, quase duas décadas depois.

1.2.3. O movimento de defesa do consumidor no Brasil

A proteção ao consumidor em nosso país não se restringiu ao plano federal. Em 1974, o então Governador do Estado de São Paulo, Paulo Egydio Martins, com base em levantamentos socioeconômicos, designou um grupo de trabalho para estudar qual a efetiva cobertura da legislação brasileira e qual a fiscalização adotada contra fraudes nas áreas de alimentação, saúde, publicidade, contratos e sistemas de vendas.

A partir dos resultados desse estudo foi promulgado, dois anos após, o Decreto nº 7.890, de 06.05.1976, criando o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, vinculado à Secretaria de Economia e Planejamento.

²² Em 1971, o Deputado Federal Nina Ribeiro apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 70-A, que tratava da criação do Conselho de Defesa do Consumidor. O projeto foi rejeitado, logo no início, pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara.

A estrutura do Sistema de Proteção ao Consumidor era composta pelo Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor, por Órgãos Centrais e pelo Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor – Procon, subordinados à Secretaria de Economia e Planejamento.

Cabia ao Grupo Executivo – Procon, atuar de forma coletiva, visando informar e orientar o consumidor, por meio de programas específicos que incluíam pesquisas e estudos relacionados à conjuntura econômica brasileira. Também receberia e encaminharia reclamações e sugestões apresentadas por entidades de classe e representativas da população.

Assim, em 1976, começaram a surgir as primeiras entidades civis de defesa do consumidor, como a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor – Adoc, que foi criada em Curitiba, em 26.10.1976; e a Associação de Proteção ao Consumidor – APC, que foi criada em Porto Alegre, em 19.05.1976.²³

A atuação prevista para ser somente coletiva, não foi passível de implementação. Os consumidores, individualmente, ao tomarem conhecimento da existência do órgão, passaram a buscar orientação e auxílio na solução de seus problemas. Estava aberto, em setembro de 1976, um canal de cidadania e de comunicação entre a população e o governo estadual.

Inicialmente, foram considerados quatro temas como prioritários para estudos e atuação: alimentação, saúde, propaganda e contratos de vendas. Logo após, entretanto, os consumidores passaram a procurar auxílio nas questões envolvendo: sistemas de vendas, vendas a prazo, vendas em domicílio, eletrodomésticos, produtos em geral, serviços públicos, serviços em geral, estabelecimentos, automóveis, locação e imóveis. O Procon passou a tratar de catorze assuntos de interesse e focos de problemas dos

²³ RIOS, Josué. A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social. Rio de Janeiro: Mauad, 1998. p. 47.

consumidores. O serviço era prestado por meio de unidades de serviço subordinadas a uma Coordenação de Trabalho.

Em 1978, o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor foi regulamentado pela Lei Estadual nº 1.903, de 20.12.1978, e também foi criada, em São Paulo, mais uma entidade civil de defesa do consumidor, a Associação de Defesa do Consumidor – Adecon/SP.

Em 1982 houve eleições para os governos estaduais, que foram ganhas em muitos Estados por partidos de oposição, que tinham como objetivo a instauração da democracia. A partir de 1983, começaram a surgir Procons e entidades civis de defesa do consumidor em vários Estados e Municípios do País. Foi criada, em São Paulo, a primeira Promotoria de Justiça e Proteção ao Consumidor.

Nesta linha de acontecimentos, Tancredo de Almeida Neves proferiu, em 1984, palestra na Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados²⁴, para enfatizar a importância que o tema despertava – e já dispensava – do Poder Público. Segundo ele,

[...] não haverá no Brasil uma República sadia e estável sem se refazer a realidade e a mística da cidadania como origem do poder político do Estado e condição maior da existência dos direitos e liberdades da pessoa humana, independente de riqueza, raça, sexo ou credo.

E, prossegue, para mencionar textualmente o direito do consumidor:

[...] dentre os direitos a que me refiro estão aqueles que devem ser exercidos pelo cidadão consumidor, na vigilância de processo de produção e comercialização de bens e serviços, cujo aperfeiçoamento é do interesse tanto dos produtores quanto dos consumidores.

²⁴ NEVES, Tancredo de Almeida. Palestra publicada pela Coordenação de Publicações, da Câmara dos Deputados, Brasília, 1985 e republicada In: AMARAL, Luiz (Coord.). **Defesa do consumidor: textos básicos**. Brasília: Ministério da Justiça, 1987.

Para Tancredo Neves,

[...] esse aperfeiçoamento do processo é de interesse público, e neste sentido a autoridade precisa estar atenta, para que não se meçam os avanços da economia, no que toca ao consumidor, apenas pela frieza das estatísticas de produção e distribuição de bens e serviços no mercado interno.

Em meados da década de 1980, a realidade do ainda incipiente mercado de consumo não era muito diferente da que constatamos nos dias atuais, ao menos em relação ao alijamento de pessoas a ostentarem a pecha de consumidores.

Já alertava Tancredo Nevesa esse respeito:

Há que se lembrar também a chaga nacional que é o 'bolsão de pobreza', aqueles mais de 20 milhões de cidadãos que precariamente sobrevivem e ainda não estão, de fato, incorporados ao mercado de consumo. São os carentes de emprego, de educação, de teto, de pão, de tudo. Não são apenas consumidores indefesos. Na verdade, não chegam sequer a ser consumidores.

No contexto de grandes transformações que teria que ser inserido, com determinação e firmeza, o problema da defesa do consumidor. Não podemos entender um consumidor passivo, não participante, pequenino e indefeso diante das forças da produção e da distribuição, inerme diante do Estado, sem capacidade de ação e de reação.

Era tarefa do Poder Público, pois, estabelecer as linhas básicas de uma defesa do consumidor que fosse, simultaneamente, um instrumento de proteção aos direitos do indivíduo e, de outra parte, um fator de aprimoramento da atividade econômica como um todo.

Felizmente, no Brasil, não vingaram as teses que reduziam a defesa do consumidor a uma mera função fiscalizadora, fonte de mal entendimentos e desconfianças entre as forças da produção e do consumo²⁵. Ao contrário,

[...] acabou por prevalecer o moderno conceito de uma defesa do consumidor em que os reclamos do indivíduo não fiquem sem resposta, mas a própria fiscalização do consumidor atue como fator de harmonia, e não de divisão entre a produção e a satisfação das necessidades da população²⁶.

Não podia o Poder Público regredir ao tempo em que a defesa do consumidor resumia-se a uma legislação de defesa da chamada economia popular. Tampouco poderia pretender voos tão altos a regulamentar, no detalhe, a lista interminável de situações em que cada brasileiro, desde o seu nascimento, situa-se na condição de consumidor. Nem poderia permitir que a multiplicação de regras e normas – em que as superposições são mais do que frequentes – terminasse por colocar o consumidor, o produtor e o distribuidor de bens e serviços diante de um emaranhado de diretrizes que não protegessem nenhuma das partes e apenas aumentassem a confusão, estimulando as distorções e abrindo campo fértil para a corrupção e a ineficiência.

Em 1985, com a democratização do Brasil, o Governo Federal, por intermédio do Decreto nº 91.469, de 24.07.1985, criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, ligado ao Ministério da Justiça, com a função de assessorar o Presidente da República na elaboração de uma política nacional de defesa do consumidor. Como aponta Marcelo Sodré:

[...] a edição desse decreto é um marco histórico da defesa do consumidor: pela primeira vez surge a ideia da existência de um espaço político, sob a coordenação do governo federal, para a formulação da política nacional de

²⁵ As sociedades que atingem elevado grau de maturidade nas relações econômicas e sociais dão grande importância às reivindicações dos consumidores.

²⁶ NEVES, op cit.

defesa do consumidor. Além disto, resta óbvia a preocupação de garantir representatividade a este espaço público, na exata medida em que os principais atores sociais (consumidores, fornecedores e órgãos públicos) tinham assento neste Conselho. Se outros resultados não foram obtidos nos anos de existência do Conselho, para confirmar sua importância, basta a lembrança que foi deste fórum que nasceu a proposta legislativa que se tornou o Código de Defesa do Consumidor²⁷.

Este conselho era constituído por representantes de associações de consumidor, Ordem dos Advogados do Brasil, Confederações da Indústria, Comércio e Agricultura, Conselho de Autorregulamentação Publicitária – Conar, Ministério Público, Procon, além de integrantes de vários Ministérios. É que não se avança neste campo sem que haja importante participação da sociedade. Não há defesa do consumidor que funcione se implantada apenas por decreto.

Daí porque no âmbito desse Conselho foi criada uma comissão, composta por importantes profissionais do direito, com o objetivo de elaborar o Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, que foi publicado no Diário Oficial da União de 04.01.1989. No Congresso Nacional, já havia alguns projetos legislativos que tratavam desse tema, pelo que foi necessária a criação de uma Comissão Mista para consolidá-los e unificá-los, e o Anteprojeto acabou sendo incorporado ao texto substitutivo.

Almejava-se não uma legislação contra a empresa. Nem contra o Estado. Mas sim uma legislação a favor da sociedade, inspirada nos valores mais altos da cidadania. Uma cidadania como testemunho maior da defesa da liberdade do homem diante do poder do Estado, diante do poder econômico.

Em 1986, o governo federal implementou um pacote econômico, que ficou conhecido como “Plano Cruzado”. O pacote continha, entre outras medidas, o congelamento de preços de alguns produtos. No início, houve um alinhamento dos preços, fazendo com que se aquecesse o mercado de

²⁷ SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do sistema nacional de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 125-6.

consumo. Após certo tempo, começaram a aparecer a cobrança de ágio e a ameaça de desabastecimento. O então Presidente da República, José Sarney, solicitou à população que o ajudasse a fiscalizar, passando o consumidor a ter um papel importante, na medida em que foi estimulado a reclamar de possíveis abusos.

Em 1987, no Estado de São Paulo, foi criada a Secretaria de Estado de Defesa do Consumidor, incorporando as atividades do Procon.

Nesse ano, também foi criado o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec, entidade civil não governamental do Brasil, com milhares de associados.

Posteriormente, vieram a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, os quais serão analisados especificamente, haja vista a importância de ambos para o direito do consumidor.

2. O SURGIMENTO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Na exata constatação de Robert Alexy, “...os direitos humanos só podem desenvolver seu pleno vigor quando garantidos por normas de direito positivo, isto é, transformados em direito positivo”²⁸. Com o direito do consumidor não foi diferente, pois ele surgiu com os chamados direitos da terceira dimensão²⁹, capitaneados pelos direitos difusos, os quais correspondem a interesses metaindividuais, ou seja, relativos a todo um grupo de pessoas.

A Revolução Industrial, iniciada em meados do século XVIII no Reino Unido, aumentou consideravelmente a capacidade das unidades de produção, através da gradual substituição do trabalho humano pela máquina, apta a produzir em grandes escalas. Desta forma, a produção, antes manual, restrita ao núcleo familiar ou a um reduzido número de pessoas, passou a atingir níveis até então impensáveis. Isso favoreceu o surgimento de novos instrumentos jurídicos, como os contratos coletivos e por adesão, nos quais é o fornecedor ou o prestador de serviço quem estabelece os termos do pacto que será celebrado, sem que o contratante possa negociá-los.

Com a massificação das relações contratuais, tornou-se claro que o conceito clássico de contrato, fundado no princípio da autonomia da vontade e no mútuo acordo das partes, não mais atendia às mudanças sociais e econômicas. Nesse cenário, devido à falta de normas específicas, os fornecedores aproveitaram-se dessa omissão para praticar condutas manifestamente abusivas, desequilibrando a relação contratual. Fazia-se

²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria del discurso y derechos humanos**. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 93.

²⁹ Preferimos a expressão ‘dimensão’ ao invés de ‘geração’, pois esta dá a ideia de que um direito substituiu o outro, quando, na verdade, eles se completam. Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. v. 1. p. 390.

necessária, portanto, uma reestruturação do ordenamento jurídico, movimento que se iniciou em países que passaram por grande desenvolvimento industrial, como Alemanha, Inglaterra, França e Estados Unidos.

Sergio Cavaleiri Filho³⁰ relata a criação, nos Estados Unidos, de uma associação de consumidores chamada New York Consumers League, “*que tinha por objetivo a luta pela melhoria das condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho feminino*”. Esta organização elaborava as denominadas ‘Listas brancas’, nas quais eram indicados os produtos que os consumidores deveriam preferencialmente adquirir, pois fabricados por empresas que respeitavam os direitos dos trabalhadores.

Com a nova compreensão que surgia, a manifestação das partes na celebração de um contrato, notadamente naqueles ligados às relações consumeristas, passa a não ser mais o fator primordial para a formalização do pacto. Os efeitos decorrentes desse contrato na sociedade e no plano econômico tornam-se extremamente relevantes para a formação e interpretação das obrigações ajustadas, surgindo a lei como fonte limitadora de eventuais abusos e legitimadora da autonomia da vontade. Desta forma, a autonomia da vontade das partes, antes absoluta, começa a ser limitada por normas que contêm regras de ordem pública, como aquelas previstas em nosso país no Código de Defesa do Consumidor.

Este Código é fruto de um movimento iniciado na década de 1980, que versava sobre a necessidade da elaboração de uma lei específica para a tutela dos direitos do consumidor.

O Brasil promulgou sua lei nesse contexto, haja vista ser a mesma formada de regras e princípios carreados de normas fundamentais para a proteção e reparação do consumidor, limitando de forma legítima o princípio da autonomia contratual, em favor da parte hipossuficiente da relação contratual, seja ela de ordem jurídica, técnica ou financeira.

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **O direito do consumidor**: origens e finalidade. São Paulo: Atlas, 2009, p. 04.

Bruno Miragem diz que “...o Código de Defesa do Consumidor, consagrando um novo microsistema de direitos e deveres inerentes às relações de consumo, aproxima de modo mais efetivo suas proposições normativas dos fatos da vida que regula”³¹, pois “distingue-se neste ponto, da tradição histórica dos códigos de direito privado, de resto construídos sob os auspícios da racionalidade liberal-individualista dos séculos XVIII e XIX”³².

A razão desta característica do direito do consumidor encontra-se basicamente em dois fatos. Primeiro, o de que o significado do sujeito designado como consumidor nasce na teoria econômica, sobretudo a partir da identificação de uma realidade econômica. Segundo, a característica própria do Código que, ao determinar o âmbito de incidência da norma, recorre à definição e aos sujeitos que compõem a relação jurídica de consumo (consumidor e fornecedor).

A referência à relação de consumo, como realiza o Código de Defesa do Consumidor, constitui, na verdade, uma estratégia legislativa para identificar a partir desta um dos seus sujeitos, e determinar-lhe a proteção.

Não há, porém, uma determinação constitucional de proteção ao consumo, mas do consumidor – nas palavras de Claudia Lima Marques, um novo sujeito pós-moderno de direitos³³.

³¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 40.

³² *Ibidem*, p. 40. A respeito, veja-se: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1993. p. 305 *et seq.* Igualmente, a *abordagem* de MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 136 *et seq.*

³³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67.

2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGULAM O TEMA

Por que as constituições modernas consagram os direitos econômicos e sociais? A resposta parece simples: porque o modo de produção social dominante necessita de Constituições progressistas.

O Estado desempenha funções de acumulação, integração e modernização capitalista, bem como de repressão e legitimação.

Tratando-se de novidade constitucional em termos de direitos individuais, o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção ao consumidor como direito individual, demonstrando a preocupação do legislador constituinte com as modernas relações de consumo, e com a necessidade de proteção do economicamente hipossuficiente.

A inexistência de instrumentos eficazes de proteção ao consumidor, para fazer valer seus direitos mais básicos, como, por exemplo, a saúde, o transporte, a alimentação, fez sua defesa ser erigida a um direito individual, de modo a determinar-se a edição de norma ordinária regulamentando não só as relações de consumo, mas também os mecanismos de proteção e efetividade dos direitos do consumidor.

Essa nova visão constitucional, em termos de inovação do rol dos direitos humanos fundamentais, de proteção ao consumidor, deve ser compatibilizada com preceitos tradicionais em nossas Constituições, como a livre iniciativa e a livre concorrência, porém tendo como premissa hermenêutica básica a primazia do art. 5º do texto constitucional.

E foi justamente a constitucionalização da proteção ao consumidor pela Carta de 1988 que acarretou a introdução dessa matéria na órbita de atuação da jurisdição constitucional, balizada pelos métodos interpretativos constitucionais e caracterizada pelo aumento da ingerência do Poder

Judiciário – e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, em face de seu papel de guardião da Constituição – nas relações de consumo.

O Supremo Tribunal Federal e os demais órgãos do Judiciário passaram a analisar as questões consumeristas, tradicionalmente ligadas às leis e regulamentos, pela ótica constitucional, inclusive exercendo o controle de constitucionalidade concentrado e difuso em várias questões importantes³⁴.

Essa nova ótica jurídica da proteção ao consumidor no ordenamento jurídico brasileiro passou a permitir a aplicação não só dos métodos interpretativos constitucionais, como também dos efeitos do controle de constitucionalidade incidente sobre as normas regentes das relações de consumo.

A interpretação dos direitos do consumidor deve ter por finalidade a efetividade da Carta Magna e a garantia do máximo de efetividade de seus dispositivos, a partir da integração do ordenamento jurídico-constitucional.

2.2 A DICOTOMIA ENTRE OS ARTIGOS 5º, INCISO XXXII E O 170, INCISO V, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O ciclo da atividade econômica inicia-se com a produção de bens e termina com o consumo do que foi produzido, o que implica dizer que o destino final da produção é o consumidor.

Daí a importância de analisarmos ambos os preceitos constitucionais referenciados, vez que cada um deles irradiará efeitos em etapas distintas da cadeia produtiva: um limitando a atividade do fornecedor (art. 170, V) e o outro criando direitos ao consumidor (art. 5º, XXXII).

³⁴ A título exemplificativo, podemos lembrar decisão do STF na ADI nº 2591-1, ocorrida em 07 de junho de 2006, sobre a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo de natureza bancária ou financeira.

Sem dúvida, a forma de tutela jurídica mais efetiva é a concessão de direitos subjetivos. Neste aspecto, em se tratando da defesa do consumidor, observa-se como parte da estratégia legislativa do Código, tanto a inovação de *constituir* novos direitos e indicar-lhes à titularidade do sujeito de direitos do consumidor, quanto o de *referir* direitos pré-existentes, em alguma medida universais, à tutela específica do consumidor.

A consagração de direitos fundamentais para sujeitos de relações privadas, como o consumidor na relação de consumo, choca-se com o conceito liberal clássico de Constituição, e sua definição como documento de organização e limitação do poder político. Todavia, é animada por uma nova concepção sobre o sentido e a função da Constituição, construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz – de acordo com o preconizado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 10 de dezembro de 1948.

Em face deste novo significado de Constituição, um fenômeno de aproximação entre as esferas pública e privada passa a ser realizado. A separação entre o público e o privado, que no direito manifestava-se, até então, por rígida dicotomia visando à preservação da liberdade individual do homem burguês em relação ao Estado, é superada, sobretudo, pela elevação ao nível constitucional de inúmeras matérias tradicionalmente reguladas por normas ordinárias. A partir deste fenômeno, então, cada uma das categorias fundantes do direito privado (pessoa, família, propriedade e contrato), passa a estar presente – em maior ou menor grau – na Constituição.

A incorporação, pela Constituição da República, de relações jurídicas antes determinadas pelo direito civil, faz com que os direitos de titularidade dos sujeitos destas relações jurídico-privadas também comportem uma alteração qualitativa de *status*, passando a se caracterizar como direitos subjetivos de matriz constitucional. E esta alteração, antes de significar mero artifício dogmático, tem consequências concretas na tutela dos respectivos direitos. No mínimo, estabelecendo-os como preferenciais em relação a

outros direitos de matriz infraconstitucional. No máximo, determinando providências concretas para sua realização.

Sobre essas premissas é que se assenta a investigação acerca do significado específico do direito do consumidor e sua previsão expressa na Constituição de 1988, como direito fundamental (art. 5º, XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, V). A importância deste exame se destaca, sobretudo quando existirem situações específicas de aparente colisão destes direitos com outros, de fundamento jurídico diverso, como são exemplos as normas de proteção do consumidor e as exigências administrativas da prestação dos serviços públicos, ou mesmo a definição dos âmbitos de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor em relação às situações reguladas pelo Código Civil.

Os princípios dispostos no art. 170 da Constituição Federal representam interesses e também ao mesmo tempo os limites impostos à economia de mercado. O simples crescimento econômico despregado dos pressupostos reais para o desenvolvimento não são capazes de contribuir para a satisfação das necessidades humanas de forma equilibrada. O princípio econômico da defesa do consumidor possui o significado de restrição à atividade produtiva em benefício do real desenvolvimento econômico, que garanta dignidade ao destinatário final em suas relações econômicas.

Segundo Fabiano Del Masso,

[...] uma das fases mais importantes do processo econômico ocorre na relação entre fornecedor e consumidor. A criação de direitos inerentes à relação de consumo representou no Brasil um grande avanço no tratamento da disciplina jurídica da atividade econômica. A regulação do contrato de consumo, a especificação as cláusulas abusivas, além dos aspectos processuais trazidos pela Lei nº 8.078/90, continuam gerando ao

consumidor brasileiro uma série de benefícios que provocam com intensidade a existência digna e a justiça social”³⁵.

O legislador brasileiro, como modo de realização do direito fundamental, optou por constituir novos direitos ou referir os já existentes através da criação pela lei, dos chamados “direitos básicos do consumidor”. Estes direitos básicos, estabelecidos no art. 6º do Código, devem ser vislumbrados em princípio, não como um grupo de normas dotadas, originariamente, de coerência e homogeneidade. São, antes, normas que derivam de um número de diplomas legais e disciplinas tradicionais da ciência e da dogmática jurídica, e que a partir de um critério de identidade com determinado interesse reconhecido pela ordem jurídica, redundam na formação de um corpo específico de normas de proteção, a partir da constituição de um sistema de defesa que realizasse a determinação constitucional da promulgação de um Código.

E verifica-se caráter de maior relevo da defesa do consumidor também quando se observa esta determinação elevada pela Constituição a princípio fundamental da ordem econômica. Situa-se, pois, no texto constitucional, como princípio da ordem econômica que não se observa exclusivamente com conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, senão com caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio. Assume, pois, um caráter conformador da ordem econômica³⁶.

Esta característica conformadora dos princípios consagrados no art. 170 da Constituição da República, antes de tudo, determina que não se estabeleçam, *a priori*, distinção de qualidade entre os mesmos. Não há sentido – pois o texto da Constituição não autoriza – na determinação de importância ou hierarquia maior ou menor em relação a quaisquer dos princípios ali estabelecidos: I) soberania nacional; II) propriedade privada; III)

³⁵ MASSO, Fabiano Del. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 5.

³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 260.

função social da propriedade; IV) livre concorrência; V) defesa do consumidor; VI) defesa do meio ambiente; VII) redução das desigualdades regionais e sociais; VIII) busca do pleno emprego; e IX) tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Como dito anteriormente, ao tempo em que tais princípios assumem caráter conformador da ordem econômica, sujeitam-se em maior ou menor grau a situações práticas de colisão. Neste particular, formas de solucionar as eventuais colisões devem ser consideradas pelo ordenamento jurídico. É neste aspecto que o recurso à proporcionalidade é a forma usual, sendo esta – em vista panorâmica – a que enseja a verificação: a) da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e o fim visado (bem com a legitimidade dos fins); b) da necessidade ou exigibilidade da medida; e c) que a ponderação do ônus imposto seja menor do que o benefício alcançado.

A aferição da legitimidade dos fins a que a ordem econômica deve realizar, tem de respeitar, mediatamente, o princípio maior da dignidade da pessoa humana, conformador do próprio conceito de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição³⁷. Neste sentido, ao vincular os princípios conformadores da ordem constitucional econômica à dignidade da pessoa humana, por certo que o conteúdo daquele se vê informado pela realização das necessidades da pessoa, tal qual serão consagrados ou reconhecidas por norma constitucional própria.

A forma como se há de reconhecer maior relevo tópico a um princípio ao invés de outro será estabelecida em cada caso, conforme as questões de precedência lógica evidenciadas na hipótese. Desse modo, o exame *in*

³⁷ Para José Afonso da Silva, “é claro que a formação capitalista da Constituição de 1988 tem que levar em conta a construção do Estado Democrático de Direito, em que [...] se envolvem direitos fundamentais do homem que não aceitam a permanência de profundas desigualdades, antes pelo contrário, reclamam uma situação que a convivência em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social”. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 771.

concreto da proteção do consumidor pode indicar que este poderá ter preferência em relação a outros princípios como a livre iniciativa – sob o critério do amplo espaço de autonomia negocial – ou liberdade de expressão – quando esta for exercida de modo a atingir o discernimento, ou mesmo a integridade do consumidor. Não pode, entretanto, preferir o próprio direito à vida, à saúde ou à segurança, que são a razão de ser da satisfação da necessidade humana de consumo e conteúdo de direito básico da pessoa enquanto consumidor (art. 6º, I, do CDC).

A defesa do consumidor não pode ultrapassar os limites do razoável, sob pena de onerar o próprio consumidor, uma vez que será ele quem vai pagar por obrigações desnecessárias impostas aos fornecedores de produtos ou serviços. Este custo, deve-se lembrar, economicamente é do consumidor, que o receberá no preço dos produtos que consumir.

Pertinente, pois, a observação de Fabio Ulhoa Coelho:

Assim, do incremento do mercado de consumo brasileiro decorrente da vigência do Código de Defesa do Consumidor decorre a elevação do custo de produção ou circulação de bens ou serviços, que absorvida, paulatinamente, pela majoração dos preços finais. A eficácia do diploma legal importa numa inegável melhoria da qualidade do mercado de consumo, mas quem suporta suas repercussões econômicas é o próprio consumidor. Tem ele, a partir da obediência pelos empresários à lei de tutela dos seus direitos, acesso a produtos e serviços de melhor qualidade, mas paga por isso³⁸.

