



CURSO DE FORMAÇÃO

MATERIAL DIDÁTICO

NOÇÕES DE DIREITO DO CONSUMIDOR

INSTRUTOR

Diógenes Faria de Carvalho

Concurso Público

FISCAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Superintendência de Proteção aos Direitos do Consumidor
PROCON-Goiás

Maio/2018



**TEORIA GERAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR – CONCEITOS, DIREITOS
BÁSICOS E PRINCÍPIOS NORTEADORES DO SISTEMA DE DEFESA DO
CONSUMIDOR – Prof. Dr. Diógenes Faria Carvalho**

1. O sistema normativo brasileiro de proteção ao consumidor

O Código de Defesa do Consumidor constitui-se de uma legislação jurídica coerente e eficiente, capaz de proteger as novas relações jurídicas de consumo.

A analítica Constituição brasileira de 1988 alçou a defesa do consumidor à categoria e nobreza dos direitos fundamentais e a incluiu entre os princípios da ordem econômica nos seus arts. 5, XXXII, e 170, V, assim redigimos:

Art.5.

(...)

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

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

(...)

V – a defesa do consumidor.

A Constituição Federal erigiu a defesa do consumidor como norma de direito fundamental¹. Assim assinala Bruno Nubens Miragem:

A caracterização da defesa do consumidor como direito fundamental, no direito brasileiro, surge da sua localização, na Constituição de 1988, no art. 5, XXXII, que determina expressamente: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Insere-se a determinação constitucional, pois, no Capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, do Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”. Tem-se

¹ Beyla Esther Fellous analisa que “a interpretação sistemática da Constituição elege o valor da dignidade da pessoa humana como um valor essencial de sua unidade e sentido, ao lado dos direitos fundamentais, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico-brasileiro, com aplicabilidade imediata conferida pelo art. 5., parágrafo primeiro da Constituição Federal”. FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no mercosul e na união européia*. São Paulo: RT, 2003, p. 162.

assentado na doutrina e na jurisprudência brasileira que a localização do preceito constitucional nesse setor privilegiado da Constituição, a rigor, o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído².

Como se vê, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.09.1990, encontrou sustentação na própria Constituição. A lei do consumidor resultou de quase dois anos de elaboração legislativa, em cujo projeto inicial sofreu diversos aperfeiçoamentos proporcionados pela participação de importantes segmentos da sociedade, como comércio, indústria, cidadãos, além da contribuição de juristas e especialistas de reconhecida postura cultural.

Inspirou-se o nosso Código de Defesa do Consumidor em modelos legislativos estrangeiros. Teve uma grande influência, redigido pelo Professor Jean Calais-Auloy. Também importantes no processo de elaboração foram as leis gerais da Espanha (*Ley General par la Defensa de los Consumidores y usuarios*, lei 26/84), de Portugal (lei 29/81, de 22 de agosto), do México (*Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 05.02.1976) e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979).

Em alguns temas mais específicos o Direito do Consumidor pátrio buscou inspiração, fundamentalmente, no direito comunitário europeu (Diretivas Européias do Consumo). Foram utilizadas, igualmente, na formação da técnica legislativa, as legislações de Portugal e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 09.12.1976).

Tais influências das legislações alienígenas não impediram a elaboração de um Código adaptado ao mercado de consumo brasileiro e às suas peculiaridades. Trata-se de uma codificação elaborada por professores, por pessoas que realmente entendiam do riscado, como Ada Pellegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Zelmo Denari, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, Nelson Nery Júnior, Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Mariângela Sarrubo e Régis Rodrigues Bonvicino.

Relevantes inovações e peculiaridades extraem-se desse microssistema³ de defesa do consumidor, sendo de notar-se de início a

² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como Direito Fundamental – conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p.111-132, jul./set. 2002. p.117

³ Sobre o conceito de microssistema, José Geraldo Brito Filomeno, observa: “pelo que se pode observar, por conseguinte, trata-se de uma lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microssistema jurídico. Ou seja, ao lado de princípios próprios, no âmbito da chamada ciência

coexistência de norma de direito material e normas de direito processual, assim como relevantes alterações na relação entre o direito público e privado, tornando-se expressa a intervenção estatal na autonomia da vontade privada.