Ou seja, precisamos definir qual é o mercado de consumo que queremos, em outras palavras, como vamos nivelá-lo. Dois sujeitos só estarão em condições de igualdade se estiverem ‘nivelados’. Ora, ao aplicarmos essa diretriz ao mercado de consumo, temos que a melhoria na prestação de serviço ou na fabricação do produto refletirá – e influenciará – no valor a ser desembolsado pelo consumidor. Aí nos deparamos com a

³⁸ COELHO, Fabio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 30-31.

contraprestação econômica: quanto mais se exige – e, em tese, podemos exigir tudo – maior o custo e, conseqüentemente, o preço final. Será que todos os fornecedores vão se adequar a essas exigências? Ou apenas parte deles – a menor, claro – vai atender às exigências do mercado de consumo.

2.2.1. A análise sob a ótica capitalista

A história anterior ao capitalismo conheceu do direito seus esboços incompletos. A fragilidade do *status quo* medieval perante os direitos subjetivos modernos bem dá a noção de que o mundo feudal não logrou uma reprodução social imediata, necessitando de uma efetivação física, coercitiva, pois que o plano da legalidade, da violência só estatal, não tinha ainda espaço nessa lógica econômica. O sistema feudal, em todas suas instâncias, é um sistema de injustiças e explorações, é um sistema de desigualdade. O capitalismo altera este quadro: ao abrir uma instância nova, estatal, política e jurídica, deixa imediatamente visível as instâncias das relações sociais, e, ao contrário das relações econômicas que são seu sustentáculo, manda que a política e o direito falem a linguagem da igualdade. Esta linguagem nova faz com que a resistência esmoreça, e a língua do descompasso e da injustiça seja jogada para fora do âmbito comum da política e do direito.

A legalidade está incompleta no mundo pré-capitalista, pois só o comércio aparece como esboço da dinâmica futura do capitalismo. A lógica mercantil é a primeira lógica que completará o quadro do direito capitalista. A legalidade aqui se esboça. Contra o mando direto, que não faz diferença entre a relação econômica e a relação política, surge um primeiro momento no qual, contrastando com a subordinação servil ou escravagista, surge a aparente coordenação no comércio. O servo é diferente de seu senhor. No mercado, no entanto, é igual ao burguês se quiser dele comprar suas mercadorias. No primeiro caso não tem vontade, no segundo seu negócio é sua liberdade.

A ruptura com as formas pré-capitalistas é o passo que faz com que seja instituída uma esfera que trate da igualdade e da liberdade comercial. O

Estado moderno surge como necessidade burguesa à medida que necessita instituir uma nova forma de relação social, em cuja aparência seja inscrita a igualdade. O direito moderno aqui se esboça, ao fazer com que, na instância da transação, na circulação mercantil, a forma de relação seja de iguais perante a lei.

A saída das formações econômicas pré-capitalistas, para o direito, é a conquista de um espaço no qual a estruturação social não é feita pelo status, antes é conseguida na atividade comercial que permitirá o acúmulo de capitais, que se dará numa relação que presume formalmente a igualdade de comprador e vendedor.

Ao mesmo tempo em que se abre para um plano de igualdade no contrato – comprador e vendedor se igualam juridicamente – o capitalismo mercantil ainda não se estabiliza de tal sorte que consiga uma autônoma reprodução econômica.

A história da Idade Moderna, em grande medida, é a história de um capitalismo que já vai consolidando sua criação mercantil, mas que ainda não chegou à sua forma plena, que é a do domínio das relações de produção.

A lógica da reprodução econômica capitalista tem na perspectiva da circulação mercantil, no entanto, apenas uma de suas fases. Se a troca quebra a estrutura do antigo domínio direto, é a indústria no entanto – a produção – que irá completar o ciclo da auto-reprodução do capital. A produção acaba por redimensionar a circulação no capitalismo.

As primeiras manifestações pré-capitalistas da circulação mercantil abrem espaço necessariamente à política. A circulação presume igualdade entre agentes na troca; a igualdade comercial abre a arena do direito entre iguais; a lógica de cidadania abre campo para a política. O primeiro esboço da legalidade já está dado na quebra das formações pré-capitalistas: a universalidade atinge seu primeiro estágio. Para as relações privadas, a igualdade já se conquistou juridicamente.

A produção, no entanto, é que redimensiona os estatutos das instâncias sociais a partir da cadeia de auto-reprodução do capital. O pleno domínio destas cadeias envolve uma dinâmica autônoma da produção, assentada sobre o fundamento da apreensão privada dos meios de produção. Na propriedade privada se dá um dos cerne do fundamento econômico do capitalismo. A antiga produção para satisfação das necessidades dá lugar, no mundo moderno, à produção que reorganiza os estatutos da circulação mercantil e que tem em vista a cadeia das formas de relação capitalistas. A produção assenta-se, fundamentalmente, sobre o valor de troca, não sobre o valor de uso. A satisfação das necessidades não é mais a diretriz das trocas.

O Direito, que se abre como instância de igualdade entre agentes livres e iguais no mercado, mas que está essencialmente ligado à política como seu garante, reconfigura-se a partir da dinâmica de auto-reprodução do capitalismo. A liberdade e a igualdade formais, que se abrem pela equivalência na relação de troca, não são mais concessões políticas.

A igualdade e a liberdade de negócio, até então privilégio e concessão, passam a se encontrar na estabilidade da forma da lei; abre-se o mundo do positivismo jurídico.

[...] A justiça das transações que se realiza entre os agentes da produção consiste em que estas transações se derivam das relações de produção como uma consequência natural. As formas jurídicas que estas transações econômicas revestem como atos de vontade dos interessados, como exteriorizações de sua vontade comum e como contratos cuja execução pode se impor pela força aos indivíduos mediante a intervenção do Estado, não podem determinar, como meras formas que são, esse conteúdo. Não fazem mais que expressá-lo. Podemos dizer que este conteúdo é justo enquanto corresponde ao regime de produção, enquanto é adequado a ele. É injusto quando se encontra em contradição com ele. A escravidão, dentro

do sistema capitalista de produção, é injusta, como o é também a fraude quanto à qualidade da mercadoria.³⁹

A liberdade e a igualdade, essenciais para o mercado, o são ainda para a lógica de reprodução econômica, mas ao seu lado o fundamento da apreensão privada dos meios de produção ganha relevo. A propriedade privada como fundamento do direito ganha espaço e passa a constituir, ao lado da igualdade formal e da liberdade negocial, o corpo do direito privado. A produção capitalista não se assenta mais apenas no logro – comprar por menos e vender por mais – mas sim, fundamentalmente, na expressão da mais-valia. A produção, e não a circulação, é que permite a plenitude da auto-reprodução do capital e a exponenciação da acumulação privada.

Enquanto o direito da circulação mercantil foi a conquista da igualdade, e portanto o esboço primeiro da universalidade, quebrando o status e o privilégio antigo por meio da política, o direito da produção capitalista foi a chancela da igualdade, sob a rubrica da propriedade privada. Não só o logro do mercado é o ganho possibilitado pelo direito, mas consegue se legitimar a própria exploração da mais-valia. Os direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão positivados pelo Estado contemporâneo – a liberdade contratual, a igualdade formal, a propriedade privada e a segurança das relações jurídicas – são os limites dentro dos quais a política é possível. A partir daí, o Estado é o garante da reprodução econômica.

A lógica capitalista torna-se plena e autônoma. A legalidade faz o papel de garantidor perpétuo e filtro necessário da reprodução econômica, em lugar da permanente obtenção da vontade política. A história anterior do direito capitalista foi a luta pela montagem do sistema da legalidade. A partir de agora, a sua história é simplesmente a manutenção do próprio sistema, ou a sua reprodução a partir de si mesmo.

³⁹ MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política, livro primeiro: o processo de produção do capital. Trad. Reginaldo Sant'Anna. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. v. 1. p. 127.

A impessoalidade passa então a ser marca aparente da legalidade, ao lado do pressuposto da igualdade formal e da liberdade nos limites da lei.

2.2.2. Hegemonia do capital?

A legitimação da hegemonia do capital, nutrida pela mitificação da Constituição formal, é de outra parte reforçada mediante o desenvolvimento, pela burguesia, de uma retórica que distorce a realidade.

Assim, ela investe, frequentemente, contra a 'estatização da economia'. Apenas, no entanto, essas investidas são consumadas à margem do Poder Judiciário. Tais discussões são produzidas fora de âmbitos nos quais poderiam prosperar, no sentido de coartar o desenvolvimento, pelo Estado, de sua função de integração e modernização capitalista. Isso porque o capitalismo assistencial reclama a estatização parcial da economia.

O Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista.

Esta atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico.

O sistema capitalista é assim preservado, renovado sob diverso regime. O modo de produção, os esquemas de repartição do produto e os mercados capitalistas, no âmbito interno e no quadro internacional, são mantidos em sua igualdade. Daí porque interessa ao capitalismo uma Constituição progressista. Justamente no ser progressista é que a Constituição formal não apenas ensejará a manutenção da ordem capitalista, mas conferirá operacionalidade plena ao poder detido pelas classes dominantes.

Paralelamente a isso, o capitalismo modernizado promove a fragmentação social, o que também é induzido pela Constituição formal: os cidadãos se refletem nela como parte não da sociedade de classes, mas da sociedade de massa.

O crescimento populacional implica a ocupação dos espaços do mundo. Mas esta ocupação é fragmentada, na medida em que a intercomunicação entre os indivíduos é comprometida. Embora os homens estejam mais próximos uns dos outros, não se comunicam entre si: a competição em que estão envolvidos os aparta. A energia que vem da densidade populacional, estranhamente, afasta os homens uns dos outros, não os fraterniza.

O que é mais importante para a integridade do capitalismo é prejudicado por esta fragmentação que além de comprometer a autenticidade da representação política, impede a superação da ordem capitalista, que apenas autotransforma – isto é, se aperfeiçoa.

2.2.3. Formas de atuação do Estado

A atuação estatal no campo da atividade econômica, em sentido estrito, acarretou uma série de transformações no direito. Um dos setores mais atingidos foi justamente o do regime dos contratos.

Tem-se afirmado, sistematicamente, que os dois valores fundamentais, juridicamente protegidos nas economias capitalistas, são sistematicamente, o da propriedade dos bens de produção e o da liberdade de contratar.

Tais valores não estão dispostos em situação simétrica, sendo mais correto observar que a liberdade de contratar não é senão um corolário da propriedade privada dos bens de produção. Isso porque a liberdade de contratar tem o sentido precípua de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção. Em outros termos: o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da

propriedade privada dos bens de produção. A atuação econômica do Estado sobre o domínio econômico, por isso mesmo, impacta de modo extremamente sensível sobre o regime jurídico dos contratos.

O liberalismo econômico fazia com que as partes na relação contratual transformassem em ato toda a potência de suas vontades. Imperava então o voluntarismo contratual, caracterizado por um largo poder de auto-regulação no negócio jurídico, apenas não irrestrito porque restringido pela necessidade de submissão da vontade das partes ao interesse coletivo. A construção contratual, então, surgia como manifestação da prerrogativa das partes, de criar o seu próprio direito.

Ampliando-se as funções do Estado, passa ele a condicionar e direcionar o exercício daquela prerrogativa, saindo do momento do voluntarismo e chegando ao do dirigismo contratual.

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação – dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado – em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes, mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica.

A liberdade contratual, que se decompõe em liberdade de contratar ou de abster-se de contratar e em liberdade de configuração interna dos contratos, sofre ponderações em ambos os aspectos. Às normas jurídicas de cunho meramente dispositivo, do Estado Liberal – apenas excepcionadas por uma ou outra disposição de ordem pública – sucede modernamente um conjunto de outras, impositivas, a definirem ora formas e fórmulas contratuais necessárias, ora a obrigação de contratar ou de não contratar.

A liberdade de configuração interna dos contratos apresenta-se, sob o impacto das técnicas intervencionistas, extremamente relativizada. Incidem sobre eles disposições que acabam por alterar os seus elementos essenciais. Pensamos o contrato como resultado de livre consentimento e estipulação de coisa e preço: um dos elementos primordiais à configuração interna do contrato é o preço. Em um regime de controle de preços, todavia, tal elemento é determinado, em grande número de casos, independentemente da vontade das partes. De outra parte, inúmeras vezes, também, as condições de validade do contrato e o condicionamento de sua execução dependem de ou residem em disposições normativas ou atos administrativos externos à vontade das partes.

Menciona-se, a título de exemplificação, aqui, os contratos de transferência de tecnologia e análogos, em especial os celebrados com empresas do exterior, sujeitos cumulativamente a aprovação e registro do INPI e do Banco Central.

Outro aspecto é o relacionado à padronização dos contratos. Na passagem do século manifesta-se uma forte tendência neste sentido, inicialmente definida em função de razões de economia administrativa – em vista da necessidade de simplificação dos negócios – e, posteriormente, enfatizada pela mecanização da vida moderna. A técnica da padronização dos contratos surgiu, ao que tudo indica, no âmbito dos contratos de transporte ferroviário. A experiência demonstrou, no entanto, que a padronização deles por uma das partes levava a um inevitável comprometimento da liberdade de contratar daqueles que se colocam em posição adversa, na relação contratual, à do contratante que detém o poder de padronização. Logo verificou-se que, na composição de interesses que o contrato instrumenta, quando uma das partes padroniza o contrato, é capaz de impor à outra condições e cláusulas que comprometem a própria essência da liberdade de contratar.

Passou o Estado, então, não apenas a regular a capacidade de padronização dos contratos pela parte hiper-suficiente, mas também a

substituir a adesão de uma das partes ao contrato pela adesão de ambas as partes a padrões deles, que fixou. Aí o surgimento de contratos com cláusulas padronizadas por ato estatal, no que a relativização do princípio da liberdade de contratar, enquanto liberdade de configuração interna dos contratos.

2.3 O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

As ciências sociais, de um modo geral, atravessam uma crise paradigmática. Nunca produzimos tanto conhecimento, e nunca o mundo foi tão paradoxal, heterogêneo e globalizado, capaz de afirmar e negar o mesmo evento, ao mesmo tempo, com a maestria de fortes teorias vigentes, mas contrapostas. Nesse sentido, parece evidente estarmos diante de obstáculos epistemológicos das mais variadas índoles. Mas, no Direito, a crise paradigmática produz uma disfuncionalidade acentuada, cujas consequências sociais perfilam-se, atualmente, como insuportáveis para a convivência social.

Todavia, mesmo num cenário como este, um aspecto apresenta-se como positivo: nunca o Direito definiu tantos “direitos”. O “sujeito de direito” nunca foi tão integralmente reconhecido como agora. Os problemas residem, então, nos processos de ponderações desses direitos entre si, dos direitos de uns com os direitos dos outros, do acesso à Justiça e da conformação estrutural desta, e das tutelas efetivas que garantam estes direitos.

Grande parte destes problemas surgiu como consequência da emergência de novos fenômenos que resultaram estranhos ao arcabouço dogmático do Direito moderno, eis que, durante todo o século XX, o Sistema do Direito operou, basicamente, com modelos fictícios de sociedades passadas. Se este passado lhe dava segurança, também o distanciou das práticas sociais emergentes.

Novos sujeitos e cenários surgiram, como consequência da articulação da sociedade industrial. Sindicatos, associações, partidos políticos, todos são sujeitos sociais e coletivos que emergem como contraponto à estrutura individualista liberal. Paralelamente, com os novos avanços do setor da

tecnologia aplicados ao setor da produção, o mercado de bens e serviços estendeu-se a toda a trama social, originando o “mercado de massas”. E, nesse novo contexto de sujeitos coletivos e de mercados popularizados, o consumo irrompeu na estrutura organizacional como um fenômeno social.

Para o Direito, o consumo representava, somente, relações econômicas entre sujeitos privados e, nessa ótica, as regras contratuais liberais pareciam conter satisfatoriamente os novos conflitos nos mercados. Porém, quando as dimensões simbólicas do fenômeno do consumo começaram a intervir nas estruturas organizacionais da sociedade, o Direito, como estabilizador das expectativas sociais, não conseguiu assimilar a complexidade que se estruturou em relação a esse fenômeno.

O consumo é, sem dúvida, um componente essencial do mercado, na medida em que representa o estágio final da cadeia produtiva. Daí porque a Constituição Federal tratou de protegê-lo, inclusive como um direito fundamental, haja vista sua localização topográfica em nossa Lei Maior, inserido que está no Capítulo I, “Dos direitos individuais e coletivos”, do Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”. Como primeiro efeito desta localização, tem-se assentado na doutrina e na jurisprudência brasileira que a localização do preceito constitucional neste setor privilegiado da Constituição, a rigor, o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte derivado⁴⁰.

Os direitos fundamentais, no sentido observado pela moderna doutrina constitucional, constituem a base axiológica e lógica sobre a qual se assenta o ordenamento jurídico⁴¹. Por essa razão, colocam-se em posição superior relativamente aos demais preceitos do sistema de normas que conformam o ordenamento. De outro modo, embora encerrem os valores fundantes de um determinado sistema jurídico, não se apresentam da mesma forma, ou com

⁴⁰ Segundo o art. 60, § 4º, IV, da Constituição, que estabelece a vedação de que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p. 192, *et seq.*, *apud* MIRAGEM, op. cit., p. 43.

idêntica potencialidade para realização ou produção de efeitos. Em regra, a eficácia dos direitos fundamentais vincula-se à norma constitucional que determina seu *status*, e em razão disso, depende desta para a produção dos respectivos efeitos.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 07.12.2000 (DO 18.12.2000), consagra expressamente, em seu artigo 38, que “as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”. Neste sentido, é preciso identificar no seu preâmbulo, a consideração da necessidade de conferir maior visibilidade aos direitos fundamentais por intermédio daquela Carta, a fim de reforçar sua proteção “à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”.

Com relação ao direito do consumidor, tomando por base a doutrina dos direitos fundamentais de Robert Alexy, podemos identificá-lo como espécies de *direitos de proteção*, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros⁴². Neste sentido, o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em *direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros*, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau (em relação a alguns serviços públicos), ao próprio Estado (e.g. o artigo 22 do CDC).

Esta proteção conferida ao consumidor corresponde, ao mesmo tempo, a um dever do Estado de promover este direito. A forma determinada na

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Galzón Valdés. Madrid: CEPC, 2002. p. 435. Entre nós, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 30, abr./jun. 1999. p. 97 et seq. As formas de proteção se estabelecem tanto do ponto de vista legislativo, consagrando direitos e garantias objetivas, quanto meios reais de tutela desses direitos, a partir de institutos processuais próprios. Veja-se a respeito: BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 123, et seq.

Constituição para a realização do dever se dá por intermédio do legislador ordinário.

A forma como se passa a compreender os direitos fundamentais faz com que o Estado evolua da posição de adversário – típica da conformação dos chamados direitos-liberdades – para uma posição de garantidor destes direitos⁴³, o que vai determinar do Poder Público não apenas uma proibição do excesso, mas também a proibição da omissão. Fica estabelecido ao Poder Público, a partir da Constituição, um dever de agir, de atuar positivamente na realização dos direitos fundamentais.

Por outro lado, o estabelecimento de proteções e distinções com base em determinadas qualidades individuais do sujeito a quem estas aproveitam, sempre faz emergir a questão relativa ao respeito à igualdade. Concretamente, até que ponto aquele a quem se vai determinar como destinatário de proteção jurídica não irá, em razão dessa proteção, estar desrespeitando ou contradizendo o *direito à igualdade*, de mesmo *status* constitucional. No caso dos direitos do consumidor, até que ponto este não estará rompendo com uma relação necessária de igualdade em face dos demais sujeitos, e notadamente em relação ao fornecedor, coparticipe da relação jurídica de consumo?

A doutrina consumerista argumenta desde sempre que ao estabelecer-se proteção específica ao consumidor, o que se promove é a *equalização*, por meio do direito, de uma relação *faticamente desigual*. Neste sentido, soa-se ilusória a percepção de uma relação fática de igualdade em fenômenos nos quais os agentes econômicos distinguem-se pelo poder econômico ou pelo conhecimento e domínio técnico que dispõem, o que lhes confere determinada dimensão e feixe de prerrogativas no âmbito negocial. Na verdade, o que se convencionou indicar como relação de igualdade, sobretudo, centrada na figura do contrato entre *livres e iguais*, tratou-se de uma conformação própria do liberalismo político e econômico, traduzido no

⁴³ Assim: MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 209.

individualismo jurídico, que acabou por redundar no dogma da autonomia da vontade. Ora, se os homens eram livres para contratar, nada mais lógico e coerente do que emprestar força obrigatória aos pactos por eles então assumidos. Construiu-se um significado de igualdade jurídica abstrata, manifestada, sobretudo, através do instituto do contrato, mas que não guardava relação com a situação fática específica.

Neste aspecto reside o argumento de força que permite sustentar a não violação do direito à igualdade pelo estabelecimento de direitos de proteção em relação ao consumidor. A distinção entre a chamada igualdade jurídica e a igualdade de fato é o cerne da justificação dos chamados direitos de proteção que propõe. Assim, a fórmula a que se chega para fundamentar a não violação do direito à igualdade – e em alguma medida a isonomia – pelo estabelecimento do direito de proteção do consumidor, é a clássica fórmula de raiz aristotélica sobre a igualdade, do *tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade*. Em se tratando de relação de consumo, a figura da desigualdade fática, é que legitimará o tratamento jurídico desigual na medida desta desigualdade real.

Do ponto de vista jurídico, Alexy indica a estrutura do direito subjetivo à igualdade, a partir das seguintes fórmulas:

[...] (a) se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual; (b) Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual⁴⁴.

A desigualdade, *in casu*, reside na posição favorecida do fornecedor em relação ao consumidor, sobretudo em razão de um pressuposto poder econômico ou técnico mais significativo, que corresponderá, necessariamente, a uma posição de fragilidade e exposição do consumidor, o que se convencionou denominar de vulnerabilidade deste em relação àquele.

⁴⁴ ALEXY, op. cit., 2002. p. 407.

Uma segunda questão a ser enfrentada acerca do direito do consumidor, consiste no esclarecimento se este direito subjetivo constitui-se num direito humano, no sentido atribuído a este conceito pela doutrina jurídica. Por direitos humanos, tem-se no plano histórico uma série de direitos inatos declarados por intermédio da célebre *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, e tem no século XX a sua expressão de maior relevo na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Neste aspecto, a expressão *direitos humanos*, como é intuitivo, traz em si a consideração de que é pressuposto necessário a um *direito humano*, que o seu titular seja uma *pessoa humana*. Tanto é verdade que, a rigor, o principal fundamento de apoio e legitimidade dos direitos fundamentais a que reconduz todo seu sistema de proteção, é o *princípio da dignidade da pessoa humana*.

O princípio da dignidade da pessoa humana, neste aspecto, servirá igualmente como elemento de legitimidade dos direitos sociais, econômicos e culturais da Constituição, sobretudo ao manifestar o reconhecimento da pessoa humana como valor-fonte do direito, e seu posicionamento a partir de uma dimensão histórica da pessoa, do sentido e da consciência que tenha de si e da necessidade do alargamento em todos os domínios da vida.

A referência a um novo sujeito de direitos, o consumidor, é antes de tudo, o reconhecimento de uma posição jurídica da pessoa numa determinada relação de consumo, e a proteção do mais fraco. A rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras. Nesta perspectiva, a caracterização dos direitos do consumidor como direitos humanos, revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a *necessidade do consumo*.

O consumidor, na exata compreensão de Eros Roberto Grau, é identificado pela ordem constitucional em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem, produto ou serviço⁴⁵.

⁴⁵ GRAU, op. cit., 1997, p. 260.

O direito do consumidor, enquanto direito fundamental, justifica-se no reconhecimento de uma situação de desigualdade, à qual as normas de proteção do consumidor realizam a equalização de condições, na linha de entendimento do que disciplinou o direito europeu, por intermédio do Artigo 38 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que refere: “As Políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”.

3. A CONCRETIZAÇÃO DO MICROSSISTEMA CONSUMERISTA NO PLANO INFRA-CONSTITUCIONAL

Poucas iniciativas foram tão bem recebidas pela comunidade como o Código de Defesa do Consumidor. Em poucos momentos nacionais se conseguiu promover, de maneira tão eficiente, a conscientização da população, de modo geral e definitivo, a respeito da importância de sua participação no desenvolvimento social, da necessidade de resguardo de seus direitos e, principalmente, da sua força como agente de uma relação jurídica de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor colocou o Brasil numa posição de vanguarda e, mais do que isto, vem sendo aplicado de forma concreta, facilitando o acesso à Justiça do consumidor e fortalecendo sua cidadania, pelo conhecimento dos direitos e da melhor maneira de defendê-los, o que leva à conscientização de sua posição nas relações de consumo, com *status* de sujeito, e não de objeto; em contrapartida, o Código prestou relevantes serviços aos fornecedores de produtos e serviços, aparelhando-os melhor na preservação da fidelidade do consumidor e permitindo a posição de relevo de quem opera com lisura e comprometimento no mercado.

Desde a sua promulgação até os dias atuais, as relações de consumo tornaram-se mais complexas. Em 1990, o telefone celular era pouco mais que um projeto, e os poucos aparelhos que existiam tinham o tamanho e o peso de um autêntico tijolo de construção. Não existia a internet, a banda larga e o comércio eletrônico. Os serviços públicos essenciais eram fornecidos apenas por empresas estatais, como a Telebrás; a globalização estava apenas engatinhando e os padrões de produção e consumo ainda não estavam ameaçados pelas mudanças climáticas e outros problemas ambientais.

Há muitas práticas (ainda) não expressamente vedadas pelo Código, mas que prejudicam o consumidor. A fidelização compulsória e as renovações automáticas de serviços sem autorização expressa são alguns exemplos.

Devemos destacar que, houve a ascensão social de aproximadamente trinta milhões de brasileiros, que passaram a integrar o mercado de consumo. Temos hoje no Brasil uma nova classe média, com cerca de trinta milhões de pessoas que saíram da linha da pobreza e agora têm livre acesso ao crédito.