O novo no Código de Defesa do Consumidor é identificar este sujeito de direitos, o consumidor, e construir um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos, preocupado com a promoção de valores humanitários de dignidade humana, igualdade e justiça. Toda esta nova sistemática tem destacado que o processo de constitucionalização para esse ramo do Direito, ao infiltrá-lo com valores menos individualistas e patrimonialistas e mais voltados para a tutela da personalidade humana e coletiva, revela uma publicização do Direito Privado.

Nesse novo contexto, esta divisão Direito Público e Direito Privado, herdada dos romanos, vai erodindo, decorrente do crescente intervencionismo estatal das relações individuais. Daniel Sarmento enfoca importantes impulsos da promoção de valores constitucionais em todos os quadrantes do direito positivo em seu artigo – A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria, integrante da obra de José Sampaio:

Assentando-se na premissa de que os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica, a eficácia irradiante impõe uma nova leitura do todo o direito positivo. Por intermédio dela, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos como meros limites para o ordenamento e se convertem no norte do direito positivo, no seu verdadeiro eixo gravitacional [...] em razão da natureza axiológica da Constituição de 1988, que conferiu absoluta centralidade e primazia aos direitos fundamentais e está fortemente impregnada por valores solidarísticos, de marcada inspiração solidária⁴.

Verifica-se que o Estado social de Direito reorganiza a atividade estatal em função de finalidades coletivas e, bem por isso, o modelo vigente de Constituição opera em todo o ordenamento jurídico, razão pela qual atua

consumerista, o Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos.” In FILOMENO, 1999 apud WADA, Ricardo Morishita, ALMEIDA, Maria da Glória Villaça Borin Gavião. Os sistemas de responsabilidade no código de defesa do consumidor – aspectos gerais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.41,p.185-204, jan./mar. 2002. p.190.

⁴ SAMPAIO, José A Leite (org). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 280.

conjuntamente com o direito privado, numa relação de dialética complementaridade⁵. Assim, o sistema de defesa do consumidor traduz esta coordenação, e, a partir de 1988, a defesa do consumidor inclui-se na chamada ordem pública, cada vez mais importante na atualidade, pois legitima a intervenção do Estado na atividade econômica. Já não há fronteiras tão nítidas entre “a praça e o jardim” – usando as palavras de Nelson Saldanha⁶.

A Constituição de 1988, mais que compatível, reclama uma vinculação direta dos particulares com os direitos fundamentais. Veja-se:

A concepção de direitos fundamentais adotada deve conformar-se com o perfil axiológico da constituição, e a nossa, goste-se disso ou não, é uma Constituição social, que não aposta todas as suas fichas na autonomia privada e no mercado, mas antes preocupa-se com o combate à exploração do homem pelo homem. Ademais, no quadro de uma sociedade injusta e desigualitária como a brasileira, faz-se mister reforçar todos os instrumentos que permitam a proteção dos hipossuficientes, e, nesta linha, a teoria da eficácia direta revela-se preferível à da eficácia mediata dos direitos fundamentais⁷.

Dá a tendência moderna, que procura garantir a eficácia prática dos novos direitos fundamentais do indivíduo, dentre eles os direitos econômicos, através da inclusão de objetivos constitucionais em normas ordinárias de direito privado, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

Interessante a explicação do professor Alexandre Walmott Borges acerca desta dicotomia entre público e privado:

A dicotomia torna-se mais difusa e com contornos flutuantes à medida que cresce a participação do Estado em atividades econômicas. O reconhecimento do poder econômico privado é, também, o reconhecimento do poder econômico do Estado. Esse poder econômico estatal pode-se autonomizar atendendo aos interesses de um Estado ativo na economia e de sua elite burocrática-empresarial. A mesma ação pode ser empreendida em papel suplementar aos agentes

⁵ Cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p.626.

⁶ Cf. SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1986.

⁷ SARMENTO, op. cit., p. 292.

privados, atendendo às necessidades dos próprios agentes privados⁸.

Na 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”⁹. Atento a esta constatação, o constituinte brasileiro garantiu os direitos do consumidor como direito e princípio fundamental.