3.1 A AMPLIAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

É inegável o interesse público em preservar os direitos dos consumidores como forma clara de avanço social e, também, econômico. Tanto é assim que a lei exige ação governamental de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; efetiva proteção ao consumidor; harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico; educação e informação de fornecedores e consumidores; incentivo à criação de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, entre outros, visando o aprimoramento do mercado de consumo; neste contexto, o legislador não excluiu o Poder Público de cumprir com o seu papel. A dizer de outro modo, a política nacional de relações de consumo não deixou de fora o Estado. Ao contrário, impôs, também a ele, a observância do que acima se deduziu como fundamental para um sadio desenvolvimento do mercado de consumo. Prova disso são os dizeres do art. 22 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁶, que inflige aos órgãos públicos em geral a observância a uma série de exigências.

Faz-se necessário ter em mente uma clara visão de como se dá a prestação dos serviços públicos no estado brasileiro, assim como sua transferência para a iniciativa privada, quando não vedada por lei⁴⁷.

⁴⁶ “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

⁴⁷ Vide Leis nº 8.031/90 e 8.987/95, que dispõem sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos por empresas privadas.

3.1.1. O usuário de serviço público como consumidor

A privatização dos serviços públicos representou a mudança do modelo burocrático ao gerencial de administração pública, reservando-lhe, nessa nova realidade, o papel normatizador e regulador da atividade econômica; ocorreu, por assim dizer, a iniciativa estatal de mudança de foco administrativo. Naquele momento, diversas Agências Reguladoras – sempre autarquia em regime especial –, com missão de proporcionar condições favoráveis para que o mercado onde atuem se desenvolva com equilíbrio entre os agentes e em benefício da sociedade, foram criadas para fiscalizar as empresas que, por meio de licitação, adquiriram a outorga de exploração daqueles serviços⁴⁸.

Mas esta nova realidade considerou a aplicação do microsistema protetivo como ferramenta legal e adequada para resolver os litígios daí decorrentes?

Para essa resposta, outra indagação há de ser feita – e, por óbvio, também esclarecida: existe diferença entre usuário de serviço público e consumidor?

Parte da doutrina⁴⁹ sustenta que há equívoco quando se afirma que usuário de serviço público é consumidor, destacando que essa visão, talvez, tenha lógica sob o prisma econômico. Porém, pela ótica jurídica, o usuário do

⁴⁸ A pioneira nesse cenário foi a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

⁴⁹ V.g., AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio, 2002.. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos; usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

serviço público e o consumidor estão em situações distintas de acordo com a abordagem constitucional⁵⁰.

Tendo em vista que os concessionários e os usuários não possuem autonomia de contratação, a relação seria diferenciada quanto às demais áreas da livre atividade empresarial, pois na compra de um carro, por exemplo, a livre escolha é respeitada, ao passo que na atividade de exploração dos serviços públicos essa liberdade fica mitigada em razão da quase inexistência de concorrência no mercado.

Por isso que Cesar A. Guimarães Pereira afirma que

[...] a diferença está na origem dos conceitos. A noção de consumidor insere-se no quadro de controle das atividades privadas, conjugando-se com o direito antitruste para conter o poder econômico. O conceito de consumidor pressupõe hipossuficiência, fragilidade econômica e jurídica nas relações massificadas. Relaciona-se com uma situação de mercado, de transações privadas – inexistente, em princípio, nas relações de prestação de serviço público”⁵¹.

Entretanto, após fazer clara distinção do conceito nos termos legal e constitucionalmente previstos, o mesmo autor destaca que

[...] isso não exclui, porém, certos pontos de comunhão entre os conceitos de usuário e consumidor, especialmente no que se refere à fruição do serviço já tornado disponível⁵².

Filiamo-nos, porém, à outra corrente doutrinária⁵³, que entende que o fundamento do conceito de consumidor é amplo o bastante para abarcar o de

⁵⁰ Os artigos 150, § 3º e 175, inciso II, trataram especificamente o termo usuário e os artigos 5º, XXXII, 24, VIII, 150, § 5º, 155, VII, 170, V, todos da Constituição Federal, empregaram a expressão consumidor.

⁵¹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. . Usuários de serviços públicos; usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

⁵² Ibid., p. 57.

usuário, para quem entendimento contrário negaria a vigência do próprio Código de Defesa do Consumidor, assim como a intenção do legislador na elaboração dessa lei. Isto não quer dizer que alguns serviços públicos colocados pelo Estado à disposição do administrado nem sempre serão regidos pela legislação consumerista, mas, tratando-se de serviços públicos prestados por particulares à gama da sociedade denominada consumidores, certamente serão regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Até porque negar que a relação travada por uma concessionária de serviços públicos com seu consumidor fique sujeita à Lei nº 8.078/90, equivale a enxergar – e defender – apenas os interesses de um dos protagonistas dessa relação, que, na hipótese, seria o fornecedor, justamente o oposto da intenção do legislador, que reconhece na pessoa do consumidor a figura do hipossuficiente e vulnerável.

Não se está, com isso, dizendo que todo consumidor de serviço público será protegido pelo Código de Defesa do Consumidor, assim como o inverso não é verdadeiro: nem todo aquele que adquire bens ou serviços no mercado de consumo será considerado consumidor.

Toda esta análise nos permite refletir sobre outro aspecto: se a intenção do legislador com a edição do Código de Defesa do Consumidor foi proteger o hipossuficiente e vulnerável e, mais, se o art. 22 desse diploma legal irradia efeitos sobre a prestação do serviço público, é de se perguntar por que o art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/98⁵⁴ determinou a elaboração de uma lei de defesa do usuário de serviços públicos? Isso equivaleria ao reconhecimento implícito de que essa defesa é juridicamente diversa da defesa do consumidor?

⁵³ SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.;

⁵⁴ Art. 27. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos.

Em relação à segunda indagação, parece-nos que a resposta mais adequada é negar tal assertiva. E simplesmente porque a referida lei sequer foi elaborada até os dias atuais. Logo, não seria possível estabelecermos uma diferença de tratamento entre consumidor e usuário, se em favor deste último sequer foi criada a lei específica mencionada na Emenda Constitucional em comento. Por outro lado, alguns dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional determinam a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, o que reforça, ainda mais, a ideia de que o usuário de um serviço público não deixa de ser – mesmo nessa condição – um consumidor, o qual merece – e tem a sua disposição – a proteção dispensada pela Lei nº 8.078/90.

Por que, então, a criação de um Código de Defesa do Usuário de Serviço Público? Porque para o Poder Público, mais importante do que a defesa do consumidor, seria a defesa do usuário de serviço público, uma vez ser pressuposto básico do instituto da concessão de serviço público no Direito brasileiro justamente a prestação de serviço adequado. Complementando esta ordem de ideias, se evoca o princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual impede que o poder concedente concorde com qualquer solução que prejudique essa prestação, por mínimo que seja o prejuízo, o que não ocorreria na relação de consumo, em que os interesses são privados⁵⁵.

Respeitado o entendimento dos que sustentam esse posicionamento, parece-nos que a adequação do serviço público não pode servir de critério para legitimar uma distinção entre usuário e consumidor, posto que este possui exatamente a mesma proteção daquele, na medida em que o art. 22 da Lei nº 8.078/90 é expresso em determinar a prestação de serviços adequados. Portanto, parece lógico que a proteção que se quer dispensar a um – usuário – é também dispensada ao outro – consumidor.

⁵⁵ V.g. o ordenamento jurídico não admite que o usuário concorde com a prestação de 'serviço inadequado', sob a condição de que a concessionária reduza a tarifa. Já o consumidor pode exigir o abatimento do preço, caso o serviço prestado pelo fornecedor não seja satisfatório.

Outro argumento a legitimizar a criação de um Código de Defesa do Usuário de Serviço Público diz respeito ao órgão encarregado de defender aquele que se utiliza do serviço prestado. Para os que enxergam essa dicotomia entre usuário e consumidor, a tarefa incumbiria às agências reguladoras, enquanto que para aqueles que dispensam o mesmo tratamento a ambos os sujeitos, os órgãos de defesa do consumidor seriam os responsáveis, até porque já cumprem esse papel.

Para que as agências reguladoras possam desempenhar satisfatoriamente a defesa de quem utiliza o serviço, não se pode perder de vista em qual contexto elas estão inseridas e com quais finalidades foram criadas.

O ordenamento jurídico brasileiro traz uma série de mecanismos de controle social dos serviços públicos. A Constituição Federal, ao dispor sobre a Ordem Econômica e ao estabelecer sobre os princípios que regem a atividade econômica e as leis e decretos que regulamentam os dispositivos constitucionais, ao instituírem as agências reguladoras, com a função de: a) implementar políticas definidas pelos Poderes Executivo e Legislativo; b) regulamentar o mercado, tendo como base as referidas políticas e c) fiscalizar a prestação dos serviços, refletem a preocupação do legislador com o controle social dos serviços públicos.

Daí porque a privatização dos serviços públicos deveria ser precedida pela criação e instalação de agências reguladoras autônomas, que tivessem a missão de, além de criar condições para que a desestatização das empresas públicas ocorresse, fiscalizar a oferta desses serviços para que sejam prestados com qualidade e eficiência.

O que assistimos não foi um processo de privatização iniciado com a criação das agências reguladoras e a regulamentação dos setores precedendo a venda do controle acionário das empresas sob o poder do Estado para a iniciativa privada. O processo se deu de forma inversa; ou seja, a partir de 1995 começaram as privatizações na área de distribuição de

energia elétrica e a Lei nº 9.427, que *“institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências”*, só foi promulgada em 26.12.1996.

O mesmo ocorreu no setor de telefonia, ainda que a Agência Nacional de Telecomunicações tenha sido instituída praticamente um ano antes da venda do sistema Telebrás, o Decreto que regulamenta a agência foi editado pouco mais de seis meses antes da privatização das empresas da telefonia; este fato, somado a uma ausência de cultura reguladora no país, trouxe um enorme prejuízo à sociedade como um todo.

Para que as agências reguladoras pudessem desempenhar não apenas a função de fiscalizar a prestação dos serviços, mas também de atuar como órgãos de defesa dos usuários/consumidores, tornou-se necessário que elas fossem independentes, tanto administrativa quanto financeiramente, como, também, em relação à concessionária e ao poder concedente; até porque, não raras às vezes, o interesse do usuário conflita não apenas com o da concessionária, mas também com o do poder concedente, enquanto aparelho estatal.

É mais lógico que o Código de Defesa do Consumidor continue produzindo efeitos na relação jurídica travada entre a concessionária de serviço público e aquele que se utiliza dessa prestação, bem como que os órgãos de proteção do consumidor continuem fiscalizando este segmento do mercado de consumo, como, aliás, já vêm fazendo em todas as demais áreas.

3.2. O DIÁLOGO COM OUTRAS NORMAS

Diante do atual “pluralismo pós-moderno” de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgem a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do

aplicador da lei contemporâneo. A expressão usada comumente era a de “conflitos de leis no tempo”⁵⁶. A significar que haveria uma colisão ou conflito entre os campos de atuação desta lei.

Em outras palavras, nesta visão “perfeita” ou “moderna”, teríamos a “tese” (lei antiga), a “antítese” (lei nova) e a conseqüente “síntese” (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico). Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam apenas três - anterioridade, especialidade e hierarquia –, a priorizar-se, segundo Bobbio⁵⁷, a hierarquia. A doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico do que da exclusão. É a denominada “coerência derivada ou restaurada”⁵⁸, que, em momento posterior à decodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não-coerência”.

Costumava-se afirmar, quanto ao tipo de conflitos de leis no tempo, que poderiam existir “conflitos de princípios” (diferentes princípios presentes em diferentes leis em conflito), “conflitos de normas” (conflitos entre normas de duas leis, conflitos “reais” ou “aparentes”, conforme o resultado da interpretação que o aplicador das leis retirasse) e “antinomias” (conflitos “pontuais” da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto).

A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a

⁵⁶ Preferível é a expressão neutra direito intertemporal, já usada por FRANÇA, R. Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 9 e ss.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Pollis; Brasília: Universidade de Brasília, 1990. p. 92.

⁵⁸ Expressão de SAUPHANOR, p. 32, *apud* MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º ao 74 – aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 25.

revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação e há, por fim, a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral, diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema plural, fluido, mutável e complexo.

Segundo Cláudia Lima Marques, é o atual e necessário “diálogo das fontes”⁵⁹, a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. “Diálogo” porque há influências recíprocas, porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente, ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível, aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

Sob este enfoque é que analisaremos alguns dos diplomas legislativos que despertam tal controvérsia.

3.2.1 A influência do Código Civil

O Código Civil introduziu, no sistema do direito privado geral, os mesmos princípios consagrados no Código de Defesa do Consumidor (função social dos contratos⁶⁰, boa-fé objetiva⁶¹ etc.). Assim como o Código Civil de 1916 serviu de base conceitual e normativa (definindo o que é ato jurídico, nulidade, solidariedade, obrigação, dever, pessoa jurídica etc.), o atual diploma também exerce esse papel, com a diferença de que agora ambos os textos (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor) utilizam a mesma terminologia.

⁵⁹ MARQUES, op. cit., 2003, p. 26.

⁶⁰ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁶¹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Verificamos no Código de Defesa do Consumidor a criação de um microsistema protetivo para um sujeito específico quando inserido numa relação jurídica específica – o consumidor, na relação de consumo – sem desprezar, no entanto, o Código Civil, o qual deixou de lado o liberalismo e o individualismo dos séculos XVIII e XIX, que caracterizou a obra de Bevilacqua, e incorporou em seu texto uma visão social, intervencionista, ética e de acordo com a boa-fé, traços caracterizadores da atual obra.

Ao contrário do CDC que trazia normas processuais (e que, por isso, teve aplicação imediata no que se referia aos privilégios de foro e ações coletivas), o Código Civil regulou materialmente os contratos apenas para o futuro. Em outras palavras, a prevalecer a tese da não retroatividade mínima das novas leis materiais, o CDC acompanhará (com o Código Civil de 1916) os contratos de longa duração assinados até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, pois este novo diploma aplica-se somente a contratos assinados após sua entrada em vigor.

Efetivamente o próprio art. 2.035 do atual Código Civil dispõe:

A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Destaque-se que o parágrafo único deste artigo revigora a tese de que há que prevalecer a nova ordem pública, a nova definição de abuso:

Art. 2.035. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”;

Neste sentido, contratos intercomerciais que incluam abusos, que desrespeitem a boa-fé e a função social dos contratos podem não prevalecer, em face do Código Civil.

Aos contratos novos, se de consumo, pode o aplicador da lei ter dúvidas se deve utilizar o CDC ou o Código Civil de 2002. É preciso dizer que não há antinomia de princípios entre os dois institutos, mas pode haver antinomia de normas e eventuais derrogações. Também é útil refletir aqui se a mudança do Código Civil pode ajudar na aplicação do CDC, uma vez que este corpo legislativo mais atualizado (e complementar) fornecerá nova base conceitual ao CDC.

Quanto ao primeiro tema, a revogação do CDC pelo atual Código Civil como lei geral mais nova, não ocorreu, pois a lei geral preservou as leis especiais. Aliás, esta afirmação é de fácil comprovação. Note-se, em primeiro lugar, que o Código Civil em vigor não possui uma norma de revogação geral tácita, mas sim revoga expressamente o próprio Código Civil de 1916 e parte do Código Comercial de 1850, afirmando apenas: *“Art. 2.045. Revogam-se a Lei 3.071, de 01.01.1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei 556, de 25.06.1850”*.

O estranho artigo 2.043, que preserva apenas as normas penais, processuais e administrativas, indica a existência de uma revogação tácita, mas revogação somente das leis especiais incorporadas expressamente no texto do Código Civil de 2002, afirmando:

Art. 2.043. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.

Note-se, porém, que o novo Código Civil nada menciona sobre “consumidores”, expressão constitucional (art. 170, V, da CF/88) não citada nas mais de duas mil normas do Código Civil. Sendo assim, podemos concluir, com certeza, que ao CDC não se aplica a norma do art. 2.043 do novo Código Civil. Em outras palavras, podemos concluir que o CDC e o tema defesa do consumidor não foram “incorporados” ao Código Civil de 2002, pois é considerado pelo próprio Código como um tema a ser regulado por lei

“especial” (por sinal, como expressamente prevê a Constituição Federal, art. 48 dos ADCT).

Igualmente, destaque-se que até mesmo as normas sobre função social do contrato (art. 421), sobre o princípio da boa-fé (art. 422) e contratos de adesão (art. 424) nada mencionam sobre consumidores, pois são normas gerais e genéricas, aplicáveis a contratos civis e comerciais. Daí se retira que as leis especiais (não incorporadas ao Código Civil de 2002) ficaram preservadas e são prevalentes em relação a lei civil geral subsidiária. O art. 593 do Código Civil, que nos interessa por mencionar a expressão “serviços”, bem esclarece que a regulação do Código Civil é geral e subsidiária, incidindo somente naqueles contratos que não forem trabalhistas e não forem regulados por leis especiais. Dispõe expressamente este artigo: “*Art. 593. A prestação de serviço que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo*”. Em outras palavras, as prestações de serviço de consumo continuam reguladas pelo CDC e as trabalhistas pelas leis trabalhistas.

Conclui-se, pois, da análise destas normas, que o Código Civil preserva as leis especiais cíveis das matérias que não tratou e preserva especialmente o CDC, por razões constitucionais. Assim, o novo Código é uma lei básica, mas não global do Direito privado e a defesa específica dos consumidores ficou fora de seu campo de aplicação principal. Repita-se, porém, que o Código Civil serve de base conceitual para o CDC e pode ser usado, quando mais favorável ao consumidor do que a lei especial.

Se não há revogação total e há convivência no mesmo sistema, pode haver antinomias pontuais e de normas. Um bom exemplo de antinomia aparente é a regra sobre onerosidade excessiva. O CDC prevê que a vantagem exagerada do fornecedor é abusiva e viola a boa-fé (art. 51, VI), estabelecendo parâmetros abertos para que o juiz concretize essa vantagem exagerada do fornecedor (art. 51, § 1º). Nula a cláusula, o contrato mantém-se (art. 51, § 2º), porque é direito do consumidor a continuidade do vínculo. No caso do *leasing* em dólar, muitas empresas – pessoas jurídicas – se

disseram consumidoras dos caminhões, microônibus, carros ou mesmo aviões e se beneficiaram desta norma. O Código Civil, que é voltado para as obrigações civis e comerciais (estas relações interempresariais), também conhece a onerosidade excessiva, mas exige a prova da “extrema vantagem” para as empresas de leasing ou outro contratante e permite apenas ao empresário onerado que rescinda o contrato, não assegurando o direito de continuar no negócio.

Afirma, assim, o texto do Código Civil:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Observe-se, pois, que esta norma é perfeita e sábia para as relações intercomerciais, mas está muito aquém da norma do CDC, no que se refere à proteção do consumidor. Estaria ela em choque, em conflito realmente com o CDC? Cláudia Lima Marques⁶² afirma ser negativa a resposta. Segundo ela, ambas as normas têm campo de atuação e finalidades sociais diferentes, em face da disposição constitucional. Ora, na sociedade de consumo, o consumidor deve ser protegido porque é mais fraco e vulnerável (art. 4º, I, e art. 5º, XXXII, da CF/88) e não somente se o fornecedor teve uma “vantagem extrema” (algo que lembra a uma vontade subjetiva, culpa subjetiva deste ou efeito objetivo de enriquecimento extremo do fornecedor). Na sociedade de consumo, é de interesse do consumidor a continuação do vínculo e este interesse legítimo deve ser levado em consideração pelo julgador (art. 51, § 2º); nas soluções entre iguais, a rescisão já é pretensão suficientemente protetora.

Outros exemplos de antinomias aparentes de normas poderiam ser dados: a revogabilidade da oferta (arts. 427 e 428), o silêncio como aceitação

⁶² MARQUES, op. cit., 1999. p. 558.

(art. 11 do CC/2002), a necessidade de registro do contrato preliminar (parágrafo único do art. 463 do CC/2002), mas o resultado é sempre o mesmo, pois as normas têm campos de aplicação diferentes e há prioridade à lei especial, no caso, ao CDC, onde a oferta que desperta a confiança não é revogável (art. 35), o silêncio não configura aceitação (art. 39, parágrafo único) e o contrato preliminar permite inclusive a execução específica, mesmo sem registro (art. 48, CDC).

Concluindo, as normas do CDC aplicam-se de forma prevalente e somente às relações de consumo, entre profissionais e leigos. As normas do Código Civil dão base ao CDC, mas se aplicam somente subsidiariamente (ou se mais benéficas) aos contratos de consumo. As normas do Código Civil aplicam-se, porém, prioritariamente se contratos intercivis (contratos entre dois consumidores) e interempresariais (contratos entre duas pessoas jurídicas ou entre dois empresários).

Destaque-se, por fim, que as normas principiológicas e as cláusulas gerais sobre boa-fé, função social do contrato e bons costumes do Código Civil receberão – sem dúvida – muitas contribuições da já grande prática jurisprudencial com estes princípios, que foi estabelecida com base no CDC. De outro lado, o Código Civil, tende a “oxigenar” e revigorar o próprio CDC, pois se determinadas cláusulas e práticas abusivas são agora proibidas nas relações entre iguais, relações intercivis e intercomerciais pelo Código Civil, imagine o quanto abusivas são estas práticas e cláusulas nas relações fornecedor-consumidor, envolvendo parceiros contratuais diferentes e um deles vulnerável.

3.2.2. A Lei dos Planos de Saúde

A Constituição da República garante aos cidadãos o direito à vida como um direito fundamental⁶³. Esse direito também engloba os direitos à

⁶³ Art. 5º, CF: “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:”.

integridade física e, principalmente, à saúde, impondo ao Poder Público este ônus⁶⁴. Porém, como é de conhecimento geral, há, infelizmente, uma significativa ineficácia dos serviços públicos de saúde, razão pela qual se tornou comum no Brasil a busca deste serviço junto ao setor privado, através dos contratos de plano de saúde, oferecidos e administrados por várias empresas.

É natural, e até legítimo, que toda e qualquer pessoa que procure uma empresa do ramo com o objetivo de fomentar seu interesse ao acesso a serviços de saúde, assim o faz embasada na justa expectativa de se ver resguardada e amparada quando da superveniência de algum sinistro. Logo, este tipo de contratação, tão comum, deve sempre receber tratamento bastante atencioso por parte dos envolvidos nesta negociação, estabelecendo uma série de direitos, deveres e responsabilidades para todos os que compõem esse mercado, tudo sob fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia federal vinculada ao Ministério da Saúde.

A relação jurídica que envolve estes serviços suplementares é regida por lei, em especial pela Lei de Plano de Saúde (LPS), que entrou em vigor no final da década de 90, mas também deve observância ao Código de Defesa do Consumidor. Este, como lei principiológica que é, impõe que toda a legislação especial que vier a regular um segmento específico do mercado de consumo deverá respeitá-lo. E, como dito anteriormente, para o setor de saúde suplementar, foi necessário criar uma lei especial que contemplasse as peculiaridades que envolvem essa relação de consumo, culminando na edição da Lei nº 9.656, de 03.06.1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, definindo, inclusive, plano de saúde⁶⁵.

⁶⁴ Art. 196, CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁶⁵ Art. 1º, inciso I: “Plano Privado de Assistência à saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e

Para Daniela Batalha Trettel⁶⁶,

[...] ao condicionar a atuação da Administração à edição de lei, a Constituição também impôs o dever de legislar. Todavia, a proposição de legislação específica para o setor de planos de saúde pelo Poder Executivo e sua posterior votação pelo Congresso Nacional, tardaram e somente aconteceram depois de muita pressão social. A lei de Planos de Saúde (Lei 9.656/98) só entrou em vigor mais de dez anos depois da Constituição. Com a ausência de regulamentação criou-se um ambiente propício para que operadoras de plano de saúde cometessem abusos, sendo numerosos os conflitos com usuários. O setor, no que diz respeito aos parâmetros de prestação de serviços, formou-se segundo suas regras, sem regulação ou regulamentação do Estado.

Diante dessa omissão legislativa até o ano de 1998, surgiu uma divisão acerca da aplicação da legislação aos contratos celebrados após a entrada em vigor da Lei 9.656/98 e os celebrados anteriormente.

Antes da entrada em vigor da Lei dos Planos de Saúde, os contratos também eram divididos entre aqueles celebrados antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor e após a vigência destes.

Os contratos celebrados antes da vigência do CDC, eram regulados pelo Código Civil, com exceção dos contratos de seguro saúde, que eram regulamentados pelo Decreto Lei nº 73/66.

É importante solucionar, por isso, um conflito aparente de normas no tempo, devendo-se responder aos seguintes questionamentos: a) qual legislação deverá ser aplicada aos contratos celebrados antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor? b) qual legislação deverá ser aplicada aos

atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente, escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

⁶⁶ TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 33.

contratos celebrados após a vigência do Código de Defesa do Consumidor e antes da vigência da Lei dos Planos de Saúde? c) é possível aplicar o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Planos de Saúde de maneira concomitante, em relação aos contratos celebrados após a edição da Lei nº 9.656/98?

Em resposta à primeira pergunta, O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o Código de Defesa do Consumidor deverá ser aplicado aos contratos celebrados antes da sua vigência, por serem os contratos de planos de saúde contratos cativos, de trato sucessivo.

Visando esclarecer o assunto, Daniela Batalha Trettel afirma que:

[...] o Código de Defesa do Consumidor foi um divisor de águas na defesa do usuário de planos de saúde diante das práticas restritivas de direito das operadoras de planos de saúde. Em vigor a nova lei, começou o debate acerca da sua aplicabilidade aos contratos anteriores a ela. Contratos anteriores à vigência do Código de Defesa do Consumidor. O Superior Tribunal de Justiça entende que o contrato de plano de saúde é contrato de trato sucessivo, caracterizado pela prestação continuada no tempo, sendo o Código de Defesa do Consumidor aplicável aos fatos que ocorreram após a sua entrada em vigor. 'A questão fundamental a ser dirimida é sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, considerando que o contrato é anterior. Mas, na minha compreensão, esta terceira turma já decidiu que nos contratos de execução continuada incide o Código de Defesa do Consumidor (REsp nº 331.860/RJ, DJ de 05.08.02), não sendo os fatos narrados anteriores a sua vigência [...] No mesmo sentido ainda os Recursos Especiais nº 244.847/SP, julgamento em 19.05.05, relator Ministro Pádua Ribeiro; nº 735.168/RJ e nº 986.947/RN, ambos julgados em 11.03.08 e relatados pela Ministra Nancy Andrihgi"⁶⁷.