Neste sentido, não há mais espaço para a dicotomia entre o direito público e o privado. Segundo Nelson Rosendal:

Em uma sociedade democrática e plural, o ser humano é focalizado tanto individual como coletivamente em suas relações intersubjetivas. Supera-se a *summa divisio* entre o público e o privado com a aproximação entre Estado e sociedade, pois o interesse daquele é justamente preservar os interesses privados¹⁰.

O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem constitucional. Esta lei de função social intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a realidade social.

Maria Helena Diniz considera as normas cogentes ou impositivas como também de ordem pública, sendo elas que determinam, em certas circunstâncias, a ação, a abstenção ou estado de pessoas, sem admitir qualquer alternativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta¹¹.

José Cretella Júnior confronta a ordem pública com a ordem privada. Estabelece para esta última a noção do estreito relacionamento de particular para particular, oferecendo condições para uma vida normal em sociedade¹². No estabelecimento de ordem pública e interesse social, quer o legislador proporcionar o equilíbrio na relação de consumo. E as leis de função social caracterizam-se por impor as novas noções valorativas que devem orientar a sociedade. Nos comentários de Cláudia Lima Marques:

⁸ BORGES, Alexandre Walmott. *A ordem econômica e financeira da Constituição e os monopólios*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 116.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria Del discurso y derechos humanos*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p.93.

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 146.

¹¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1993, p.28.

¹² Cf. CRETILLA JUNIOR, José. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.4.

São leis que, portanto, nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas. Para que possam cumprir sua função, o legislador costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação¹³.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor constitui um microsistema jurídico de origem constitucional, no qual o consumidor brasileiro está satisfatoriamente tutelado em termos legislativos.

Para que possamos visualizar a conexão da boa-fé objetiva com o Sistema de Defesa do Consumidor, devemos definir os principais conceitos. Assim, por questões metodológicas, é mister definir os conceitos básicos e fundamentais, quais sejam consumidor, fornecedor e a relação jurídica de consumo.

2 Conceitos de consumidor

Talvez um dos conceitos mais controversos no Direito atual, sem dúvida, é o do consumidor, uma vez que falta uma referência histórica, porquanto desde sempre “todos sejamos consumidores”, conforme diz a frase¹⁴ que se tornou uma espécie de lema do movimento consumerista.

Dessarte tais divergências, há entre a maioria das definições de consumidor uma característica comum, que constitui, com efeito, o principal critério para sua conceituação: a finalidade não profissional com que se utiliza do bem ou serviço.

Cláudia Lima Marques¹⁵ observa que quando se fala em consumidor, pensa-se inicialmente na proteção do não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. Deste modo, o consumidor só será assim considerado se o destino que der ao bem ou serviço adquirido for pessoal ou familiar. Equivale afirmar que, se o consumo for parte de uma atividade de produção, distribuição ou prestação de serviços, não se trata de consumidor no sentido jurídico, mas de consumidor no sentido econômico¹⁶.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao código de defesa do consumidor: aspectos materiais*. São Paulo: RT, 2003, p. 56.

¹⁴ Mensagem do Presidente John Kennedy ao Congresso Norte-americano, em 15 de Março de 1962.

¹⁵ Cf. MARQUES, op. cit., p. 252.

¹⁶ Sob o ponto de vista da Economia, Newton De Lucca diz que: “o consumo vem a ser o ato pelo qual se completa a última etapa do processo econômico, sendo consumidor aquele que o pratica [...] conforme já repetido à exaustão pela doutrina, todos nós somos consumidores em potência. Todas as vezes que estivermos recorrendo a fornecedores de bens ou de serviços, desempenhando o papel de agente

Consumidor do ponto de vista econômico, observa José Geraldo Brito Filomeno, como “todo o indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não ao seu turno, também produtor de outros bens”¹⁷.

Para a conceituação de consumidor se faz necessário empregar o método da ciência jurídica dogmática. Assim denota Adolfo Mamoru Nishiyama, citando Newton de Lucca, tomando como ponto de partida a norma infraconstitucional que regulamentou o artigo 5, XXXII, e o artigo 170, inciso, V, da Constituição Federal representada pela Lei 8.078 de 1990¹⁸.

Não adianta, com efeito, os juristas se digladiarem à exaustão na peregrinação inútil de um conceito jurídico, preciso e limitado, que nos permite visualizar sempre a figura que se pretende definir. Tais definições como já foi mostrado, correm o inevitável risco de pecar pela falta ou pelo excesso. Andou bem, pois o nosso Código, que afastou, dede logo, a possibilidade de abarcar, num conceito único, a figura daquele que buscava proteger¹⁹.