Para se dar um exemplo, suponha-se que um cidadão tivesse celebrado um contrato em 1975 e venha a pleitear algum direito no Poder Judiciário. Neste caso, seguindo o posicionamento do STJ⁶⁸, o julgador

⁶⁷TRETTEL, op. cit., p. 99.

⁶⁸ Súmula 469: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".

deverá aplicar o Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que embora o contrato tivesse sido celebrado naquela data, houve uma renovação ano a ano do contrato, sendo ele um contrato cativo. Não é o caso de aplicar a Lei de Planos de Saúde, mas somente o CDC, salvo se o contratante tiver optado por aderir à nova lei.

No que tange aos contratos celebrados após a vigência do CDC e antes da vigência da Lei nº 9.656/1998, aplica-se também o CDC e não a Lei nº 9.656/98.

Por fim, para os contratantes que tiverem celebrado o contrato de plano de saúde após a vigência da Lei nº 9.656/98, é possível aplicar tanto a Lei de Planos de Saúde, quando o Código de Defesa do Consumidor, ante a complementariedade existente entre os dois diplomas jurídicos, pois

[...] a Lei dos Planos de Saúde mantém com o Código de Defesa do Consumidor uma relação de complementariedade, descendo a minúcias do setor que não precisam e não devem estar no código, que se propõe uma lei que traga 'perspectiva e diretrizes'. Não existe conflito de leis no tempo. Lei 9.656/98 e CDC são aplicados concomitantemente aos planos de saúde. E havendo silêncio da lei específica, ou sendo esta inaplicável, aplica-se somente o Código, que trata indistintamente de todas as relações de consumo⁶⁹.

Podemos nos socorrer, uma vez mais⁷⁰, do diálogo das fontes, que consiste na aplicação da norma mais favorável ao consumidor, quando da existência de duas fontes normativas.

Fica claro, assim, que: a) se o contrato fora celebrado antes da vigência do CDC, deverá se aplicado este diploma, em razão dos contratos de plano de saúde serem instrumentos de trato sucessivo; b) aos contratos celebrados entre a vigência do CDC e antes da vigência da Lei dos Planos de

⁶⁹ TRETTEL, op. cit., p. 70.

⁷⁰ Vide item 3.2.1, retro.

Saúde, aplica-se o CDC; e, c) aos contratos celebrados após a vigência da Lei nº 9.656/1998, aplicam-se o CDC e a Lei dos Planos em regime de complementaridade.

Ressalte-se que o dispositivo estabelece, de maneira clara, que a finalidade do contrato é garantir a assistência à saúde, por prazo indeterminado e sem limite financeiro, mediante o atendimento efetivado por profissionais ou serviços de saúde, que podem ser livremente escolhidos pelo contratante.

A assistência prestada ao usuário poderá ser médica, hospitalar ou odontológica, a depender do tipo de serviço contratado, sendo que tal serviço poderá ser integral ou parcialmente pago às expensas da operadora, também de acordo com o que for contratado.

Os planos de saúde são muito parecidos com os contratos de seguro saúde, já que os contratantes fazem parte de uma rede solidária, formada por vários usuários que pagam um valor mensal, na expectativa de que se um dia necessitarem da assistência médica terão o plano para cobrir eventuais despesas⁷¹.

É um sistema através do qual se garante que os seus integrantes serão atendidos, mesmo que os custos sejam muito elevados, pois embora várias pessoas contribuam com o pagamento das prestações, nem todas estarão utilizando o serviço ao mesmo tempo.

No que tange especificamente aos contratos de plano de saúde, observa-se que os consumidores, ao celebrarem esse tipo de contrato, almejam que as pessoas jurídicas que prestam esse tipo de serviço sejam responsáveis pela realização de valores como a segurança, previsibilidade e

⁷¹ Muito embora o seguro-saúde e o contrato de plano de saúde sejam diferentes, apresentam pontos em comum, pois ambos são decorrentes de uma poupança de particulares. Ao invés de guardar dinheiro para o momento da doença, que pode até não acontecer, as pessoas fazem uma poupança conjunta, que é administrada pela prestadora.

proteção contra riscos futuros, pois na verdade tais valores estão por trás da celebração dos contratos.

Os contratos firmados com as operadoras de planos de saúde possuem a natureza de serem ligados diretamente a esses valores, motivo pelo qual o aplicador do Direito deve estar atento, quando da análise desse negócio jurídico.

Claudia Lima Marques⁷² acena para a importância desses valores na relação contratual:

[...] três valores são cada vez mais raros e, por isso, valiosos no mundo atual: segurança, previsibilidade e proteção contra riscos futuros. Estes três valores são oferecidos no mercado através dos planos e seguros privados de saúde, os quais possibilitam a transferência legal de riscos futuros envolvendo a saúde do consumidor e de seus dependentes a serem suportados por empresas de assistência médica, cooperativas ou seguradoras, prometendo ao seu turno segurança e previsibilidade, face ao pagamento constante e reiterado das mensalidades e prêmios. A relação entre paciente e médico sempre foi caracterizada como uma relação de confiança. No mundo de hoje, parte da confiança (ides) vai ser transferida para o organizador destes planos e seguros, intermediados ou conveniados, na previsibilidade do financiamento leal dos eventos futuros relacionados com a saúde.

Ao celebrar um contrato de plano de saúde, o consumidor confia na contratada, a ponto de esperar ser atendido com dignidade quando necessitar de uma assistência médico-hospitalar. Prefere pagar uma mensalidade a uma pessoa jurídica administradora, a poupar o mesmo valor e utilizá-lo quando de uma eventualidade.

Citando a mesma autora, transcreve-se o objetivo principal dos planos de saúde:

⁷² MARQUES, op. cit., 1999. p. 171.

[...] o objetivo principal destes contratos é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes à futura necessidade de assistência médica ou hospitalar. A efetiva cobertura (reembolso no caso dos seguros de reembolso) dos riscos futuros à sua saúde e de seus dependentes, a adequada prestação direta ou indireta dos serviços de assistência médica (no caso dos seguros de pré-pagamento ou de planos de saúde semelhantes) é o que objetivam os consumidores que contratam com estas empresas. Para atingir este objetivo os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços de saúde, por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes exigentes e burocráticas) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento danoso à saúde do consumidor e seus dependentes (consumidores-equiparados)⁷³.

Os contratos de plano de saúde também são considerados contratos de adesão, pois não permitem a negociação direta entre fornecedor e consumidor, havendo uma relação de hipossuficiência entre as partes contratantes. As pessoas jurídicas monopolizam o poder de barganha nessa relação, daí a razão da existência das práticas abusivas.

Sendo certa a submissão daqueles que atuam nesse setor aos primados da defesa do consumidor, deve-se também ter presente que, nas relações de consumo no âmbito da saúde, há um diferencial que deve ser considerado, na medida em que, nesse caso, se está tratando de um bem indisponível: a vida.

Compartilhando da opinião de Mariângela Sarrubo⁷⁴, é preciso considerar

⁷³ MARQUES, op. cit., 1999. p. 192.

⁷⁴ A saúde na Constituição Federal e o contexto para a recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 25. (Biblioteca de **direito do consumidor**, v. 13).

[...] a saúde como um bem distinto de outros bens de consumo, pois não é descartável e não se separa do corpo e da vida da pessoa, e a solução tradicional de indenização por perdas e danos termina por não compensar adequadamente. Em segundo lugar, e por consequência, o exercício do comércio na área de saúde requer regras próprias. Isto leva à regulamentação de tais serviços.

Ocorre que a Lei 9.656 não se limitou a normatizar a regulação econômica do mercado de saúde suplementar, mas também disciplinou aspectos de manutenção e qualidade das coberturas assistenciais, contemplando, assim, regras de proteção contratual dirigidas aos planos privados de assistência à saúde.

Tratou, primeiramente, de definir o escopo da cobertura, ao determinar que esta deverá abranger todas as doenças previstas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde – CID, da Organização Mundial de Saúde, incluída a cobertura para transplantes de córnea, de rim e de medula óssea, para transtornos psiquiátricos, cirurgia plástica reconstrutiva da mama, planejamento familiar, de acordo com um rol de procedimentos estabelecidos pela ANS. Todavia, forma excluídas as coberturas enumeradas no art. 10 da referida lei.

3.2.3. O Estatuto do Torcedor

Estatuto do torcedor é o nome popular com o qual ficou conhecida a Lei nº 10.671, de 15.05.2003, dedicada a normatizar de forma mais racional as atividades desportivas no Brasil. Para tanto, criou regras que regulam a defesa do torcedor nas competições realizadas em território nacional, o que foi estruturado em capítulos que cuidam: da transparência da organização; do regulamento da competição; a segurança do torcedor partícipe do evento desportivo; dos ingressos; do transporte; da alimentação e higiene; da relação com a arbitragem esportiva; da relação com a entidade de prática de esporte; da relação com a justiça desportiva, dentre outros.

Compulsando a lei específica, facilmente se percebe uma espécie de prolongamento do Código de Defesa do Consumidor. A começar pelo art. 3º⁷⁵ do Estatuto, que equipara as entidades responsáveis pela organização da competição, bem como as entidades detentoras do mando de jogo, aos fornecedores, assim definidos pelo Código de Defesa do Consumidor. O mesmo se diga em relação à definição de consumidor. Já por ocasião da publicação da Lei nº 9.615/98 (chamada de “Lei Pelé”), o legislador equiparou o “*consumidor pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo*”, ao consumidor, “*nos termos do art. 2º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*” (art. 42, § 3º da Lei Pelé). A nosso ver, a entrada em vigor do Estatuto do Torcedor complementa o sistema jurídico de proteção ao torcedor – consumidor que é – no qual o CDC pode ser enquadrado como conjunto de normas e princípios gerais, enquanto o Estatuto do Torcedor compreende dispositivos que tratam das hipóteses específicas que, no entendimento do legislador, merecem a proteção legal.

O Estatuto do Torcedor expandiu o conceito do artigo 42, § 3º da Lei Pelé, que equiparava ao conceito de consumidor apenas o “*espectador pagante*”. No Estatuto, o torcedor deixa de ser somente o “*espectador pagante*”, aquele que paga ingresso para comparecer à arena, de modo que o conceito passa a compreender, também, todo aquele que acompanha, não necessariamente *in loco*, a entidade de prática desportiva ou a prática de uma determinada modalidade esportiva. Isto porque o sentido do termo ‘acompanhar’ compreenderia também o torcedor que acompanha a transmissão do evento pelos mais diversos meios a ele colocados à disposição (TV, rádio, jornal, internet).

Na outra ponta da relação de consumo, estão as entidades de administração do esporte (federações e confederações), responsáveis pela organização do evento esportivo, e as entidades de prática desportiva mandantes da competição. Entidades de administração do esporte e os

⁷⁵ Art. 3º - “Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da lei 8 078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade desportiva detentora do mando de jogo”.

clubes mandantes da cada partida dividem, pela ótica do Estatuto do Torcedor, a responsabilidade pelo “fornecimento” do serviço caracterizado pela promoção e organização do evento esportivo.

Além do alargamento do conceito relacionado aos protagonistas de ambas as relações, outro ponto de identidade diz respeito aos princípios norteadores do Estatuto do Torcedor. Tal qual determina o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Torcedor foi assentado sob os mesmos princípios informativos da lei consumerista, em especial o da publicidade e da transparência, mencionados no art. 5º da Lei nº 10.671/03.

Há uma razão muito simples para essa identidade verificada nas duas legislações: o interesse do legislador em adotar conceitos do CDC, mais do que simples técnica legislativa, demonstrou sua intenção no sentido de que a aplicação do Estatuto do Torcedor atingisse resultados tão eficazes no âmbito das relações esportivas, quanto o CDC, já há mais de uma década, tem se revelado meio eficaz para garantia da proteção do consumidor em geral.

3.2.4. A Lei Geral da Copa

Em 05.06.2012, foi sancionada a Lei nº 12.663/12, mais conhecida como a “Lei Geral da Copa”, que dispõe sobre as medidas a serem adotadas em razão da realização da Copa das Confederações FIFA 2013 e Copa do Mundo FIFA 2014 no Brasil, cuja novel legislação também reverberou no Código de Defesa do Consumidor.

Além das críticas feitas durante o processo legislativo – em especial pelo excessivo número de prerrogativas conferidas à FIFA – há um receio de que a Lei Geral da Copa suprima direitos previstos no Código de Defesa do Consumidor. É que apesar de se propalar a ideia de que a Lei Geral da Copa seria uma lei especial, direcionada a instituir regras específicas para a realização do evento Copa do Mundo no Brasil, e que, portanto, não colidiria com a regra geral aplicável às relações de consumo, não parece ser esta a melhor percepção acerca da legislação recém aprovada. Tanto é assim que o

questionamento sobre a constitucionalidade da norma parece questão de tempo, motivo pelo qual se mostra necessária a análise sobre seu reflexo nas relações contratuais regidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Quanto às críticas surgidas durante o processo legislativo, podemos afirmar que as reações sociais contrárias às exigências da FIFA não são uma exclusividade brasileira. Já foi assim na Alemanha em 2006 e na África do Sul em 2010. Exemplo disso é a questão afeta à venda de bebidas alcoólicas nos estádios, também objeto de divergência nos dois países antes mencionado e que não recebeu solução adequada por parte da Lei Geral da Copa. Apesar da comercialização de cerveja nos estádios ser permitida nesses dois países, a disputa entre eles e a FIFA se deu por conta das restrições de comercialização impostas pela entidade.

A preferência dos alemães pela cerveja nacional levou o governo a bater de frente com a FIFA e, ao final, as partes chegaram a um acordo em que definiram que 40% das cervejas vendidas nos estádios da Copa poderiam ser alemãs, desde que servidas em copos transparentes (sem a marca do produto). Já na África do Sul a divergência se deu com relação aos patrocinadores locais. Parte dos estádios sul-africanos traz em seu nome a marca dos titulares dos respectivos *naming rights*, o que durante a Copa do Mundo forçou-os a mudarem de nome.

Contextualizando a problemática para a nossa realidade, os pontos críticos da lei estão situados no âmbito do Direito do Consumidor. O artigo 11 é exemplo disso, pois estabelece que nos locais de competição, em suas imediações e nas principais vias de acesso aos estádios, poderão ser instituídas “áreas de restrição comercial”, com o limite máximo de dois quilômetros ao redor dos locais oficiais de competição, em que a FIFA e seus parceiros, em regime de exclusividade, poderão divulgar suas marcas, distribuir, vender, dar publicidade e realizar propaganda de produtos e serviços.

Tal mecanismo, além de infirmar a liberdade comercial e afrontar a livre iniciativa, subtrai do consumidor um dos direitos que lhe é assegurado por lei: o de escolher o produto que quer adquirir. Sim, porque de acordo com o texto aprovado os consumidores seriam compelidos a comprar apenas os produtos ou serviços oferecidos pelos parceiros FIFA fora dos estádios de futebol.

A lei não deixa claro se os estabelecimentos poderão comercializar produtos ou prestar serviços concorrentes àqueles fornecidos ou prestados pelos parceiros comerciais da FIFA, favorecendo a imposição de restrições arbitrárias aos comerciantes locais.

Não bastasse isso, o art. 16 da lei arrola como ilícito civil uma série de condutas comerciais que venham a ser realizadas nas áreas de exclusividade previstas no art. 11 ou, ainda, “em lugares que sejam claramente visíveis a partir daqueles”.

Outra afronta ao Código de Defesa do Consumidor pode ser encontrada no art. 23 da lei.

Ao organizar e promover os eventos relativos à Copa do Mundo, não há dúvida de que a FIFA é fornecedora de serviços e, como tal, deveria responder independentemente de culpa por quaisquer danos causados aos espectadores do evento decorrentes de defeito na prestação do serviço (art. 14, CDC). E, nesse contexto, o serviço é tido por defeituoso quando não oferece a segurança esperada pelo consumidor (§ 1º). Essa garantia legal de adequação independe de ajuste expresso entre as partes, sendo vedada a exoneração contratual do fornecedor (art. 24).

A Lei Geral da Copa simplesmente atribui à União toda a responsabilidade civil decorrente de qualquer incidente ou acidente de segurança ocorrido durante os eventos esportivos. A FIFA será responsável somente se e na medida em que tiver concorrido para a ocorrência do dano.

Outro aspecto polêmico diz respeito à obrigatoriedade imposta à União de ser intimada em todos os casos em que a FIFA ou seus agentes forem demandados judicialmente.

Com isso, a FIFA se esquivava da responsabilidade objetiva decorrente da relação contratual que mantém com os espectadores do evento (consumidores), que, por sua vez, deverão reclamar da União a reparação dos danos sofridos.

No que se refere à venda de ingressos, a lei estabelece que o preço será ajustado pela FIFA e que, ao fixá-lo, a entidade deverá personalizar os ingressos em quatro categorias, numeradas de um a quatro, sendo os ingressos da categoria quatro os mais baratos. Ademais, a lei prevê que quem fixará o número mínimo de ingressos a ser colocado em cada uma das categorias criadas é a própria FIFA, cuja conduta limitará o acesso dos demais consumidores aos ingressos mais baratos, obrigando-os a adquirirem os ingressos das demais categorias, mais caros e sem nenhum tipo de benefício.

Os confrontos entre ambas as legislações não se limita a isso. Outro aspecto polêmico reside na possibilidade conferida à FIFA de estabelecer os critérios para cancelamento, devolução e reembolso de ingressos. A FIFA poderá, inclusive, modificar a qualquer momento as datas, os horários e os locais do evento, bastando que, para isso, conceda ao consumidor o direito ao reembolso do valor do ingresso ou o direito de comparecer ao evento reagendado; no entanto, a lei não estabelece prazo nem condições para o reembolso.

Ainda neste aspecto, pelo texto de lei constata-se que a FIFA não responde por nenhum prejuízo adicional sofrido pelo consumidor que, por conta de eventual mudança, não possa comparecer ao evento ou, ainda, pelos custos adicionais que o consumidor venha a arcar por conta disso. Pior, se o consumidor desistir da aquisição do ingresso, a FIFA poderá estabelecer cláusula penal a ser deduzida do preço, independentemente da forma ou do

local da compra, quando sabemos que o artigo 49 da Lei nº 8.078/90 cria um mecanismo específico para a hipótese de compra à distância, como, por exemplo, a internet – certamente o meio mais comum para a venda de ingressos – permitindo ao consumidor exercer seu direito de reflexão, o qual, se praticado, jamais poderá implicar em algum prejuízo econômico ou financeiro a ele, justamente o que aconteceria se admitíssemos uma cláusula penal em desfavor do consumidor que simplesmente resolveu exercitar uma prerrogativa que está prevista em lei.

Não bastasse isso, a FIFA poderá dispor sobre a possibilidade de venda dos ingressos em conjunto com pacotes turísticos ou de hospitalidade, de modo direto ou por meio de suas parceiras comerciais, o que configura “venda casada”, vedada no art. 39, inciso I, do CDC.

Embora não tenha afastado expressamente a eficácia do CDC⁷⁶, a Lei Geral da Copa pretende, na verdade, tornar sem efeito uma série de garantias contratuais conferidas ao cidadão que consumirá os produtos e serviços que foram prestados pela FIFA em 2013 (Copa das Confederações) e o serão em 2014 (Copa do Mundo).

O argumento mais corriqueiro é o de que a lei tem caráter especial, destinada a regulamentar as situações jurídicas relativas aos eventos organizados por aquela entidade. Por esta razão, não haveria conflito direto com as normas protetivas dispostas no CDC, considerado como regra geral, aplicável aos demais contratos envolvendo relações de consumo. Todavia, é certo que a proteção aos direitos do consumidor não pode ser afastada, independentemente da grandiosidade dos eventos e dos possíveis benefícios à economia e à infraestrutura do país, pois não se pode perder de vista que os direitos e garantias previstos no CDC não podem ser restringidos ou mesmo abolidos em favor de uma entidade de Direito Privado, tal como é a FIFA.

⁷⁶ Mesmo porque uma disposição neste sentido violaria frontalmente o art. 5º, inciso XXXII, da CF.

Por tais razões, é certo que as normas que restringem os direitos do consumidor, por estarem em confronto com os princípios constitucionais (que são verdadeiros mandamentos de otimização), deverão ser afastadas das relações contratuais que serão travadas entre os consumidores e a FIFA, suas subsidiárias ou empresas patrocinadoras.

3.3. A PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, promulgado em 1990, embora avançado, é o retrato da realidade das relações de consumo da época, quando o comércio eletrônico ainda era incipiente e o acesso ao crédito, bastante restrito. Não poderia o Código prever as transformações do mercado que ocorreriam depois de sua promulgação e que hoje, depois de mais de vinte anos, constituem uma nova realidade.

Por isso que há três Projetos de Lei, o de nº 281/12, o de nº 282/12 e o de nº 283/12, cujo foco principal é – além das compras à distância – o mercado de crédito ao consumo e o ‘superendividamento’. O papel dos Procons como meios alternativos de resolução de disputas consumeristas também será objeto de alteração, conferindo mais autonomia e poder ao órgão. À época da edição da Lei nº 8.078/90, a inflação e o sistema bancário impediam a discussão do tema. Hoje, o cenário é outro, razão pela qual Antonio Herman Benjamin sustenta que:

[...] passados vinte anos, o Brasil precisa atualizar seu código, porque o controle da inflação e a ampliação do mercado consumidor de crédito, aquilo que em 1990 interessava a um número pequeno de consumidores abonados, se referem, hoje, diretamente a dezenas de milhões de consumidores que foram incorporados ao mercado de crédito. Não há sociedade de consumo sem crédito e o crédito é absolutamente necessário

ao desenvolvimento do país. Mas quem toma crédito precisa pagar e estar em condições de pagar⁷⁷.

Inclusive porque nem mesmo aos bancos interessa a existência de consumidores incapazes de pagar suas dívidas.

Felizmente, a reforma não pretende redefinir os conceitos de consumidor ou fornecedor, mas deverá incorporar as matérias já pacificadas pela jurisprudência brasileira. Em 20 anos, o Código de Defesa do Consumidor não sofreu nenhuma alteração no sentido de reduzir direitos e garantias do consumidor. Por outro lado, influenciou o Código de Processo Civil, o Código Civil e a proposta de reforma do Código de Processo Civil em trâmite. Tanto é assim que vários dispositivos que estão hoje no novo Código Civil vieram diretamente do Código de Defesa do Consumidor, como o princípio da boa-fé ou a função social do contrato, o que demonstra o quão revolucionária foi essa legislação, haja vista que normalmente a lei geral influencia a lei especial.

Atualmente, percebe-se que o projeto de reforma está se pautando na garantia de direitos básicos dos consumidores já reconhecidos em outros países no campo do crédito. E entre os países que já tratam especificamente do tema do crédito ao consumo, estão vários que influenciaram na edição da nossa lei original. Além da diretiva europeia editada em 2008, França, Suécia, Alemanha, Dinamarca, Finlândia, Estados Unidos, Bélgica e Áustria possuem normas de proteção do consumidor contra o 'superendividamento' e mercado de crédito; no entanto, o presidente da comissão responsável pela atualização legislativa, Antônio Herman Benjamin, diz que se deve

[...] ter a cautela de evitar o transplante legislativo. Não é porque outros países legislaram que vamos simplesmente copiar. O CDC é um sucesso duradouro porque a comissão de juristas que o elaborou se recusou a simplesmente copiar o direito estrangeiro e se propôs a aproveitar o que

⁷⁷ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. A importância da atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Advogado**, n. 114.

havia de inovador, interessante e viável na realidade brasileira – mas também a ser criativa ao propor soluções que não constavam no direito de outros países⁷⁸.

Parece-nos muito adequada essa cautela, seja pela intenção de se manter a qualidade legislativa empregada no texto original – cujas alterações, obviamente, não podem representar um retrocesso – seja pela necessidade de se debater, à exaustão, o impacto que estas mudanças acarretarão, sem perder de vista a nossa realidade, a realidade do consumidor brasileiro.

3.3.1. A quem interessa?

O Código de Defesa do Consumidor mudou o mercado brasileiro ao estabelecer um novo patamar de boa-fé e qualidade nas relações privadas, especialmente na proteção dos mais vulneráveis e na pacificação dos conflitos, representando em suma um grande avanço para o Brasil. Da mesma forma, a coerência com o atual microssistema só pode ser assegurada se for evitada a fragmentação atual em leis especiais. Organizar as grandes linhas que regularão estes temas no Código de Defesa do Consumidor não impede que leis especiais posteriores regulem os temas em detalhes, mas estabelece um patamar mínimo de proteção e uma coerência sistemática, que permite aplicar os princípios do CDC a todas as relações de consumo. Em tempos de grande revolução legislativa, mister garantir a centralidade do CDC para as relações de consumo.

As diretrizes traçadas pelo Presidente do Senado Federal para a Atualização do Código de Proteção e Defesa do Consumidor definiram que não deveria ser promovida uma reforma integral do texto legislativo, senão sua atualização pontual, que não permitisse o retrocesso no nível já alcançado de proteção dos consumidores, especialmente no tema do crédito e do superendividamento do consumidor. Da mesma forma, autorizou-se a inclusão de outros temas novos que não puderam ser devidamente tratados

⁷⁸ BENJAMIN, op. cit.

pelo legislador, em virtude do estágio de desenvolvimento social, econômico e tecnológico do Brasil em 1990⁷⁹, que fossem identificados pela Comissão como os mais necessários, e assim decidiu em relação ao comércio eletrônico e às normas instrumentais que o acompanham. Após diversas reuniões técnicas, inclusive com representantes dos setores envolvidos, três anteprojetos de leis preliminares foram apresentados para discussão pública, tendo por objeto os seguintes temas: (a) Crédito e prevenção ao superendividamento do consumidor, (b) Comércio eletrônico e parte geral; (c) Ações coletivas e normas instrumentais.

Esses anteprojetos, então, foram submetidos a amplo debate público, por intermédio de audiências públicas nas várias regiões do Brasil, assim como novas reuniões técnicas com os diversos setores envolvidos, daí surgindo uma versão final, a partir das contribuições colhidas nesse processo dialético de aperfeiçoamento da proposta original, que foi entregue ao Presidente do Senado Federal em 14.03.2012.

Segundo o Relatório Final da Comissão de Juristas, percebem-se três dimensões que orientam a reforma do CDC. A primeira delas é a *dimensão constitucional*, que importa no estrito alinhamento com a diretriz constitucional-protetiva do CDC, a qual impôs que eventuais alterações legislativas se concentrassem em temas novos, incluindo (e não reduzindo) direitos dos consumidores já assegurados nos primeiros vinte anos de vigência do Código. Nesse sentido, orienta-se para que se preserve e expanda os princípios já existentes no CDC, em especial destacando a vulnerabilidade do consumidor superendividado e no consumo à distância, nacional e internacional, consolidando ainda mais os princípios da boa-fé objetiva e da transparência.

Uma segunda dimensão é denominada de *dimensão inclusiva*, pautando-se pelo paradigma do acesso a bens que orienta o direito privado

⁷⁹ Discurso do Presidente da Comissão, Min. Antonio Herman V. Benjamin do STJ, na primeira Audiência Técnica no Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro: IAB, em 19.08.2011.

contemporâneo⁸⁰. Daí dizer-se que se trata de uma intervenção focada e mínima, em temas específicos, mas sem perder a visão global do microssistema e sua repercussão em todo o sistema de direito privado e processual civil no Brasil. Contempla a necessidade de preocupar-se com a vulnerabilidade de novos consumidores que se inserem no mercado brasileiro, assim como novos modelos de negócio, produtos e serviços decorrentes do desenvolvimento tecnológico, e a necessidade básica de promover a inclusão sem perda ou redução de direitos e do nível de proteção legal consagrado aos consumidores.

Por fim, a terceira é a *dimensão de efetividade e de confiança no microssistema*. Orienta-se pelo princípio da efetividade do direito do consumidor⁸¹, e parte da identificação de problemas práticos de efetividade do CDC. Especialmente em vista do grande número de novas leis especiais, normas processuais aplicáveis e linhas jurisprudenciais existentes, é mister reforçar a confiança dos consumidores em seu Código e sua efetividade prática, seja trazendo normas especiais quanto aos prazos prescricionais e a interação entre ações individuais e coletivas, seja revigorando a sua parte instrumental, em especial no que se refere a ações coletivas, tanto de consumo, como as demais, valorizando estas ações e suas decisões positivas para os consumidores, assim como o papel da Defensoria Pública, do Ministério Público e das Associações na defesa individual e coletiva dos consumidores, e garantindo o acesso à Justiça.

⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 230 et. seq.

⁸¹ MIRAGEM, op. cit., p. 115.

3.3.2. Quais interesses atende?

Um dos pontos que será objeto de mudança no Código de Defesa do Consumidor diz respeito ao comércio eletrônico⁸², cujo incremento vem aumentando vertiginosamente ano após ano e refletindo, conseqüentemente, nas relações de consumo travadas através da rede mundial de computadores.

Os negócios jurídicos antes celebrados de modo off-line, agora desenvolvem-se de uma maneira muito mais rápida e instantânea, garantindo ao consumidor, em tempo real, o acesso a uma infinidade de produtos e serviços, nacionais e estrangeiros, a partir de um simples *click*. Como é notório, as facilidades trazidas pela comunicação levada a cabo pelo cyber espaço fomentam a prática comercial e expandem, sobremaneira, os negócios.

Em que pese a euforia gerada pelo crescimento do comércio eletrônico, sabemos que os problemas que antes se faziam presentes numa relação de consumo tradicional, que contava com a presença física das partes envolvidas na compra e venda de mercadorias e serviços, agora transladam-se à relação de consumo on-line.

O desequilíbrio contratual existente entre consumidor e fornecedor, e a conseqüente imposição das regras estabelecidas num contrato de adesão, elaborado sem a participação de ambos os contratantes, são circunstâncias que se acentuam ainda mais numa relação jurídica virtual. Isto porque, nesta

⁸² Conforme destaca a doutrina: “podemos definir comércio eletrônico de uma maneira estrita, como sendo uma das modalidades de contratação não presencial ou à distância para aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica. De maneira ampla, podemos visualizar o comércio eletrônico como um novo método de fazer negócios através de sistemas e redes eletrônicas. *Lato sensu*, pois, o comércio eletrônico abrangeria qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aqueles baseados na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a Internet, englobando todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação” (MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 38-9).

seara, existe o agravante de que o consumidor não entra em contato direto com o produto quando o adquire, já que se trata de uma compra efetuada fora do estabelecimento comercial do fornecedor⁸³. Esta compra realizada à distância aumenta potencialmente a possibilidade da ocorrência de insatisfação, quando o produto ou serviço adquirido não correspondem à expectativa do consumidor.

No mesmo sentido, Claudia Lima Marques, ao destacar que o comércio eletrônico trouxe enormes benefícios para o consumidor e uma nova liberdade para contratar, ressalva a situação de vulnerabilidade na qual o mesmo encontra-se submerso. Conforme a autora,

[...] a importante pergunta que se coloca é se este meio eletrônico realmente aumentou o poder decisório do consumidor/cibernauta. A resposta é novamente pós-moderna, dúbia, porque a Internet traz uma aparência de liberdade, com o fim das discriminações que conhecemos e o fim dos limites do mundo real, mas a vulnerabilidade do consumidor aumenta. Como usuário da net, sua capacidade de controle fica diminuída, é guiado por links e conexões, em transações ambigualmente coordenadas, recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e 'jogos', de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem. Se tem uma ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem se desintegrar em uma ambiguidade básica: pseudossoberania do indivíduo/sofisticação do controle!⁸⁴

⁸³ Neste sentido, "é inegável que o contato físico (visual e mesmo tátil) do consumidor com o produto que pretende comprar transmite-lhe informações que nenhuma página na Internet é capaz de fornecer. Por mais que a foto do eletrodoméstico seja fiel e apresente detalhes; por mais que ela gire 360°, o contato físico com o produto de mostruário na loja permite ao consumidor ter uma ideia mais completa do que estará adquirindo, se concluir a compra" (COELHO, Fábio Ulhoa. COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. Disponível em: www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/doutrina/54-direitos-do-consumidor-no-comercio-eletronico.html. Acesso em: 25 jun. 2013.

⁸⁴ MARQUES, op. cit., 2004. p.71-2.

Com base no exposto, verifica-se, pois, a evidente transposição e agravamento da situação de vulnerabilidade do consumidor nas transações realizadas por Internet⁸⁵. Logo, é necessário que o Estado promulgue regras protetoras, que atenuem essa desigualdade entre as partes e que possam ser transformadas em fonte de confiança para o consumidor⁸⁶.

Recentemente, com o intuito de oferecer uma maior proteção à parte débil da relação contratual, o governo brasileiro editou o Dec. 7.962, de 15.03.2013, que trata de regulamentar, de maneira provisória, diversos aspectos da contratação pelo cyber espaço, a fim de adaptar o Direito do Consumidor, até então baseado no “comércio tradicional”, ao novo cenário denominado “comércio eletrônico”.

A nossa legislação, embora preveja o direito de arrependimento, a norma não esgota as possibilidades de utilização desta faculdade por parte

⁸⁵ Em sentido contrário, uma posição minoritária da doutrina brasileira sustenta que: “a vulnerabilidade do consumidor, no comércio eletrônico, é a mesma a que se expõe no físico; e, em alguns casos, é até menor. [...] A exposição do consumidor a constrangimentos é visivelmente maior no comércio físico do que no eletrônico. Sua vulnerabilidade, nesse sentido, tende a ser um tanto menor neste último ambiente de consumo” (COELHO, *op. cit.*, 2013.). Seguindo a mesma linha de raciocínio do autor mencionado, é interessante destacar a ressalva feita por parte da doutrina argentina, no sentido de que é necessário tutelar de forma diferente o consumidor que se vê invadido de modo surpresa por uma proposta de compra realizada por telefone ou em seu domicílio, do consumidor que efetua as compras por Internet, porque neste último caso, o consumidor, geralmente, não é invadido com a proposta de compra, mas ao contrário, é ele quem toma a iniciativa negocial. (LORENZO, Miguel Federico de. Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento. **Revista Jurídica La Ley**, Tomo 2004-A. p. 793). Em razão dos argumentos que apresentamos até então, e que demonstram a situação de vulnerabilidade à qual está exposto o cyber consumidor, que, em diversos casos, também é invadido de um modo surpresa por publicidades, envio de e-mails não desejados ou spams, mecanismos que captam o perfil do consumidor e que ficam instalados invasivamente no computador (cookies) e que são usados para direcioná-lo a propagandas de produtos ou serviços que foram buscados na web, pop-ups etc., refutamos os posicionamentos referidos.

⁸⁶ Sobre a necessidade da elaboração de normas protetoras no âmbito do comércio eletrônico: SCOTTI, Luciana B.; VIEIRA, Luciane Klein. Consumidor y comercio electrónico: una aproximación a la noción de ciberconsumidor. In: CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. **Derechos del consumidor y comercio electrónico em el ámbito internacional**. Buenos Aires: Albremática, 2012. p. 37-50.

do consumidor, deixando muitas situações sem respostas. Por isso, coube à doutrina e à jurisprudência – até então – preencherem estas lacunas, interpretando a lei a partir do espírito do legislador, pois a finalidade do direito de arrependimento se vincula à necessidade de oferecer ao consumidor, que adquire produtos e serviços fora do estabelecimento comercial do fornecedor ou à distância, uma maior proteção, haja vista que este não entra em contato com a mercadoria ou com o serviço quando os adquire.

Ainda que o nosso direito, por meio do Dec. 7.962/2013, tenha recentemente incorporado algumas alterações ao exercício do arrependimento, em matéria de comércio eletrônico, as mudanças legislativas, muitas delas previstas no PLS 281/2012, continuam necessárias, pois vem ao encontro do princípio da máxima proteção do consumidor.

O alargamento do prazo de sete para catorze dias para o exercício do direito de reflexão por parte do consumidor atenderia às particularidades e peculiaridades das transações *B2C* realizadas por meios eletrônicos.

A ampliação do prazo para o exercício do arrependimento – medida de política pública – já foi operada com sucesso na União Europeia e na Argentina. A ideia é simples: ao mesmo tempo em que se protege o consumidor, por gerar mais confiança para o estabelecimento de compras por Internet, fomenta-se o uso desta ferramenta e o desenvolvimento do comércio eletrônico, atendendo, conseqüentemente, também os interesses dos fornecedores que atuam nesse segmento do mercado de consumo.

Por fim, o aumento do prazo de caducidade para o exercício do direito de arrependimento também poderia ser adotado pelo Mercosul, vez que este bloco, ao contrário da União Europeia, não possui normas específicas referentes à proteção do consumidor em matéria de direito de arrependimento, avançando, assim, para harmonizar ou até mesmo uniformizar o direito do consumidor no bloco, oferecendo uma tutela mais eficaz a estes consumidores.

4. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E SUAS CONTRIBUIÇÕES

No Brasil, predominou a compreensão de que, por ser menor o nível de organização e atuação política da sociedade civil, deveria ser aumentada “...a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, inclusive as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica”⁸⁷. Por conta dessa percepção, aqui se tem legitimado o processo de “judicialização da política”⁸⁸.

Em contraste, uma teoria constitucional restrita ao âmbito da neutralidade política propugna apenas pela judicialização da política dos direitos fundamentais, aí incluídos os direitos sociais, já que os mesmos são requisitos para a conformação de um contexto democrático. Uma teoria constitucional politicamente neutra é crítica de uma judicialização generalizada da política; de uma hegemonia do Judiciário; considera que o Judiciário deve exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular: sua teoria da constituição só dá suporte, por isso, à judicialização da política dos direitos fundamentais, isto é, das reivindicações pela efetiva observância das condições para a cooperação democrática.

Não é produtor, por outro lado, que cada conflito de consumo seja levado aos tribunais brasileiros, pois isso inviabiliza a pacificação das relações de consumo.

⁸⁷ KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 46-7.

⁸⁸ Sobre a noção de judicialização na política, cf.: VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Citação de Gisele CITADINO. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

4.1. OS TRIBUNAIS E A IMPORTÂNCIA DAS ORGANIZAÇÕES NO DIREITO DO CONSUMIDOR

O fenômeno da industrialização e da massificação das relações de consumo, especialmente através do advento dos contratos de adesão, impôs uma realidade socioeconômica que necessitava de um direito preparado para enfrentar todas as problemáticas que essa conjectura impunha.

Na tarefa de assegurar os direitos dos consumidores, cumpre especial papel a participação dos tribunais e das organizações, que foram concebidas com uma tarefa auxiliar ao Poder Judiciário, com o objetivo de amortecer as demandas antes de chegar até ele. Para tanto, faz-se necessário uma observação mais detalhada de tais mecanismos. Luhmann entende que os tribunais conferem um lugar central dentro do sistema jurídico⁸⁹. A posição privilegiada dos tribunais reside justificativa que, no caso de um conflito, são os tribunais que decidem se aquilo é um conflito ou não e, ademais, o sistema jurídico coage os tribunais à decisão, sendo que nem o legislador e nem as partes privadas o fazem, constituindo o centro do sistema jurídico⁹⁰.

Outra característica que lhe garante a posição central, segundo Luhmann⁹¹, seria a proibição da recusa da prestação jurisdicional. Embora o sistema seja fechado operativamente – o que lhe garante autonomia, inclusive para que possa reproduzir suas próprias operações – é um sistema aberto ao mundo circundante, pois deve reagir a tudo que lhe chega do ambiente, contanto que assumam formas jurídicas. As leis, os contratos, estatutos de organizações, acontecem na periferia do sistema, extrajudicialmente⁹².

⁸⁹ LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 17, n. 49, jul. 1990. p. 155-60.

⁹⁰ Ibid. p. 160.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid., p. 160-5.

Isso mostra, claramente, que o sistema jurídico como um todo não pode ser estruturado hierarquicamente, face à complexidade, e do tempo de vista temporal extremamente dinâmico. Como coloca Luhmann⁹³,

[...] procede-se no centro do sistema a uma comutação do paradoxo que pressupõe a existência de uma periferia, que ajuda a sustentar a reprodução autopoietica do sistema e que ao mesmo tempo filtra as irritações advindas do mundo circundante.

Em uma heterogeneidade cultural ampla faz-se necessário pensar um direito que permita uma abertura à diversidade não se focando somente no papel do Poder Judiciário, dos tribunais como meio de resolução de conflitos (decisão). Neste sentido, surgem algumas ideias apontadas por Gunther Teubner⁹⁴. Assim, a fim de evitar crises autopoieticas do sistema do direito (ou seja, quando ele não consegue realizar seu fechamento) necessita-se acrescentar à dogmática jurídica mecanismos que permitam a influência de outras culturas, de outras estruturas no sentido de autorreproduzir o direito a partir de critérios mais abrangentes⁹⁵.

Teubner⁹⁶ trabalha com a ideia de pluralismo jurídico num contexto de globalização, desenvolvendo uma distinção direito oficial/direito não oficial, defendendo a ideia que existem vários campos sociais semiautônomos participando da criação do direito, sendo que alguns estão incorporados ao discurso do direito oficial, outros já não são aceitos. Ele aponta que assim como é possível reconhecer nos Estados um direito oficial, autônomo e

⁹³ LUHMANN, op. cit., p.165.

⁹⁴ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Trad. Brunela Vieira de Vincenzi et al. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 80-83.

⁹⁵ ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: _____; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38-9.

⁹⁶ TEUBNER, op. cit., p. 86.

autorreferencial, no pluralismo jurídico os limites do jurídico e do social se tornam muito tênues⁹⁷.

Existe para Teubner, diferentemente do que trabalha Luhmann, um pluralismo que não é legalista, nem hierárquico, tampouco institucional. Existe uma gama de ordens jurídicas no campo social, que constituem uma diversidade de discursos jurídicos encontrados em níveis iguais ao direito oficial estatal. Pode se dar como exemplo o direito dos contratos internacionais, direito de organizações internacionais, ONGs e comunidades. Ou seja, existem outros centros produtores de direito na sociedade. Nesse sentido, são direitos que atuam na periferia como se fosse centro, devido à sua autonomia. Sobre a necessidade de uma abertura do direito no contexto atual, Teubner coaduna com a ideia de que os tribunais produzem o direito em sua mais autônoma forma, constituindo o centro do sistema jurídico, mas contrapõe com a ideia de que a verdadeira dinâmica do direito contemporâneo encontra-se na periferia do direito⁹⁸.

Destarte, as organizações formais que se encontram na periferia do sistema do direito são responsáveis pelo fato do sistema conseguir se autorreproduzir em um ambiente cada vez mais complexo e dinâmico. Isto fica muito mais evidente no direito do consumidor, como veremos no item 4.4 infra. O caráter central dos tribunais não afasta a relevância das organizações, sendo que o direito moderno se vale cada vez mais de suas contribuições.

Uma forma de intervenção jurídica proposta por Teubner com o escopo de superar as dificuldades comunicativas entre o sistema econômico e o

⁹⁷TEUBNER, op. cit., 2005. p. 89-90.

⁹⁸ Conclui ele que o pluralismo sugere “[...] uma ressonância direta do direito com a sociedade civil, sem ter de caminhar pelos desvios dos outros sistemas sociais. As instituições do pluralismo jurídico poderiam vir a tornar-se uma fonte para o conhecimento implícito do direito [...] Afinal, tratar-se-ia de generalizar a tradição intelectual do direito, isto é, de difundir sua ressonância jurídica, tradicionalmente extraordinária para com o sistema econômico, por meio das instituições de ligação da propriedade, do contrato e da organização”. *Ibidem*, p. 99-100.

sistema jurídico – que sempre custarão tão caro ao consumidor – seria a comunicação feita pelas organizações. Assim:

Os principais subsistemas sociais – política, direito, economia, ciência – não são, enquanto tais, dotados de capacidade de ação coletiva. A fim de assegurar capacidade comunicativa, esses subsistemas têm necessidade de organizações operacionais capazes de agir. A ação destas organizações, todavia, não é representativa nem vinculativa para a totalidade do respectivo subsistema. Tais subsistemas compensam tal falha através de mecanismos de organização que lhes atribuem certos poderes sobre os seus membros e por meio de uma retórica política. Essas organizações formais, enquanto atores coletivos, podem assim comunicar através das fronteiras dos subsistemas funcionais, mas apenas sob condições de ser construído um sistema de comunicações intersistêmicas, o qual, por seu turno, se torna progressivamente independente (v.g grupos de discussão, negociações coletivas, hearing e ação concentrada). Uma tal estrutura, como dissemos, multiplica as relações de operação operativamente fechadas⁹⁹.

As organizações utilizam-se dessa forma de comunicação como decisões organizacionais “...podendo ser ligadas comunicativamente com o direito se estas coincidirem uno acto com comunicações jurídicas. E o mesmo vale para comunicações econômicas”¹⁰⁰.

Segundo Rocha, “...as organizações são uma forma de acoplamento estrutural privilegiada. As organizações são instituições produtoras de observações, descrições e tomadas de decisões que servem a vários sistemas sociais”¹⁰¹.

⁹⁹ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbrnkian, 1989. p. 191-2.

¹⁰⁰ Ibid., p. 192.

¹⁰¹ ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luiz Bolzan; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 143.

O papel desempenhado pelas organizações, através da comunicação ou intervenção indireta no direito, indica uma perspectiva importante (e necessária) para a construção de caminhos alternativos, com o intuito de superar as dificuldades comunicativas que envolvem o direito consumerista, principalmente entre o sistema econômico e o sistema jurídico. Surge a necessidade do direito acompanhar os problemas que afetam uma massa de consumidores diariamente. O direito do consumidor merece uma tutela condizente com o dinamismo com que o sistema econômico interfere nas relações de consumo.

4.2. NÓS QUEREMOS A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES PELOS TRIBUNAIS?

Fenômenos de massa criam uma série de desafios apenas pelo fato de serem numerosos.

Estes desafios são particularmente importantes se eles envolverem os consumidores e isto é assim por várias razões. Primeiro, porque todo ser humano é um consumidor. Segundo, porque na medida em que uma pessoa está preocupada com a sua capacidade enquanto consumidora, ela geralmente carece de tempo, de sofisticação, de incentivo, e muitas vezes também dos meios para defender os seus interesses. Terceiro, porque em tempos de produção em massa, distribuição em massa, mídia de massa e comunicação de massa, os efeitos de uma negligência dos direitos e interesses dos consumidores pode ser enorme. Em quarto lugar, mas não menos importante, a tentação de ignorar os direitos e interesses dos consumidores é particularmente elevada no que diz respeito à produção em massa, distribuição em massa e outros fenômenos de massa, porque os ganhos potenciais, mesmo que de um pequeno desequilíbrio que prejudique os consumidores, serão montantes notáveis.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico, esses aspectos dos fenômenos de massa relacionados com os consumidores traduzem-se em questões difíceis sobre qual o modelo regulatório mais adequado. Como

deveria o ordenamento jurídico ser configurado para lidar melhor com os desafios que os fenômenos de massa criam para os consumidores? Afinal, nós queremos a proteção dos consumidores pelos tribunais? Quais consumidores serão protegidos?

Para responder a estas indagações, podemos começar refletindo acerca da necessidade de proteção dos consumidores pelos tribunais. Todas as outras questões tornam-se obsoletas se os tribunais não forem o fórum adequado para se proteger o consumidor.

Pode-se chegar a tal conclusão de duas formas. Por um lado, os fenômenos de massa podem criar contenciosos de massa e os tribunais não serem capazes de lidar com a totalidade desses casos. Por outro lado, os fenômenos de massa podem se afastar dos sistemas de justiça públicos se os tribunais tiverem um acesso muito difícil. Este, por sua vez, pode ser visto como um lamentável ou – em casos de danos mínimos – um resultado desejável, dependendo se se acredita que os respectivos casos devam ser tratados pelos tribunais ou não.

Estas reflexões têm a sua razão de ser. Veremos mais adiante¹⁰² que estão sendo discutidas e praticadas alternativas à solução de litígios de consumo pelos tribunais em casos relativos aos fenômenos de massa. É bem verdade que não na mesma intensidade do que se vem adotando na Alemanha¹⁰³, por exemplo, porém, tanto lá quanto cá, tais medidas não têm o condão de – e nem poderiam – afastar a análise por parte do Poder

¹⁰² Item 4.4, *infra*.

¹⁰³ A lei alemã prevê expressamente, em casos de consumo, certas formas alternativas de resolução de litígios: em vez de uma ação judicial que busca obter uma ordem judicial que faça cessar as violações do direito do consumidor, as associações de consumidores e outras associações com legitimidade para atuar em juízo também podem instaurar um processo em um órgão de resolução de conflitos com as câmaras de indústria e comércio. Da mesma forma, as disputas sobre a distribuição de produtos financeiros por meio de venda à distância, no crédito ao consumo e sobre certos aspectos dos serviços bancários podem ser levados perante um órgão de resolução de litígios que é filiado ao *Bundesbank* alemão, ou seja, o Banco Central da Alemanha.

Judiciário. Em outras palavras, não se prejudica o direito de levar o litígio perante os tribunais.

Apesar das formas alternativas de resolução da disputa, parece-nos que ainda há a necessidade de proteção dos consumidores pelos tribunais, pois se a defesa deles não puder mais ser tratada nos tribunais, a aplicação do direito material na proteção dos consumidores e o desenvolvimento do direito do consumidor em geral serão afetados. Por essa razão, não deve haver muita dúvida de que, por uma questão de princípio, há a necessidade de proteção dos consumidores pelos tribunais.

4.2.1. Os consumidores a serem protegidos pelos Tribunais

Tomada a decisão de proteção dos consumidores pelos tribunais, podemos nos deparar com a seguinte questão: quem são os consumidores que os tribunais devem proteger? Entre as muitas classificações possíveis, nós estamos, no contexto dos fenômenos de massa, particularmente interessados na gama de consumidores a serem protegidos.

Deveriam os tribunais se preocupar apenas com o consumidor individual que traz o seu caso para o tribunal, independentemente do fato de que o caso refere-se a um fenômeno de massa e engloba muitos outros consumidores de forma semelhante? Ou seria possível que os procedimentos tivessem efeito direto sobre os outros consumidores também, e em caso afirmativo, sob quais circunstâncias? Deveriam apenas aqueles consumidores que declararam o seu desejo de que o procedimento tenha efeito sobre eles serem protegidos, ou deveriam os efeitos ser estendidos a todos os consumidores na mesma situação, combinado ou não com uma possibilidade de renúncia de tais efeitos?

Não há uma resposta universalmente válida para estas questões, menos ainda quando a resposta a ser dada deve considerar as soluções que traz o caso concreto. Pelo menos o ponto de partida parece estar claro: o consumidor individual que defende os seus direitos nos tribunais deve,

necessariamente, estar entre os consumidores a serem protegidos, de acordo com a lei de defesa do consumidor aplicável. Tudo para além desse ponto é uma questão de política. Todas as demais dúvidas pairam sobre os modelos de ações coletivas ou ações por representação. Alguns desses modelos existem na Europa; outros ainda estão sendo discutidos.

Os procedimentos alternativos de solução dos conflitos têm efeitos para os consumidores que declararam o seu desejo de deles participar. Essa é uma característica de vários modelos. Por um lado, essa adesão do consumidor pode tornar-se uma ação judicial própria. O tribunal pode, então, juntar as diversas ações relacionadas a um mesmo fenômeno de massa e lidar com elas conjuntamente, enquanto isso for conveniente e sensato. Nesse modelo, os processos permanecem como processos separados; a sua combinação trará apenas alguma eficiência processual. Esse modelo pode ser encontrado no mundo inteiro e está previsto na lei processual civil¹⁰⁴.

A adesão, por outro lado, pode ser muito limitada e consistir apenas em uma declaração de que a pessoa deseja ser vinculada aos efeitos de um processo¹⁰⁵. No momento, o Parlamento Europeu é favorável a este modelo¹⁰⁶.

Sem qualquer adesão expressa, os consumidores podem evidentemente beneficiar-se indiretamente das decisões judiciais. Se um tribunal decidir que um determinado comportamento de uma parte não consumidora violou direitos do consumidor, essa parte mudará o seu comportamento perante todos os consumidores. Isso é particularmente

¹⁰⁴ STADLER, Astrid. **Collective actions as an efficient means for the enforcement of european competition law**: private enforcement of ec competition law. Alphen: Jürgen Basedow , 2007.

¹⁰⁵ Este é o modelo da ação americana chamada *opt-in class action*.

¹⁰⁶ Resolução do Parlamento Europeu de 02.02.2012 em 'Towards e Coherent European Approach to Collective Redress' (2011/2089(INI)). Disponível em:

[www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0021+0+DOC+XML+VO//

EN&language=EM]. Acesso em 14/02/2014.

provável em casos envolvendo fenômenos de massa, ao contrário dos individuais, nos quais as mudanças são impossíveis ou não fazem sentido; além disso, até mesmo outras empresas que operam no mesmo setor que não foram parte no processo frequentemente consideram o julgamento contra um dos seus concorrentes se eles esperam que, num caso instaurado contra eles, o resultado será o mesmo. Portanto, ao decidir um caso envolvendo fenômenos de massa, o tribunal não deve ignorar esse fato, mesmo que ele não tenha consequências diretas para a hipótese em questão. Em vez disso, o tribunal deve deixar claro quais as razões que o levaram àquela conclusão, para que outras empresas no mesmo ramo tenham a chance de descobrir se o raciocínio também se aplica a eles ou não.

Além destes efeitos indiretos, mesmo os consumidores que não se manifestam expressamente estão protegidos pelas decisões judiciais se eles são considerados uma das partes ou se os seus interesses como classe da sociedade são representados por uma instituição que é considerada uma representante adequada. A primeira alternativa é a clássica ação americana chamada *opt-out*¹⁰⁷, que requer a não adesão, mas que pode ser deixada de lado por um potencial membro se ele declarar que deseja essa opção. A segunda alternativa é a ação coletiva obrigatória sem *opt-out* – até agora apenas um modelo acadêmico – e a ação de representação das associações de consumidores.

4.3. OS EFEITOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

A questão que está entrelaçada à questão anterior é a que diz respeito aos efeitos das decisões judiciais. Claro que mesmo uma decisão em um caso no qual um único consumidor reivindica o seu direito pode ter efeitos que vão além do caso individual. Se, ao julgar tal caso, o tribunal tiver que determinar questões de direito, esta determinação poderá ter efeitos para os casos subsequentes e, assim, para outros consumidores também. Os efeitos

¹⁰⁷ O modelo de ações coletivas com a possibilidade de “não opção” tem sido adotado por vários outros países, dentre eles o Brasil; ver, por exemplo, LEAL, Márcio Falvio Mafra. **Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffuser Interessen**. Frankfurt: Main, 2010. p. 143.

são menos evidentes, mas ainda assim existem, se a primeira decisão do tribunal for considerada eficiente. Visto que estes efeitos estão em discussão, todos os outros consumidores estão obrigados, não importando se eles aderiram expressamente ou não e independentemente da sua aprovação individual.

Se determinadas instituições de classe ou de representantes estão disponíveis para proteger mais de um consumidor, não é preciso dizer que os efeitos diretos dessas decisões judiciais devem estender-se a estes outros consumidores também. Correspondentemente aos possíveis modelos discutidos acima, os efeitos podem ser limitados aos membros da classe que aderiram expressamente, aos membros da classe que se comportaram de forma passiva e não optaram pela sua não adesão expressamente, e a todos os consumidores que a adesão expressa não é necessária e a não adesão expressa não é admitida ou está excluída. Ao menos nos casos que não contenham uma não adesão expressa, podemos dizer que o julgamento terá efeitos quase regulatórios.

Estender os efeitos sobre outros consumidores, contudo, não é a única possibilidade de extensão. Os efeitos também podem ser estendidos a outros membros da atividade em questão que utilizam as mesmas práticas. Na Alemanha, se uma decisão judicial apresentou como resultado a declaração de ineficácia de uma determinada cláusula de contrato, em um processo instituído por uma associação de consumidores, mais tarde um consumidor individual pode se referir a esta decisão em sua ação judicial. A constatação de ineficácia da cláusula contratual na decisão judicial anterior amarra-se também no processo em debate.

Aceitar tais efeitos é mais fácil para os sistemas legais embasados na jurisprudência do que para sistemas legais embasados na lei escrita. É que, apesar dos tribunais, na maioria dos casos, terem certa margem para construir suas decisões e, assim, expandir ou limitar os efeitos dos seus julgamentos, permanece sendo um desafio sempre que for possível a

extensão dos efeitos sobre não partes processuais ou partes que não expressaram sua adesão ao procedimento.

Estender efeitos sobre terceiros não significa necessariamente que todos os efeitos, ou seja, efeitos positivos e negativos, serão estendidos. Pode-se perfeitamente imaginar que apenas os efeitos positivos sejam estendidos para os terceiros, para as partes que não manifestaram a sua adesão ou para os representantes dos consumidores, o que é vantajoso para eles, enquanto os efeitos negativos não evitariam uma decisão em favor de um terceiro consumidor em seu próprio processo.

Nos casos em que um consumidor individual está defendendo os seus direitos, ele deve ser capaz de requerer todos os remédios disponíveis previstos na lei material aplicável, por exemplo, resolução do contrato, declaração de nulidade de uma determinada cláusula contratual na sua relação com a parte contrária, reparação de danos, e omissão de um determinado comportamento perante ele no futuro?

Para o consumidor individual nos parece que, embora estes remédios estejam disponíveis a ele, os efeitos ficarão restritos às partes litigantes. Diferente do que acontece nos casos de consumo envolvendo fenômenos de massa. Porém, também para estas ações coletivas, nem todos os remédios permitem a extensão de seus efeitos. A declaração de que uma determinada cláusula é inválida pode, por exemplo, em um caso particular, ser mais prejudicial do que benéfica para o consumidor se ele adaptou o seu comportamento para a validade daquela cláusula.

Daí porque os fenômenos de massa – que são a origem dos litígios de consumo – dão causa a duas formas diferentes de desafios para a organização dos procedimentos. Por um lado, se o fenômeno de massa é caracterizado pelo fato de que um grande número de consumidores são vítimas de danos mínimos, o problema consiste em assegurar o acesso às cortes para estes consumidores. Por outro lado, se o fenômeno de massa

consiste em um dano de massa que produz prejuízos graves, o problema passa a ser como lidar com um grande número de partes reais ou potenciais.

O mesmo problema pode ser sentido quando se pensa em lesões ou ameaça de lesões a direitos individuais homogêneos que, individualmente, parecem microscópicas, praticamente não sentidas pelos titulares de tais direitos em função do pequeno impacto causado. É o que infelizmente ocorre com certa frequência em relações de consumo, em casos como, por exemplo, os da venda de mercadorias que deveriam ser entregues pelo fornecedor em certa quantia por força do anúncio ou da embalagem respectiva e, injustamente, são entregues ao consumidor em quantidade levemente menor do que a prometida, ou, ainda em relação ao serviço que deveria ser prestado dentro de certo padrão de qualidade e vem entregue ao consumidor em padrão sutilmente inferior ao desejado.

Quanto ao primeiro desafio – o acesso aos tribunais em caso de danos mínimos – parte da pergunta já se encontra respondida anteriormente¹⁰⁸, pois realmente constatamos a necessidade de proteção aos consumidores por parte de nossos tribunais. Mas isso não basta. O acesso à justiça não pode ser mais oneroso do que o ganho esperado, sob pena destas ações não chegarem ao conhecimento do Poder Judiciário e, conseqüentemente, ficarem sem a análise do respectivo Poder a esse respeito. Certamente esta preocupação inexistiria se as partes se sentissem motivadas a processar mais por uma questão de princípios do que por uma questão de ganho econômico puro. Uma das alternativas vislumbradas – e já utilizadas, mas que não significa ser suficiente – é a regra que diz que o perdedor paga as custas judiciais, pois facilita o acesso aos tribunais em situações em que o potencial demandante está convencido de que tem direito.

O exemplo das “microlesões”, contudo, quando vistas em larga escala, considerando-se o enorme universo de sujeitos a ela submetidos, certamente não encoraja o consumidor a propor ações individuais com vistas a recuperar

¹⁰⁸ Vide subitem 4.2, *retro*.

as diferenças perdidas quando compram produtos em supermercados e recebem alguns gramas a menos do que o peso constante da embalagem que indica o preço por quilo, ou abastecem seus carros recebendo alguns mililitros a menos do que o indicado pelo posto de gasolina no preço por litro, ou, ainda, quando o acesso à internet está apenas um pouco mais lento do que o padrão prometido pelo provedor do serviço correspondente.

O prejuízo verificado em contextos como os acima assinalados é ainda considerado pequeno pelos consumidores individuais se comparado com o custo e o transtorno que precisam suportar com vistas a fazer com que a máquina do Poder Judiciário se movimente na direção da defesa dos seus direitos individuais. O valor da diferença a ser perseguida, comparado com o do custo a ser enfrentado, é, geralmente, muito pequeno, de modo que as portas dos prédios do Poder Judiciário ficam sempre abertas, mas pouquíssimos se encorajam a fazer tal travessia.

O segundo desafio – a dificuldade em lidar com um elevado número de demandantes – pode ser resolvido, em parte, através da propositura de ações coletivas. Claro que, em tais situações, estas ações são uma solução apenas se o remédio disponível for o mesmo que os demandantes individuais teriam, caso ingressassem com uma ação individual – se um demandante, isoladamente, postular danos, mas o único remédio em uma ação coletiva for uma ordem de cessar e de desistir, esta ação coletiva não servirá como alternativa.

4.3.1. STJ

São praticamente companheiros o STJ (criado pela Constituição Federal de 1988 e instalado formalmente no dia 07.04.1989) e o CDC (promulgado em 11.09.1990). A concomitância histórica de ambos é significativa. Os dois se originaram da mesma onda renovadora do direito material e da organização judiciária brasileira. Na base comum, a mesma geração de juristas e legisladores. O mesmo pensamento acadêmico forneceu-lhes o substrato doutrinário. A instrumentalização do novo direito, o

do consumidor, ajustou-se à formação do novo órgão judicante nacional, o STJ.

Desde a promulgação do CDC, o STJ assumiu papel vanguardeiro na interpretação da nova legislação. Bem compreendeu, o novo Tribunal, que se tratava de um novo modelo jurídico que se inseria na legislação nacional. O sistema jurídico brasileiro não havia despertado para lidar com duas fontes legislativas coexistentes a um só tempo, necessitando harmonizar-se. De um lado, a larga estrutura geral do Direito Civil brasileiro, fundada no Código Civil de 1916, especialmente o terceiro livro, do Direito das Obrigações, em que regulados os contratos sobre os quais repousa o largo espectro das relações de consumo, e de outro, superposto àquele e a impor-lhe interpretação especial, o CDC, com seus princípios e regras peculiares.

Imagine-se a novidade que foi a interpretação do contrato, então sob a exclusiva luz da teoria da voluntariedade contratual (art. 81 do CC/16) hauridas nos velhos Código Civil de Napoleão (1.818) e do BGB – Código Civil Alemão (1.900), diante de princípios e regras como as da proteção da parte mais fraca, o consumidor hipossuficiente, da nulidade de cláusulas abusivas, embora grafadas no contrato (art. 4º do CDC) e, mais surpreendente, porque único, até então em todas as legislações de consumo no mundo, a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

O Tribunal que então se instalava, absolutamente novo, relembre-se, não possuía compromissos jurisprudenciais anteriores que manter. Seus integrantes provindos do extinto Tribunal Federal de Recursos não lidavam com o direito privado, mas, exclusivamente, com matérias relativas às causas de Direito Público de interesse da União. E os novos integrantes haviam vivido, no acompanhamento da elaboração legislativa e na experiência acadêmica anterior, a forte onda de divulgação, inerente ao novo direito que se implantava no país – o Direito do Consumidor – objeto de largo debate na sociedade brasileira quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, tendo, em verdade, esse novo Direito, o do Consumidor, ao lado

do Direito Ambiental, vindo conscientemente mediados, com o necessário propósito de reunir o imprescindível socorro da opinião pública que formavam.

A partir dessa nova realidade, o STJ forneceu suporte jurisdicional à transformação das relações de consumo, mediante a decidida aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Imagine-se qual a dimensão dessa transformação. Medite-se no que eram e no que são agora os direitos do consumidor diante de contratos bancários, com as cobranças embutidas de juros, taxas e acréscimos sob as mais diversas qualificações, do atendimento por planos de saúde, do pagamento de mensalidades escolares, da prestação de serviços públicos, da busca de indenizações securitárias, da contratação de aquisição de imóveis, da realização de toda sorte de consertos e reparos de bens, do fornecimento de bens de consumo durável e eletrodomésticos. Realize-se a visão retrospectiva de cada um dos assuntos apontados e de tantos outros não indicados, e se concluirá que, no país, as relações de consumo atuais nada têm a ver com as características históricas dessas relações.

Daí porque a necessidade de se analisar os temas voltados ao Direito do Consumidor que encontraram maior repercussão na Corte de Justiça ora em comento, que são: contratos bancários; planos de saúde; seguros; fornecimento de produtos e serviços defeituosos ou nocivos; dever de informar e proteção processual. Tal vista é exemplificativa, mas tem por finalidade demonstrar a importância do constante avanço, pois cada um dos itens citados foi fruto de muitos debates, sendo que a consolidação e orientação referente à matéria somente foi atingida mediante o julgamento pelo Tribunal de quantidade assombrosa de recursos. Vamos, então, à análise de cada um dos tópicos retro elencados.

4.3.1.1. Contratos bancários

Em poucos setores da vida jurisprudencial se registraram debates intensos e numerosos como o relativo aos contratos bancários, fulminando, nos julgamentos do STJ uma imensa quantidade de cláusulas abusivas – e

sendo inimaginável a quantidade de cobranças abusivas que tenha sido evitada pelo fato da adaptação de contratos, em decorrência dos julgamentos do Tribunal.

Assinalem-se o primeiro recurso de caráter repetitivo julgado pelo Tribunal como representativo de controvérsias em demandas multitudinárias, relativo a incidências bancárias e, também, em caráter repetitivo, o recurso referente a contrato de mútuo bancário no maior dos litígios repetitivos que o país experimentou, tocante à correção de depósitos em cadernetas de poupança atingidos pelos quatro Planos Econômicos baixados pelo Governo no período de paroxismo inflacionário (Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II), julgamento com repercussão estimada em 750.000 processos individuais e 1.500 ações coletivas no território nacional (REsp 1.107.201/DF e REsp 1.147.595/RS, rel. Min. Sidnei Beneti).

Algumas hipóteses de proteção ao consumidor relativamente a contratos bancários devem destacar-se.

- Vedação de juros extorsivos

O STJ vedou definitivamente a cobrança de juros extorsivos em contratos bancários, firmando o entendimento, no julgamento do REsp 407.097/RS, pela 2ª Seção, rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, DJ 29.09.2003, de que impõe-se a redução da taxa de juros remuneratórios pactuada quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado após vencida a obrigação.

Note-se que o fato de as taxas de juros excederem o limite de 12% ao ano, só por si, não implica abusividade.

Quando, no caso concreto, for verificada a abusividade na contratação, a taxa deve ser limitada à taxa média de mercado para as operações da espécie.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal, quando não houver taxa de juros expressamente contratada ou o juiz não puder examinar a abusividade porque o contrato não foi juntado aos autos, deve-se determinar a incidência de juros à taxa média de mercado (REsp 1.112.880/PR, 2ª Seção, j. 12.05.10, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 19.05.10, pelo rito dos recursos repetitivos).

- Impedimento de abusos em comissão de permanência

A comissão de permanência passou a ser regulada pelo STJ da seguinte forma: não há ilegalidade da cobrança da comissão de permanência, em caso de inadimplemento, à taxa de mercado, desde que (a) pactuada, (b) cobrada de forma exclusiva – ou seja, não cumulada com outros encargos moratórios, remuneratórios ou correção monetária – e (c) que não supere a soma dos seguintes encargos: taxa de juros remuneratórios pactuada para a vigência do contrato; juros de mora; e multa contratual (REsp 834.968/RS, 2ª Seção, j. 14.03.2007, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 07.05.2007 e REsp 1.058.114/RS, 2ª Seção, j. 12.08.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 16.11.2010).

- Bases de capitalização de juros

De acordo com a jurisprudência assente da 2ª Seção da Corte, a capitalização dos juros é admissível quando pactuada e desde que haja legislação específica que a autorize.

Admite-se a cobrança na periodicidade mensal nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial, conforme previsto no Decreto-lei nº 167/1967 e Decreto-lei nº. 413/1969, bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebrados a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17 (31.03.2000).

Tratando-se de contratos celebrados anteriormente a 31.03.2000, a regra é a vedação da capitalização de juros em periodicidade inferior à anual, salvo nas cédulas de crédito, conforme acima exposto.

Com relação ao requisito da pactuação, o STJ vem mantendo as decisões dos Tribunais de origem que afastam a cobrança de juros capitalizados, em qualquer periodicidade, quando não houver contrato expresso a respeito.

O Tribunal firmou e sumulou que, para ser proclamada, a abusividade necessita ser alegada pelo consumidor, não podendo ser declarada *ex officio* pelo Juízo (Súmula 381, STJ).

- Alienação fiduciária de bens imóveis

Há um precedente do STJ pela não aplicação do art. 53 do CDC no âmbito da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, destacando a diferença existente entre o presente caso e os precedentes da mesma Corte sobre promessa de compra e venda¹⁰⁹. É o AgRg em AgIn 932.750/SP, 4ª Turma, j. 10.12.2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, cuja ementa ora se transcreve:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Alienação fiduciária de bem imóvel. Alegada violação do art. 53 do CDC. Restituição dos valores pagos. Prevalência das regras contidas no art. 27, §§ 4º, 5º e 6º, da Lei nº 9.514/1997. Decisão reconsiderada. Agravo de instrumento improvido.

. O Ministro reconsiderou sua decisão, julgando pela impossibilidade de devolução das parcelas pagas, devendo prevalecer as regras da Lei nº 9.514/1997 sobre o regramento do CDC.

¹⁰⁹ Neste mesmo sentido, precedente do TJSP (Ap 0380650-98.2008.8.26.0577, 4ª Câm. de Direito Privado, j. 21.07.2011). Destaca-se no mencionado acórdão o voto do Des. Francisco Loureiro que aborda de forma minuciosa os pontos relacionados à não aplicação do CDC, em especial do art. 53, nos contratos de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

O julgador se atentou para o fato da situação ventilada nos autos – alienação fiduciária em garantia de bens imóveis – discrepar do entendimento sedimentado no STJ com relação à promessa de compra e venda, concluindo-se, por conseguinte, pelo descabimento da pretensão de restituição das parcelas adimplidas, por força dos §§ 4º, 5º e 6º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997.

4.3.1.2. Planos de saúde

Algumas questões relativas a planos de saúde têm recebido firme proteção diante de julgamentos do STJ.

- Restrições a cancelamento de contratos cativos

No que se refere a contrato de seguro de reembolso de despesas de assistência médico-hospitalares, o STJ tem-se orientado no sentido de considerar nula a cláusula que, de forme unilateral, impõe a rescisão do contrato originário, propondo a renovação por outro com aumento do valor da mensalidade, desde que demonstrada a ocorrência de onerosidade excessiva. A esse respeito: REsp 918.392/RN, 3ª Turma, j. em 11.03.2008, rel. Min. Nancy Andrigli, *DJe* 01.04.2008.

Já se decidiu também, que é nula, por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a rescisão unilateral pela seguradora, sob a simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença (REsp 602.397/RS, 3ª Turma, j. 21.06.2005, rel. Min. Castro Filho, *DJ* 01.08.2005, p. 443).

Por sua vez, considera-se abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autorize a rescisão unilateral do contrato, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor (REsp 889.406/RJ, 4ª Turma, j. 20.11.2007, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 17.03.2008).

- Fornecimento de medicamentos

O entendimento unânime da Corte é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema (AgRg no REsp 1.159.382/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 01.09.2010, AgRg no REsp 1.107.605/SC, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 14.09.2010; AgRg no REsp 1.164.120/SC, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 21.06.2010).

- Realização de tratamento médico

Consoante jurisprudência pacífica do Tribunal, é nula a cláusula contratual que limita o direito do consumidor quando o contrato do plano de saúde prevê a cobertura do procedimento principal (intervenção cirúrgica), não podendo dela excluir prótese e órtese que integram o procedimento cirúrgico, e são necessários ao seu êxito¹¹⁰. Nesse sentido: REsp 519.940/SP, 3ª Turma, j. 17.06.2003, rel. Min. Menezes Direito, *DJ* 01.09.2003; REsp 786.283/RJ, 3ª Turma, j. 09.10.2007, rel. Min. Ari Pergendler, *DJ* 06.11.2007; REsp 896.247/RJ, 3ª Turma, j. 21.11.2006, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 18.12.2006).

Já no tocante à realização de transplantes, embora não haja entendimento consolidado sobre o tema no âmbito da Corte, em recente julgado, decidiu-se que a cláusula negativa de cobertura de transplante – apontado pelos médicos como essencial para salvar a vida do paciente – deixa o segurado à mercê da onerosidade excessiva perpetrada pela seguradora, por meio de abusividade em cláusula contratual, de modo que deve, essa cláusula, ser considerada inválida (REsp 1.053.810/SP, 3ª Turma, j. 17.12.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 15.03.2010). Em outra oportunidade, a orientação acolhida foi no sentido de que, tendo sido a

¹¹⁰ *E.g. stent, sfincter* urinário, entre outros.

cláusula excludente da cobertura de transplante redigida de formas dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deverá favorecer o segurado, em consonância com o disposto nos arts. 47 e 54, § 4º, do CDC (REsp 311.509/SP, 4ª Turma, j. 03.05.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 25.06.2001).

Cumpra ressaltar que a recusa indevida da cobertura médica enseja reparação a título de dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, já combatido pela própria doença. A propósito: AgRg no Ag 1.1177.632/PR, 4ª Turma, j. 16.12.2010, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 01.02.2011; AgRg no REsp 944.410/RN, 3ª Turma, j. em 21/10/2008, rel. Min. Sidnei Benetti, *DJe* 17.12.2008; REsp 986.947/RN, 3ª Turma, j. em 11.03.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 26.03.2008.

4.3.1.3. Seguros

As principais questões atinentes a seguros, envolvendo o Direito do Consumidor, guardam relação com os seguintes temas:

- Cláusulas abusivas unilaterais

A posição da 2ª Seção do STJ, firmada em importante precedente, no julgamento do REsp 1.073.595/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 29.04.2011, é no sentido de que a intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, mediante simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer; se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela companhia e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por longo tempo, a pretensão da seguradora de modificar as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. Constatados prejuízos pela seguradora e identificada a necessidade de

modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos.

Os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente.

Com isso, a seguradora colabora com o consumidor, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerarão, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados.

- Não cancelamento e aumento ao só fator idade

A jurisprudência do STJ, inserindo os preceitos do Estatuto do Idoso¹¹¹ na proteção ao consumidor, consagrou o entendimento de ser abusiva a cláusula contratual que prevê o reajuste da mensalidade de plano de saúde com base exclusivamente em mudança de faixa etária, mormente se for consumidor que atingiu a idade de 60 anos, o que o qualifica como idoso, sendo vedada, portanto, a sua discriminação. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp nº 1.113.069/SP, 3ª Turma, j. 17.03.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 29.03.2011; REsp nº 1.106.557/SP, 3ª Turma, j. 16.09.2010, rel. Min. Nancy Andrichi, *DJe* 21.10.2010; AgRg no AgRg no REsp nº 533.539/RS, 4ª Turma, j. 23.02.2010, rel. Min. Fernando Gonçalves; *DJe* 08.03.2010.

4.3.1.4. Fornecimento de produtos defeituosos ou nocivos

São várias as questões relativas a fornecimento de produtos defeituosos ou nocivos.

¹¹¹ Vide Lei nº 10.741/03.

- Responsabilidade quanto a bens de consumo duráveis

Várias hipóteses têm sido enfrentadas pelo STJ no tocante à proteção do consumidor em se tratando de bens de consumo duráveis. Diversos precedentes desta Corte, diante de questões relativas a defeitos apresentados em veículos automotores novos, firmaram a incidência do art. 18 do CDC para reconhecer a responsabilidade entre o fabricante e o comerciante, no caso, a concessionária de veículos. Nesse sentido: REsp nº 547.794/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJe* 22.02.2011; REsp nº 912.772/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJe* 11.11.2010; AgRg no AgIn nº 1.195.179/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 18.08.2010 e REsp nº 402.356/MA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 23.06.2006.

- Decadência

É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que o início da contagem do prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (art. 26 do CDC) se dá após o encerramento da garantia contratual. Sobre o tema: REsp nº 1.021.261/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 06.05.2010 e REsp nº 547.794/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJe* 22.02.2011.

- Vício de qualidade em automóvel

Não sanado o vício de qualidade, cabe ao consumidor a escolha de uma das alternativas previstas no art. 18, § 1º, do CDC, (a) substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; (b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; (c) o abatimento proporcional do preço. Precedentes: REsp nº 185.836/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 22.03.1999 e REsp nº 991.985/PR, rel. Min. Castro Meira, *DJe* 11.02.2008.

- Dano moral

O vício do produto ou serviço, ainda que solucionado pelo fornecedor no prazo legal, poderá ensejar a reparação por danos morais, desde que presentes os elementos caracterizadores do constrangimento à esfera moral do consumidor. Se o veículo zero-quilômetro apresenta, em seus primeiros meses de uso, defeitos em quantidade excessiva e capazes de reduzir substancialmente a utilidade e a segurança do bem, terá o consumidor direito à reparação por danos morais, ainda que o fornecedor tenha solucionado os vícios do produto no prazo legal. Esse entendimento foi firmado no julgamento do REsp nº 324.629/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 28.04.2003.

- Tabagismo

Em precedente único, a 4ª Turma da Corte entendeu que

[...] o cigarro é um produto de periculosidade inerente e não um produto defeituoso, nos termos do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, pois o defeito a que alude o Diploma consubstancia-se em falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar uma frustração no consumidor ao não experimentar a segurança que ordinariamente se espera do produto ou serviço” (REsp nº 1.113.804/RS, 4ª Turma, j. 27.04.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 24.06.2010).

Na oportunidade, a Turma julgadora reconheceu a dificuldade em exigir do fabricante o dever de informação ao consumidor nas décadas passadas nos moldes de hoje, isto é, com a legislação, a cultura e o conhecimento científico atuais. Concluiu, ainda, que para ser reconhecida responsabilidade, deve ser efetivamente provado o nexo causal entre o tabagismo e o falecimento do consumidor, não apenas com bases em pesquisas científicas.

- Alimentos

Em precedente único, a Corte entendeu que “a simples aquisição de bolachas do tipo ‘água e sal’, em pacote no qual uma delas se encontrava com objeto metálico que a tornava imprópria para o consumo, sem que houvesse ingestão do produto, não acarreta dano moral apto a ensejar reparação. Verifica-se, pela moldura fática apresentada no acórdão, que houve inequivocamente vício do produto que o tornou impróprio para o consumo, nos termos do art. 18, *caput*, do CDC. Porém, não se verificou o acidente de consumo, ou, consoante o art. 12 do CDC, o fato do produto, por isso descabe a indenização pretendida” (REsp nº 1.131.139/SP, 4ª Turma, j. em 16.11.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 01.12.2010).

Uma consideração, no entanto, há de ser feita. O dano moral descabe quanto à falta de ingestão do produto viciado por parte do consumidor, mas pode ser admitido – por restar caracterizado – quando o pleito não tiver por fundamento a aquisição, mas sim a frustração criada ao consumidor por parte do fornecedor no que concerne ao exercício dos direitos inerentes à política de vício, a ele colocados à disposição pela lei consumerista.

- Insumos agrícolas

A jurisprudência do STJ é no sentido de que a aquisição de insumos agrícolas por produtor rural, com a finalidade de implementar ou incrementar a sua atividade comercial, não se reputa como relação de consumo, mas sim, como uma atividade de consumo intermediária. Exemplo disso é a decisão monocrática fundamentada no REsp nº 1.133.608/MG, 3ª Turma, j. 16.02.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 23.02.2011.

- Comercialização de produtos

A 3ª Turma da Corte, ao apreciar o REsp nº 980.860/SP, em 23.04.2009, entendeu que o comerciante, apontado pelo fabricante como único e exclusivo culpado para a ocorrência dos danos sofridos por vítimas de

produtos, não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo, de maneira que inviável o reconhecimento da excludente de responsabilidade prevista no inciso III do § 3º do art. 12 do CDC.

4.3.1.5. Fornecimento de serviços defeituosos ou nocivos

Sobressai a proteção ao consumidor diante de algumas espécies de serviços defeituosos.

- Telefonia

O STJ já decidiu no sentido de que a empresa de telefonia, que integra, como parceira, a cadeia de fornecimento de serviços é responsável solidária pelos danos causados por defeitos na prestação de serviços:

Direito do consumidor. Ação de indenização. Danos morais. Inscrição indevida no serviço de proteção ao crédito. Empresa de telefonia de longa distância. Parceria empresarial. Defeito na prestação do serviço. Processual Civil. Recurso Especial. Alegação de ofensa à regulamento da Anatel. I – A alegação de ofensa à Regulamento da Anatel não se enquadra na hipótese de cabimento de recurso especial prevista na alínea a do permissivo constitucional. II – A empresa que integra, como parceira, a cadeia de fornecimento de serviços é responsável solidária pelos danos causados ao consumidor por defeitos no serviço prestado. III – a exclusão da responsabilidade do fornecedor por ato de terceiro pressupõe a inexistência de defeito no serviço prestado. Agravo Regimental a que se nega provimento” (AgRg no AgIn nº 1.153.848/SC, 3ª Turma, j. 12.04.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 27.04.2011).

- Serviços médicos (cirurgias)

O STJ firmou entendimento no sentido de que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, mesmo em se tratando de obrigação de resultado, como a cirurgia estética, mas o ônus da prova compete ao prestador de serviço médico e não ao consumidor paciente. Nesse sentido: REsp nº 1.180.815/MG, 3ª Turma, j. 19.08.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe*

26.08.2010; AgRg no AgIn nº 1.269.116/RJ, 2ª Turma, j. 06.04.2010, rel. Min. Castro Meira, *DJe* 14.04.2010; REsp nº 236.708/MG, 4ª Turma, j. 10.02.2009, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF-1ª Reg.), *DJe* 18.05.2009; REsp nº 1.051.674/RS, 3ª Turma, j. 03.02.2009, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 24.04.2009; REsp nº 908.359/SC, 2ª Seção, j. 27.08.2008, rel. Min. Nancy Andrichi, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 17.12.2008.

- Serviços hospitalares

Quanto à responsabilidade civil do hospital, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a responsabilidade do hospital é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, de modo que dispensada demonstração da culpa relativamente a atos lesivos suportados pelos pacientes. Nesse sentido: REsp nº 1.184.128/MS, 3ª Turma, j. 08.06.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 01.07.2010; AgRg no AgIn nº 1.092.134/SC, 3ª Turma, 17.02.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 06.03.2009.

- Ensino

O Tribunal tem entendimento no sentido de que a instituição de ensino responde pelos prejuízos experimentados pelo aluno, de ordem material e imaterial, em conformidade com a regra insculpida no art. 14 do CDC. Vejam-se os seguintes precedentes: REsp nº 1.034.289/SP, 3ª Turma, j. 17.05.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 06.06.2011; AgRg no AgIn nº 1.120.188/PR, 3ª Turma, j. 08.02.2011, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), *DJe* 16.02.2011.

- Publicidade e propaganda

A responsabilidade no tocante à prestação de serviços defeituosos de publicidade e propaganda dependerá das peculiaridades do caso concreto. É o que se vê dos precedentes do Tribunal a seguir transcritos:

Responsabilidade civil. Dano moral. 'Cartão megabônus'. Inexistência de crédito. Serviço defeituoso que não enseja dano moral. 1. Segundo as premissas fáticas dos autos, houve má prestação de serviço ao consumidor, porquanto lhe foi enviado uma espécie de cartão pré-pago ('cartão megabônus'), com informações e propaganda que induziam a supor que se tratava de cartão de crédito. 2. Contudo, tal defeito não se afigura capaz de, por si só, ensejar reparação por dano moral, pois, muito embora possa causar incômodo à parte contratante, não repercute de forma significativa na esfera subjetiva do consumidor. 3. Por outro lado, também a tentativa de utilização do cartão como modalidade 'a crédito', não acarreta, em regra, vulneração à dignidade do consumidor, configurando mero dissabor a que se sujeita qualquer pessoa detentora de genuíno cartão de crédito. Precedentes. 4. Recurso especial não provido" (REsp nº 1.151.688/RJ, 4ª Turma, j. 17.02.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 22.02.2011).

Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Publicidade enganosa por omissão. Aquisição de refrigerantes com tampinhas premiáveis. Defeitos de impressão. Informação não divulgada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Responsabilidade solidária por publicidade enganosa. Reexame fático-probatório. – O Recurso Especial carece do necessário prequestionamento quando o aresto recorrido não versa sobre a questão federal suscitada. – Há relação de consumo entre o adquirente de refrigerante cujas tampinhas contém impressões gráficas que dão direito a concorrer a prêmios e o fornecedor do produto. A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeitos na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. – A comprovação do dissídio jurisprudencial exige o cotejo analítico entre os julgados tidos como divergentes e a similitude fática entre os casos confrontados. – Inexiste omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração quando o órgão julgador pronuncia-se sobre toda a questão posta à desate, de maneira fundamentada. – É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto. – É inviável o reexame fático-probatório em sede de Recurso especial. Recursos especiais conhecidos parcialmente e não providos" (REsp nº 327.257/SP, 3ª Turma, j. 22.06.2004, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 16.11.2004).

- Mensalidades escolares

O Tribunal deixou firmado, sobre a matéria, as seguintes orientações:

(a) a cobrança por serviços educacionais contratados e disponibilizados ao educando mesmo que ele não frequente as aulas é devida, não havendo que se falar em onerosidade ou abusividade e, por conseguinte, em violação do art. 51, IV e XV, do CDC; (b) o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de cobrança de mensalidades escolares é de um ano, contado do vencimento de cada uma; (c) a Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, garante à instituição de ensino o direito de não contratar com aluno inadimplente. Todavia, se o crédito foi atingido pela prescrição, desaparece a condição de inadimplência do aluno. Desta forma, não há empecilho à renovação da matrícula em instituição de ensino superior; (d) não se permite a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas em caso de inadimplemento. Todavia, se a situação de inadimplência perdurar por mais de 90 dias, o contratante sujeitar-se-á, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1092, ambos do Código Civil (art. 6º da Lei 9.870/99). Não obstante tais proibições, visando impedir abusos e preservar a viabilidade financeira das instituições de ensino, o legislador excluiu do direito à renovação da matrícula ou rematrícula os alunos inadimplentes; (e) é abusiva a cláusula contratual que prevê o pagamento integral da semestralidade, independentemente do número de disciplinas que o aluno irá cursar no período, devendo ser respeitada a equivalência entre a prestação cobrada do aluno e a contraprestação oferecida pela escola.

Estas conclusões foram extraídas da análise dos seguintes acórdãos: REsp nº 726.417/RJ, 4ª Turma, j. 05.11.2009, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 16.11.2009; AgRg no AgIn nº 1.049.678/SP, 3ª Turma, j. 19.03.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 06.04.2009; REsp nº 868.253/RS, 2ª Turma, j. 14.10.2008, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 06.11.2008; REsp nº 837.580/MG, 1ª Turma, j. 15.05.2007, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 31.05.2007; AgRg no AgIn nº 930.156/MG, 4ª Turma, j. 23.03.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 12.04.2010).

4.3.1.6. Dever de informar

Como regra geral, o Código de Defesa do Consumidor destaca, em seu art. 6º, inciso III, que é dever básico do consumidor receber “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

- Contrato de seguro (remessa da apólice e alteração de cláusula)

Com fundamento no dispositivo retro transcrito, o STJ entende, por exemplo, que, contratado o seguro, o consumidor tem direito de receber da seguradora, especialmente quando essa contratação se dá por telefone, uma cópia da apólice contendo os termos do contrato oferecido, prestando os esclarecimentos necessários para a perfeita compreensão quanto aos direitos e obrigações deles oriundas (REsp nº 1.176.628/RS, 3ª Turma, j. 16.09.2010, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 04.10.2010).

Da mesma forma, deve ser considerada nula a alteração do contrato, na extensão da cobertura do termo, por exemplo, quando não comunicada ao consumidor segurado (REsp nº 418.572/SP, 4ª Turma, j. 10.03.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 30.03.2009).

- Composição de preços de serviço público

O consumidor de serviços públicos tem o direito de saber, previamente, a composição do preço do serviço público prestado e o valor que deverá pagar por ele (REsp nº 976.836/RS, 1ª Seção, j. 25.08.2010, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 05.10.2010).

- Multa administrativa

As violações a deveres de informação e de transparência quantitativa representam também ilícitos administrativos de consumo que podem ser

sancionados pela Autarquia que, incumbida de competência regulamentar, está investida de poder de polícia administrativa (REsp nº 1.118.302/SC, 2ª Turma, j. 01.10.2009, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 14.10.2009).

- Conta telefônica detalhada

O dever de informar não é suficiente, por si só, para se exigir das companhias telefônicas o detalhamento das chamadas realizadas além da franquia. Apenas a partir da entrada em vigor de norma específica (art. 7º do Dec. nº 4.733/2003) é que surgiu esse dever (AgRg no REsp nº 979.151/MG, 1ª Turma, j. 06.11.2007, rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* 19.12.2007).

- Inscrição no Serasa

A comunicação ao consumidor sobre a inscrição de seu nome nos registros de proteção ao crédito constitui obrigação do órgão responsável pela manutenção do cadastro e não do credor, que apenas informa a existência da dívida (art. 43, § 2º, do CDC) (REsp nº 719.128/RS, 4ª Turma, j. 12.12.2005, rel. Min. Jorge Scartezzini, *DJ* 01.02.2006).

- Informação sobre perigos ao consumidor

Aqui, a imposição feita ao fornecedor é no sentido de que ele preste as informações relacionadas aos riscos a que os consumidores estão expostos.

Exemplo nesse sentido é o da doença celíaca. O fornecedor está obrigado a “estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos” (REsp nº 586.316/MG, 2ª Turma, j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 19.03.2009).

Manuseio de produto perigoso. Informação sobre perigos ao consumidor. Estando consignado pelas instâncias de cognição plena que os manuais fornecidos pela fabricante do sistema hidráulico traziam informações suficientes à demonstração do perigo pela utilização inadequada do produto, sendo expressos, ainda, ao alertar sobre a necessidade de que

peças de cabelos longos prendessem os mesmos à altura da nuca ou fizessem uso de toucas para natação, é descabido imputar à mesma responsabilidade pelo evento danoso que ocorrerá” (REsp nº 1.081.432/SP, 4ª Turma, j. 03.03.2009, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz federal convocado do TRF-1ª Reg.), *DJe* 17.08.2009).

4.3.1.7. Proteção processual

A regra geral é a de que, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC, é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Destacam-se alguns julgados.

- Requisitos conjuntivos

Entende-se que os requisitos previstos na lei devem estar simultaneamente presentes no caso concreto para que, com base nesse dispositivo legal, se dê a inversão do ônus da prova (REsp nº 914.384/MT, 3ª Turma, j. 02.09.2010, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 01.10.2010; AgRg no AgIn nº 1.263.401/RS, 3ª Turma, j. 15.04.2010, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), *DJe* 23.04.2010; AgRg no AgIn nº 1.102.650/MG, 1ª Turma, j. 15.12.2009, rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* 02.02.2010).

- Momento processual da determinação

Era bastante polêmica na Corte a questão relativa ao momento em que a inversão deveria ser decretada pelo juiz. Vários julgados diziam ser regra de julgamento, outros tantos diziam ser regras de instrução. A 2ª Seção pacificou o tema nos seguintes termos:

[...] a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz decidirá as questões

processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC). Desse modo, confere-se maior certeza às partes referentes aos seus encargos processuais, evitando a insegurança. Com esse entendimento, a Seção, ao prosseguir o julgamento, por maioria, negou provimento ao recurso, mantendo o acórdão que desconstituiu a sentença, a qual determinara, nela própria, a inversão do ônus da prova” (REsp nº 802.832/MG, 2ª Seção, j. 13.04.2011, m.v., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

- Critério *ope legis* ou *ope judicis*

Quando fundada no art. 6º, inciso VIII, a inversão depende de determinação judicial (*ope judicis*). Quando fundada no art. 14, § 3º, será automática (*ope legis*) (REsp nº 986.648/PR, 3ª Turma, j. 10.05.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino). Podemos citar o seguinte aresto:

Adiantamento das custas. A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre as consequências processuais advindas de sua não produção” (REsp nº 443.208/RJ, 3ª Turma, j. 11.02.2003, rel. Min. Nancy Andrichi, *DJ* 17.03.2003; no mesmo sentido: REsp nº 435.155/MG, 3ª Turma, j. 11.02.2003, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 10.03.2003; REsp nº 466.604/RJ, 3ª Turma, j. 07.04.2003, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 02.06.2003; REsp nº 729.026/SP, 4ª Turma, j. 13.09.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 26.09.2005; REsp nº 510.327/SP, 4ª Turma, j. 07.06.2005, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 29.08.2005).

- Invalidade do foro de eleição prejudicial ao consumidor

A cláusula que estabelece foro de eleição pode ser anulada quando acarrete cerceamento de defesa e quando verificada a hipossuficiência do consumidor (REsp nº 1.072.911/SC, 3ª Turma, j. 16.12.2008, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 05.03.2009; AgRg no REsp nº 369.762/MA, 3ª Turma, j. 22.02.2011, rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJRS), *DJe* 03.11.2008; CComp. nº 92.519/SP, 2ª Seção, j. 16.02.2009, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 04.03.2009).

- Execução específica (art. 84 do CDC)

O art. 84 do CDC dispõe que:

[...] na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

A orientação é a mesma da regra geral contida no art. 461 do CPC:

[...] na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Isso permite a aplicação analógica às relações de consumo, da sistemática estabelecida de modo mais completo no diploma processual civil.

A conversão da obrigação de fazer ou dar coisa certa em perdas e danos é excepcional, só podendo ser deferida, em princípio, quando inviabilizada a execução específica (REsp nº 1.051.526/ES, 3ª Turma, j. 17.09.2009, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 14.10.2009; REsp nº 901.382/RS, 2ª Turma, j. 27.02.2007, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 17.12.2007; REsp 752.420/RS, 3ª Turma, j. 17.08.2006, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 27.11.2006).

- Julgamentos coletivos

A 2ª Seção da Corte, em 28.10.2009, no julgamento do REsp nº 1.110.549/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, pelo procedimento dos recursos repetitivos (art. 543-C, § 1º, do CPC, e Res. STJ 8/2008), firmou, por maioria, vencido o Min. Honildo Amaral, desembargador convocado do TJAP, entendimento no sentido de que: “ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide

geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”.

- Execuções individuais de julgamentos coletivos

A 2ª Seção do STJ, também em julgamento de recurso representativo da controvérsia, no REsp nº 1.189.679/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 17.12.2010, firmou, por unanimidade, entendimento no sentido de que é válida a conversão, *ex officio*, da ação individual de cobrança de diferenças remuneratórias de caderneta de poupança em execução, até a liquidação, ante precedentes e sentença proferida em ação coletiva e julgamento de Recursos Especiais Repetitivos por este Tribunal.

- Sentenças mandamentais multitudinárias

A 3ª Turma do STJ, no julgamento do REsp nº 767.741/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJ* 24.08.2010, decidiu que o pedido formulado na ação civil pública proposta pela Apedeco contra o Banco do Brasil, visando a diferenças de correção monetária de valores depositados em caderneta de poupança, possui nítido caráter mandamental e que essa característica se refletiu no título judicial que se formou. Assim, é válida a determinação para que a execução de sentença da ação civil pública se realize mediante depósito direto em conta pelo próprio Banco dos valores devidos aos clientes. Tal providência, além de autorizada pela natureza do título executivo, torna efetiva a condenação e evita o asoerramento do Poder Judiciário com incontáveis execuções individuais que, em última análise, constituem subproduto dos sucessivos planos econômicos ocorridos na história recente do país.

4.3.2 STF

O STF, entidade responsável por conservar a integridade dos preceitos constitucionais em vigor¹¹², tem se posicionado sobre demandas afetas ao

¹¹² Vide art. 102, III, a, da CF/1988.

direito do consumidor, mormente porque, como já vimos¹¹³, este ramo do direito tem assento em nossa Carta Magna.

O fim do período militar na década de 80 marcou uma aposta no direito como um mecanismo decisivo para uma transformação social pela via evolutiva, em vez da via revolucionária. E os Tribunais superiores – principalmente o STF – adquiriram uma relevância política ímpar na nossa história.

Um dos desdobramentos desse quadro foi o de que o papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais e políticos que historicamente coubera ao exército, passou a ser ocupado pelo Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário acabou cada vez mais desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil – ora negativamente contrabalançando o excesso dos outros Poderes e ora positivamente contrabalançando sua inação; e, nos dois casos, contribuindo decisivamente para a criação de incentivos para a atividade econômica, alguns positivos e outros nem tanto. É como se o Judiciário tivesse sido *empurrado* para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de formulação da política pública.

Este quadro é particularmente claro no tocante à atuação do STF. Já não há mais, no Brasil, praticamente nenhum grande tema político que não deságue, cedo ou tarde, em uma ação perante nossa Corte Suprema. Mas há também temas relativamente prosaicos em que a jurisprudência se viu diante de disputas sobre a política pública.

No plano da interpretação constitucional, talvez o exemplo mais evidente tenha sido a discussão sobre a limitação de 12% ao ano da taxa de juros reais, conforme previsto na redação original e hoje revogada do art. 192 da CF. Um outro exemplo interessante, e marcante, pode ser encontrado na definição do arcabouço regulatório básico da atividade bancária, expresso na

¹¹³ Item 2.2, retro.

controvérsia que vivenciamos sobre a aplicabilidade, ou não, do Código de Defesa do Consumidor à referida atividade.

A análise dos julgados havidos por este órgão dar-se-á nos mesmos moldes que fora feito em relação às decisões analisadas do STJ no item anterior, ou seja, os temas que com maior frequência batem às portas desta Corte.

Aqui, no entanto, a ausência de repercussão geral – requisito de ordem processual – e o exaurimento do tema nas instâncias infraconstitucionais, isto é, sem que fosse deflagrada a competência constitucional apta a autorizar a atuação do órgão de cúpula do nosso Poder Judiciário, foram os dois óbices mais detectados nos exatos 475 (quatrocentos e setenta e cinco) acórdãos que guardam relação com o direito do consumidor¹¹⁴.

4.3.2.1. Serviços bancários

Em poucos setores da vida jurisprudencial se registraram debates tão intensos e numerosos como o relativo aos serviços prestados pelos bancos.

Podemos citar aqui, o contrato de mútuo bancário referente à correção de depósitos em cadernetas de poupança atingidos pelos quatro Planos Econômicos baixados pelo Governo no período de paroxismo inflacionário (Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II), cuja análise já foi feita pelas instâncias ordinárias e, também, pelo STJ, mas que, em razão de ser reconhecida a repercussão geral para todas as ações desta natureza, por entender o Ministro Relator que a matéria tem densidade constitucional e extrapola os interesses individuais das partes litigantes, agora se aguarda o julgamento por parte do STF (RE 591.797 RG/SP, 2ª Seção, j. 15.04.10, rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 30.04.2010).

¹¹⁴ Conforme consulta realizada em 09.05.2014 junto ao site do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br).

Convém ressaltar, outrossim, a existência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 165, proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – Consif com o objetivo de solucionar a controvérsia constitucional em torno dos planos econômicos editados desde 1986¹¹⁵.

Por meio da mencionada ADCP, busca seja fixada a interpretação de que a garantia constitucional que assegura proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido não se aplica aos dispositivos que fundamentam os planos econômicos, “dada a circunstância de estes vincularem normas de política monetária, garantindo-se a segurança jurídica”. Ainda, se pretende que o efeito vinculante da decisão do STF seja estendido a todos os processos, dirimindo definitivamente a discussão.

Apesar de recebida a ADCP e reconhecida a legitimidade da Consif, o STF deixou de deferir a liminar em que se pleiteava, até o julgamento definitivo, sustar a prolação de decisões sobre a cobrança dos expurgos inflacionários.

No entendimento do Min. Ricardo Lewandowski, a inexistência de *fumus boni iuris* decorreria da jurisprudência consolidada nos Tribunais e precedentes daquela Corte quanto ao cabimento da cobrança dos expurgos, enquanto a ausência do *periculum in mora* estaria caracterizada pelo “desrespeito ao princípio da segurança jurídica, em razão da suspensão das ações movidas pelos clientes bancários” e, adicionalmente, diante do “fato de o segmento econômico representado pela arguente ter obtido índices de lucratividade bem maiores que a média da economia brasileira”; assim, para o

¹¹⁵ Neste aspecto, merece destaque a oportuna e precisa lição de Arnaldo Wald: “já se disse que a inflação é diabólica, porque mantém as aparências, enquanto destrói as realidades. A luta contra a inflação justifica, pois, a mobilização de todas as forças do país a fim de criar um clima de ordem e confiança, restabelecendo a credibilidade na moeda nacional; mas as modificações legislativas, por mais radicais que possam ser, devem realizar-se dentro do Estado de Direito, sob pena de causar verdadeiro caos jurídico e de congestionar o Poder Judiciário, ameaçando as próprias finalidades que o Governo e o legislador pretendem alcançar”. . WALD, Arnaldo. **O novo direito monetário**: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a Justiça. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 51.

deslinde da questão, dever-se-á aguardar o julgamento pelo STF, a quem caberá – seja diante do reconhecimento da repercussão geral, seja no julgamento da ADCP – se manifestar quanto à constitucionalidade dos expurgos inflacionários instituídos pelos planos econômicos.

Da mesma forma, outras hipóteses de proteção ao consumidor relativamente a contratos bancários devem destacar-se.

- Exibição de extratos bancários

O STF firmou entendimento no sentido de que a violação indireta ao texto constitucional não é o suficiente para autorizar a abertura da instância extraordinária. Ademais, a obrigação em exibir ou não extratos bancários por parte da instituição financeira é questão desprovida de repercussão geral, o que desautoriza a admissibilidade do recurso extremo. Neste sentido: “Recurso. Agravo convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Exibição de documentos. Extratos bancários. Instituição financeira. Direito do consumidor. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto dever de as instituições financeiras entregarem os extratos de conta poupança aos respectivos titulares, quando solicitados, versa sobre tema infraconstitucional” (ARE 643.085 RG/SP, 2ª Seção, j. 05/08/2011, rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* 06.09.2011).

- Espera em fila de banco

O STF não demonstrou posicionamento uniforme na questão afeta ao tempo de espera em fila de banco, ao menos no que concerne ao preenchimento do requisito repercussão geral. Isto porque a Corte, primeiramente, entendeu que o caso submetido a julgamento era dotado de repercussão geral, para, em exame posterior de outro caso semelhante, modificar esse posicionamento e afastar a existência de repercussão geral. Todavia, houve unanimidade na questão de fundo – constitucionalidade da lei

que estipula o tempo de espera – para reconhecer, em ambos os julgamentos, que por se tratar de questão local, o município detém capacidade para legislar sobre esse assunto. Vejamos: “Definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias. Competência do município para legislar. Assunto de interesse local. Ratificação da jurisprudência firmada por esta Suprema Corte. Existência de repercussão geral” (RE 610.221 RG/SC, Tribunal Pleno, j. 29.04.2010, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 20.08.2010) e “Direito do consumidor. Espera excessiva em fila de instituição financeira. Danos materiais e morais. Necessidade de reexame da legislação infraconstitucional e do conjunto fático-probatório dos autos. ausência de repercussão geral. A questão atinente à responsabilidade por danos materiais e morais decorrentes da espera excessiva em fila de instituição financeira não tem estatura constitucional, fazendo-se necessário o exame da legislação infraconstitucional e do conjunto fático-probatório dos autos (Súmulas 280 e 279 do STF). Inexistência de repercussão geral da matéria suscitada. Recurso extraordinário não conhecido” (ARE 687.876 RG/RJ, Tribunal Pleno, j. 29.11.2012, rel. Min Ayres Britto, DJe 16.12.2013).

4.3.2.2. Planos de saúde

Algumas questões relativas a planos de saúde têm chegado ao STF e recebido as seguintes respostas.

- Negativa de cobertura

No que se refere a contratos envolvendo planos de saúde, o STF tem-se orientado no sentido de não reconhecer repercussão geral a estes processos, além de sustentar que a questão não tem estatura constitucional, devendo ser dirimida nas instâncias inferiores.

Direito do consumidor. Empresa operadora de plano de saúde. Negativa de cobertura para tratamento de beneficiário. Danos morais e materiais. Matéria de que não enseja a abertura da via extraordinária. Ausência de

repercussão geral. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema alusivo à responsabilidade por danos morais e materiais decorrentes de negativa de cobertura para tratamento de beneficiário, por parte de operadora de plano de saúde, não enseja a abertura da via extraordinária, dado que não prescinde do reexame da legislação infraconstitucional, de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos (Súmulas 636, 454 e 279 do STF). Não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta Suprema Corte, falta ao caso 'elemento de configuração da própria repercussão geral', conforme salientou a ministra Ellen Gracie, no julgamento da Repercussão Geral no RE 584.608" (ARE 697.312 RG/BA, Tribunal Pleno, j. 25.10.2012, rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 23.11.2012).

4.3.2.3. Dever de informar

Algumas questões relativas ao dever de informar imposto ao fornecedor têm chegado ao STF e recebido as seguintes respostas.

- Autonomia universitária

O STF não reconheceu status constitucional ao reclamo de instituição de ensino acerca da legitimidade da cobrança de multa pela rescisão do contrato de serviços educacionais, prestigiando o entendimento consagrado pelas instâncias inferiores.

Direito do consumidor. Contrato de prestação de serviços educacionais. Cláusula penal. Interpretação de contrato. Óbice da Súmula 454/STF. Âmbito infraconstitucional do debate. análise da ocorrência de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados no apelo extremo dependente da reelaboração da moldura fática constante no acórdão regional. Óbice da Súmula 279/STF. Eventual violação reflexa da constituição da república não viabiliza o manejo de recurso extraordinário. Inovação recursal. Impossibilidade. Acórdão recorrido disponibilizado em 17.02.2011. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, II, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal dependeria de prévia análise da legislação

infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. Divergir do entendimento do Tribunal *a quo* acerca da abusividade da multa cobrada pela rescisão do contrato de prestação de serviços educacionais demandaria a análise da legislação infraconstitucional, das cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos. Aplicação dos óbices das Súmulas 279 e 454/STF. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido” (ARE 771.914 AgR/DF, 1ª Turma, j. 19.11.2013, rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 04.12.2013).

- Comissão de corretagem

Também neste tema, relacionado à comissão de corretagem devida em razão da compra e venda de imóvel, o STF tem-se orientado no sentido de não reconhecer repercussão geral a estes processos, além de sustentar que a questão não tem estatura constitucional, devendo ser dirimida nas instâncias inferiores.

Direito civil e do consumidor. Compra e venda de imóvel. Comissão de corretagem. Cláusula contratual abusiva. Devolução de valores. Âmbito infraconstitucional do debate. Análise da ocorrência de eventual afronta ao preceito constitucional invocado no apelo extremo dependente da reelaboração da moldura fática constante do acórdão recorrido. Suposta afronta ao princípio da legalidade. Aplicação da súmula 636/STF. Acórdão recorrido publicado em 25.7.2013. Divergir do entendimento do Tribunal *a quo* acerca da abusividade de cláusula constante de contrato de compra e venda que estabeleceu comissão de corretagem a ser paga pelo consumidor demandaria a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, bem como a reelaboração da moldura fática delineada na origem, inviável em sede recursal extraordinária. Aplicação do óbice da Súmula 279/STF. Precedentes. Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida (Súmula 636/STF). Agravo

regimental conhecido e não provido” (ARE 792.827 AgR/DF, 1ª Turma, j. 25.02.2014, rel. Min. Rosa Weber, DJe 18.03.2014).

4.4. O PROCON COMO EXEMPLO PRIVILEGIADO DE ORGANIZAÇÃO FORMAL AO PODER JUDICIÁRIO

O Código de Defesa do Consumidor possui um cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microssistema jurídico. Reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos direitos constitucional, civil, penal, processual civil e penal, administrativo, mas sempre tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor e sua condição de destinatário final de produtos e serviços, ou desde que não visem ao uso profissional.

Justamente pelos consumidores não estarem organizados quanto aos fornecedores, é que foi previsto no art. 105¹¹⁶ do CDC um sistema nacional de defesa do consumidor. Os arts. 105 e 106¹¹⁷ estabeleceram uma diretiva a ser seguida pelos órgãos públicos e privados em geral, daqueles que devem

¹¹⁶ “Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor”.

¹¹⁷ “Art. 106. O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe:

- I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor;
- II - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado;
- III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;
- IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação;
- V - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente;
- VI - representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições;
- VII - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores;
- VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços;
- IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais;
- X - (Vetado).
- XI - (Vetado).
- XII - (Vetado).
- XIII - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades.

Parágrafo único. Para a consecução de seus objetivos, o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor poderá solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica.

compor o sistema, quando da implementação e execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor. Trata, ainda, no Capítulo II, do Título I, da política Nacional das Relações de Consumo, especificamente no art. 5º prevê a participação de diversos órgãos públicos e privados, bem como a adesão de institutos como instrumentos para a realização da política de consumo.

Quis o legislador, com isso, afastar-se do habitual “assistencialismo estatal”, onde não mais se admite que tudo deva ser feito pelo Estado, em favor daqueles que estimulam toda a economia e instituições da sociedade e que deve ser salvaguardado das diversas práticas comerciais e econômicas aos quais todos se deparam: os consumidores. E tal atitude se coaduna com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, inciso I, do CDC) e ainda compatibiliza a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Apesar de faltar muito ainda na instituição da defesa do consumidor no Brasil¹¹⁸, muitos já foram os ganhos, principalmente em face do sistema econômico.

Um dos órgãos brasileiros que tem uma atuação expressiva no mercado de consumo na defesa dos consumidores é o Procon (cuja sigla em São Paulo se refere à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor). Entre suas atividades, destaca-se: a orientação aos consumidores em suas reclamações, prestações de informações sobre seus direitos, fiscalização das relações de consumo, podendo também: firmar acordos, estabelecer normas, propor ações coletivas, fazer representações criminais, denúncias, pedir recall

¹¹⁸ Enquanto os EUA contam com uma infinidade de entidades associativas para a defesa dos interesses dos consumidores, no Brasil ainda permanece um paternalismo estatal, no sentido de tudo se esperar do Estado. FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 131.

e divulgar cadastro de reclamações. O Procon funciona como um órgão auxiliar ao Poder Judiciário, tentando solucionar previamente os conflitos entre o consumidor e a empresa que vende um produto ou presta um serviço, e quando não há acordo, encaminha o caso para o Juizado Especial Cível com jurisdição sobre o local¹¹⁹.

Os Procons são concebidos como entidades ou órgãos estaduais e municipais de proteção ao consumidor, criados no âmbito das respectivas legislações competentes e segundo o art. 105 do CDC é parte integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça foi reiterada a legitimidade do Procon para aplicar multas por descumprimento de suas determinações, na defesa de interesse dos consumidores. A decisão da segunda Turma se deu em questão em que foi suscitado possível conflito de atribuições entre o Procon e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). A matéria foi debatida durante o julgamento do recurso especial interposto por empresa concessionária de serviço de telefonia que, segundo os autos, teria descumprido a determinação do órgão de defesa do consumidor quanto à instalação de linha telefônica no prazo estipulado de dez dias. O Min. Castro Meira, relator da matéria, reiterou a competência do Procon e o afastou do conflito de atribuições, alegando que a atividade regulatória da Anatel não excluiria a competência do Procon para aplicar multas pelo descumprimento da legislação que protege o consumidor¹²⁰.

O Procon exerce uma atividade de polícia administrativa, diferida conjuntamente a diversos órgãos das diversas esferas da Federação, sujeitando os infratores às sanções previstas no art. 56 do CDC, regulamentadas pelo Dec. 2.181/97. Entre as sanções aplicáveis aos que infringem as normas de defesa do consumidor, figuram a multa, apreensão do produto, cassação do registro do produto junto ao órgão competente, entre

¹¹⁹ MAGALHÃES, Gladys Ferraz. SACs, ouvidorias, Procons: você sabe quando utilizar cada um? **Disponível em: <www.brasilcon.org.br>. Acesso em: 08 fev. 2014.**

¹²⁰ Conforme entendimento do STJ em REsp n. 1.138.591/RJ e Resp n. 1.178.786/RJ. Disponível em: **<www.stj.jus.br>. Acesso em 08 jan. 2014.**

outras. O Procon também serve como fonte informativa no auxílio da criação de determinadas leis. O exemplo disso é o critério para enumeração das cláusulas abusivas do art. 51 do CDC foi realizado tendo em vista a experiência recolhida tanto da jurisprudência brasileira quanto dos casos mais frequentes que chegaram aos órgãos de proteção do consumidor, especialmente dos Procons¹²¹.

Importante referir que o trabalho do Procon, atuante como órgão situado na periferia do sistema jurídico, consegue abarcar e amortecer um grande número de ações que, se não fosse sua atuação, chegariam ao centro do sistema jurídico, ou seja, aos tribunais. Mostra-se, com isso, que a comunicação por meio das organizações formais contribui para a autopoiese do sistema jurídico.

Identifica-se também que, dada a importância que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor conferiram ao consumidor, a sua participação de uma forma organizada dentro da sociedade de consumo continua muito tímida¹²². Basta dizer que o Procon de São Paulo, mediante convênio com o Dieese, divulga todos os dias o levantamento de preços dos produtos da cesta básica, evidenciando muitas vezes abusos e disparates entre eles, o que em países como EUA e da Europa Ocidental – os quais contam com grupos mais organizados neste sentido – seria motivo de direta ação (para não adquirirem determinados serviços os produtos com preços exorbitantes) ou lançariam mão de um instrumento muito utilizado: o boicote. No Brasil, nota-se que determinadas atitudes não são praticadas por um motivo evidente: falta uma cultura organizacional em contraposição ao paternalismo estatal.

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson. In: **GRINOVER**, *op. cit.*, p. 531.

¹²² Torcedor reclama pouco apesar de problemas em estádios, diz Procon-SP em 24.08.2009: “Apesar das filas para comprar ingressos e entrar nos estádios, da falta de lugares marcados e até mesmo das más condições dos banheiros e da comida que é vendida nos locais dos jogos de futebol, o torcedor brasileiro reclama pouco”. Segundo a Fundação Procon de São Paulo, apenas cinco reclamações de torcedores foram registradas pelo órgão neste ano (2009). Disponível em: <www.procon.sp.gov.br>. Acesso em: **09 fev. 2014**.

CONCLUSÃO

Na presente tese, tratamos de aquilatar a importância da constitucionalização do direito do consumidor nas mais variadas vertentes. Preocupamo-nos, é verdade, com os benefícios que a elevação desse direito ao plano constitucional proporcionaria (e vem proporcionando) ao sujeito mais vulnerável dessa relação jurídica – o próprio consumidor – cujas conquistas após 1988 são inegáveis. Mas também envidamos nossos esforços em tentar apontar como a elevação dessa proteção contribuiria (e vem contribuindo) para o sistema jurídico como um todo.

Para tanto, o trabalho se preocupou em investigar, desde a primeira Constituição, qual foi o tratamento dispensado aos *consumidores*, sendo possível, após a pesquisa, afirmarmos que a história do movimento de defesa dos consumidores no Brasil é recente, sobretudo quando analisada no plano constitucional. Isto porque a proteção foi sendo construída paulatinamente, até alçar o patamar constitucional em 1988. Prova disso foram as primeiras normas jurídicas citadas na tese, como o Decreto nº 26.626, de 07.04.1933, cuja proteção era singela, vez que o objeto da norma não era diretamente o consumidor, mas sim a repressão à prática da usura na sociedade daquela época. O mesmo se diz quanto aos diplomas legislativos subsequentes e também mencionados, como a Lei nº 1.521, de 26.12.1951, que trata dos crimes contra a economia popular e a Lei nº 4.137, de 10.09.1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico, criando o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – Cade.

A criação de um órgão de defesa do consumidor por parte do Poder Executivo na década de 1970, fez com que começasse a se desenhar uma rede de proteção estatal, integrando e interligando as normas com os órgãos então concebidos com vistas a proteger o consumidor, para, então, quase duas décadas depois, chegarmos ao status constitucional de proteção.

Não se buscou uma legislação contra a empresa. Nem contra o Estado. Mas sim uma legislação a favor da sociedade, inspirada nos valores

da cidadania. E nesse sentido caminhou o legislador. Não foi à toa que a inserção desse direito no plano constitucional se deu especificamente junto aos Direitos e Garantias Fundamentais, como um dos Direitos e deveres Individuais e Coletivos.

Assim, foi a Constituição Federal de 1988 que acarretou a introdução dessa matéria na órbita constitucional, aumentando a ingerência do Poder Judiciário e, em especial, do STF nas relações de consumo. Até porque o STJ, cuja contribuição na seara consumerista é vastíssima – e o trabalho buscou demonstrar –, também nasceu com mesma a Carta Magna.

Antes disso, porém, retratamos algumas medidas que tinham relação com o consumo e foram então adotadas, tais como o congelamento de preços em 1986, os sucessivos planos econômicos posteriores, a criação de ‘listas brancas’, com produtos preferenciais de aquisição por parte do consumidor, em razão do respeito a ele dispensado pelas empresas que figuravam em tal relação.

Muitas dessas tentativas não alcançaram os objetivos previamente concebidos por seus idealizadores, contudo serviram, inegavelmente, para aproximar a esfera pública da esfera privada, ante o choque existente entre o conceito liberal clássico da Constituição Federal e a consagração de direitos fundamentais para sujeitos de relações privadas.

Ainda sob a análise constitucional, destacamos como um dos pontos positivos a possibilidade de solução a ser dada pelo intérprete quando houver aparente colisão destes direitos com outros, pois prevalecerá aquele que tem assento constitucional. Mas se este conflito ocorrer no plano da própria Constituição, não há hierarquia entre os princípios, nem mesmo em relação aos da ordem econômica, pois a relevância – maior ou menor – será verificada no caso concreto. Por isso que a equalização desses direitos apresenta-se como uma alternativa de solução.

Em complementação ao escopo do trabalho, quando fomos analisar algumas leis federais que têm grande penetração na sociedade – e, para isso, elegemos o Código Civil, a Lei dos Planos de Saúde, o Estatuto do Torcedor e a Lei Geral da Copa – e passamos a confrontá-las com o Código de Defesa do Consumidor, especificamente para verificar se a proteção inicial idealizada pelo legislador poderia ser de alguma forma minada por leis setorializadas e posteriores, descobrimos que essa tentativa é uma constante em nosso sistema. O microsistema protetivo, de forma cíclica, ainda que sazonal, fica e está sujeito a estas manobras por parte do legislador. O embate não é franco. E nem pode ser, caso se pretenda um mínimo de êxito. No entanto, não foi isto que ficou demonstrado – aliás, muito bem delineado – quando a análise recaiu sobre a Lei Geral da Copa. Neste particular, dúvidas não há de que se concebeu uma legislação sob medida para atender certos interesses, seguramente contrários e discrepantes àqueles que norteiam o microsistema protetivo de defesa do consumidor.

Não se está contra fragmentar a lei geral em leis especiais. Da mesma maneira, não se está querendo sustentar que o Código de Defesa do Consumidor é perfeito e não pode ser melhorado. Ao contrário. Evoluíram as relações e, substancialmente, evoluiu a proteção da parte mais fraca, mas a Lei nº 8.078/90 pode e deve ser aprimorada. Prova disso são os projetos de lei mencionados ao longo do trabalho, os quais têm a nítida função de modernização da legislação consumerista, com o inegável intuito de manter sua característica vanguardista. Em 1990, não existia banda larga, o telefone celular era para poucos, assim como o acesso à Internet. Ante a complexidade e dinamismo de tais relações é extremamente conveniente que se proceda às alterações dos pontos sugeridos – compras à distância, mercado de crédito e o ‘superendividamento’.

Acreditamos, outrossim, que um outro ponto é tão ou mais importante para manter a qualidade e eficiência do direito do consumidor: o fortalecimento dos órgãos administrativos. Os Procon’s poderiam ser mais ativos ou mais bem utilizados para o sistema de proteção do consumidor. Primeiro porque o fortalecimento destes órgãos representaria o fortalecimento

do próprio consumidor. Segundo porque com pequenas mudanças – penalidade ao fornecedor ausente à audiência de conciliação, por exemplo – a possibilidade de solução amigável e extrajudicial seria potencializada e a contribuição passaria a ser muito maior do que é e temos hoje. Todos ganhariam: sociedade, Poder Judiciário, consumidor e, inclusive, o fornecedor. Cada protagonista obteria a vantagem de acordo com os seus legítimos interesses. O consumidor conseguiria a resposta em menos tempo; o Poder Judiciário sofreria uma sensível redução no número de processos; o fornecedor teria seus custos drasticamente diminuídos. É essa a leitura, temos convicção, que precisa ser feita. O trabalho quer forçar essa reflexão.

A partir da implementação de mudanças, por mais singelas que possam parecer, os resultados não tardarão a aparecer. O consumidor passaria a processar por princípio e não por ganho econômico. Ao longo da pesquisa, não fechamos os olhos para essa realidade, mas percebemos que o sistema – como está posto – funciona para perpetuar hábitos como este. A quem interessa mudar? A quem interessam as mudanças?

Não nos esqueçamos que algumas novidades no plano infra-constitucional foram muito bem vindas e cumpriram seu papel, notadamente quando pensamos em mudanças, incluindo a definição de direitos, a relativização dos contratos, com a alteração de seus elementos essenciais; o estabelecimento de princípios específicos para a relação jurídica de consumo, dentre outros pontos.

Apesar das ponderações feitas no correr deste estudo, também reconhecemos que o Código de Defesa do Consumidor contém problemas. Um deles está no art. 18, que poderia, nos moldes do art. 12, ter expressamente previsto a espécie de responsabilidade do fornecedor, se subjetiva ou objetiva, mas não o fez. Nesse ponto, seria conveniente que o diploma expressamente previsse a responsabilidade como objetiva.

Aliás, a Seção III também carece de rol de excludentes de responsabilidade, que devem ser buscadas, por analogia, na Seção II. E

quanto às excludentes, deveria o diploma ter expressamente se posicionado a respeito do caso fortuito e da força maior, cuja interpretação ficou a cargo do posicionamento jurisprudencial construído pelo Superior Tribunal de Justiça.

Daí porque a pesquisa tratou de sopesar o papel que ambas as Cortes desempenharam e vem desempenhando na consecução destes fins.

BIBLIOGRAFIA

A saúde na Constituição Federal e o contexto para a recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. (Coord.). **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 25. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 13).

Alexy, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Galzon Valdés. Madrid: CEPC, 2002.

_____. **Teoria del discurso y derechos humanos**. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALPA, Guido et al. Interpretazione giuridica e analisi economica. *Milano*: Giuffrè, 1982.

ALPA, Guido. **I principi generali**. Milano: Giuffrè, 1993.

_____; BESSONE, Mario. **Elementi di diritto privato**. Roma: Laterza, 2001.

_____. et al. Interpretazione giuridica e analisi economica. *Milano*: Giuffrè, 1982.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Distinção entre usuário de serviço público e consumidor. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio, 2002. Disponível na internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

ANGARITA, Antonio. Os óbices da administração estadual. In: WALD, Arnaldo (Coord.). **O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. A importância da atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Advogado**, n. 114.

_____. ; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 21, p. 115-17, jan. 1992.

BESSONE, Mario. Presupposizione, 'causa' tipica del negozio, economia del contratto. **Riv. Dir. Comm.**, v. 2, p. 146-403, 1979.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Pollis; Brasília: Universidade de Brasília, 1990.

BULOS, Uadi Lamêgo. Elaboração e reforma das constituições. **Revista de Direito Administrativo**, n. 203, p. 81, jan./mar. 1996.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Ordem jurídico-econômica e trabalho**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **O direito do consumidor**: origens e finalidade. São Paulo: Atlas, 2009,

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

COELHO, Fabio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. Disponível em: <www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/doutrina/54-direitos-do-consumidor-no-comercio-eletronico.html>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CRANE, Peter. Self Regulation and Judicial Review, p. 324-347. In: **ENCONTRO DA SPTL ADMINISTRATIVE LAW GREOUP NA UNIVERSIDADE DE WARWICK**, 23 e 24 de março de 1987.

CUNHA, Fernando Whitaker da. **Direito político brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Perspectivas de modificação nas relações de consumo no Brasil: alteração legislativa – avanços ou retrocessos. In: 15 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 89, 2006, p. 58-66.

FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 130, 2003.

_____. **O contrato de distribuição**: função econômica e análise jurídica. 2002. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

FORTUNY, María Alejandra. O direito do consumidor: a emergência de um novo paradigma no direito moderno. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. **Direito intertemporal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

GRAU, Eros Roberto. A constituinte e a constituição que queremos. [S.l.: s.n.].

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Mercado, estado e constituição**. São Paulo: Renovar, 2004.

_____. **O direito posto e pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. et al. **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional**. Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

IRTI, Natalino; BARBA, Vincenzo. **L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana**. Padova: Cedam, 2000.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LANZANA, Antonio Evaristo Teixeira. **Economia brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LANZILLO, Rafaella. La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Padova: Cedam, 2003.

LEAL, Márcio Flavio Mafra. Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffuser Interessen. Frankfurt: Main, 2010.

LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LORENZO, Miguel Federico de. Contrato de consumo y derecho al arrepentimiento. **Revista Juridica La Ley**, Tomo 2004-A.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 17, n. 49, jul. 1990.

MAGALHÃES, Gladys Ferraz. SACs, ouvidorias, Procons: você sabe quando utilizar cada um? **Disponível em: <www.brasilcon.org.br>. Acesso em: 08 fev. 2014.**

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

_____. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Saúde e responsabilidade**: seguros e planos de assistência privada a saúde. Conflitos de leis no tempo e direito adquirido dos consumidores de planos e seguros de saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: arts. 1º ao 74 – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 680, 1950.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política, livro primeiro: o processo de produção do capital. Trad. Reginaldo Sant'Anna. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. v. 1.

MASCARO, Alysso Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MASSO, Fabiano Del. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Jorge. **O poder da reforma constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1972.

MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere. In: 15 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 89, p. 12-20, 2006.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

NANNI, Luca. **La buona fede contrattuale**. Padova: Cedam, 1988.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil**: apontamentos gerais; o Novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.

NEVES, Tancredo de Almeida. Palestra publicada pela Coordenação de Publicações, da Câmara dos Deputados, Brasília, 1985 e republicada In: AMARAL, Luiz (Coord.). **Defesa do consumidor: textos básicos**. Brasília: Ministério da Justiça, 1987.

NIVARRA, Luca; RICCIUTO, Vincenzo; SCONAMIGLIO, Cláudio. **Istituzioni di diritto privato**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos; usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p. 192, *et seq*

RIOS, Josué. A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: _____; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____.; CARVALHO, Délton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: STRECK, Lenio Luis; MORAIS, José Luiz Bolzan; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSANVALLON, Pierre. **Le libéralisme économique**: histoire de l'idée de marche. Paris: Éditions du Soleil, 1989.

RUIZ, Alicia; CÁRCOVA, Carlos. **Derecho y transición democrática**: materiales para una teoría crítica del derecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O poder de reforma constitucional**. 3. ed. rev. e atual. por Uaidi Lamêgo Bulos. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 30, abr./jun. 1999.

SARRUBO, Mariângela. A saúde na Constituição Federal e o contexto para a recepção da Lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). **Saúde e**

responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 13).

SCOTTI, Luciana B.; VIEIRA, Luciane Klein. Consumidor y comercio electrónico: una aproximación a la noción de ciberconsumidor. In: CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. **Derechos del consumidor y comercio electrónico em el âmbito internacional**. Buenos Aires: Albremática, 2012. p. 37-50.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do sistema nacional de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A construção do direito do consumidor:** um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

STADLER, Astrid. **Collective actions as an efficient means for the enforcement of european competition law:** private enforcement of ec competition law. Alphen: Jürgen Basedow , 2007.

STIGLITZ, Gabriel. **Derecho del consumidor**. Buenos Aires: Juris, 1999. v. 10.

_____. **Protección jurídica del consumidor**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Trad. Brunela Vieira de Vincenzi et al. Piracicaba: Unimep, 2005.

_____. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbrnkian, 1989.

TRETTEL, Daniela Batalha. **Planos de saúde na visão do STJ e do STF**. São Paulo: Verbatim, 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. v. 1.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Citação de Gisele CITADINO. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

WALD, Arnaldo. **O novo direito monetário: os planos econômicos, os contratos, o FGTS e a Justiça**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**. Trad. José Medina Echeverria e outros. México: Fondo de Cultura Económica, 1969. v. 1.

WHITAKER, Fernando. **Direito político brasileiro**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1978.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1986.

_____. **História do direito privado moderno**. Trad. Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1993.

WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance.** Oxford: Oxford University Press, 1996.