Alberto do Amaral Junior conceitua consumidor da seguinte forma: “De modo geral, pode-se definir consumidor como todo aquele que, ao final da cadeia de produção, adquire ou utiliza, para fins privados, bens ou serviços colocados no mercado por alguém que atua em função de sua atividade comercial ou profissional”²⁰.

O legislador brasileiro parece ter, em princípio, preferido uma definição objetiva de consumidor no artigo 2º, *caput*, e afirma expressamente que consumidor é: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Trata-se do conceito padrão, simples, *standard*²¹ ou em sentido estrito, que deve ser interpretado segundo o intérprete e/ou aplicador do Direito no momento da definição da existência da relação de consumo²².

econômico responsável pelo consumo final de bens e serviços, estaremos na condição de consumidor em sentido econômico”. DE LUCCA, op.cit., p. 110.

¹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2004, p.34.

¹⁸ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.34.

¹⁹ LUCCA, 1995 apud NISHIYAMA, op.cit., p.37.

²⁰ AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993, p. 105.

²¹ *Standard* - You use standard to describe things which are usual and normal. COLINS COBUILD, *Dicionário inglês-inglês*. Scarborough: British Library, 2001.

²² Cf. ZANELATO, Marco Antônio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, 2003.p. 172.

Observa-se que o Código restringe a pessoa do consumidor àquele que adquire ou utiliza o produto como destinatário final. A definição do artigo 2º do CDC não esclarece a expressão destinatário final.

Destinatário final, nas palavras de Cláudia Lima Marques:

É o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao cliente, seu consumidor²³.

Sobre essa conceituação, embora intensamente discutida, ainda não se alcançou unanimidade doutrinária. Parte da doutrina dá um caráter ampliativo ao conceito de consumidor, abrangendo não só os não profissionais, mas também todos e quaisquer usuários de bens e serviços²⁴.

Esta tendência ampliativa do conceito de destinatário final é defendida pelos maximalistas, que vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional, mas também toda uma sociedade de consumo²⁵.

Esta corrente maximalista permanece na doutrina e continua presente na jurisprudência, nas novas técnicas de aplicação das normas ou dos princípios do CDC²⁶. Assim, o artigo 2º do CDC deve ser interpretado de maneira ampla: destinatário final é aquele que retira o produto do mercado e o utiliza, consome-o para uso pessoal ou profissional.

Já os finalistas ou minimalistas acreditam que o artigo 2º do CDC deve ser interpretado de maneira mais restritiva, sendo o destinatário final aquele que adquire ou utiliza o bem ou serviço em proveito próprio para satisfazer uma necessidade pessoal ou doméstica.

Sobre a visão dos finalistas, explica a Professora Cláudia Lima Marques:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Considera

²³ MARQUES, Cláudia Lima, *apud* ZANELATO, op. cit., p. 173.

²⁴ Cf. CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 1992, p.6.

²⁵ MARQUES, op.cit., p.254, nota 5.

²⁶ EMENTA: É de consumo, a relação entre o vendedor de máquina agrícola e compradora que a destina à sua atividade no campo.”(STJ – RESP. 142.042/RS – 4ª T. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j.11-11-1997)

que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurando um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já concede. Note-se que, de uma posição inicial mais forte, influenciada pela doutrina francesa e belga, os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade²⁷.

O Professor Thierry Bourgoignie define consumidor como "toda pessoa individual que adquire ou utiliza, para fins privados, bens e serviços colocados no mercado econômico por alguém que atua em função de atividade comercial ou profissional"²⁸. Exclui a pessoa jurídica, mesmo quando atuante fora de sua competência habitual.

A bipolarização das opiniões entre as correntes finalistas e maximalistas é verificada na necessidade de que se reflita mais sobre o assunto, não bastando repetir o que diz o artigo 2º do CDC. É necessário definir uma linha para interpretá-lo²⁹.

Observa-se modernamente um conjunto de decisões mais finalistas no campo de aplicação do CDC de forma mais madura e aprofundada, que está baseada na vulnerabilidade, conhecida como interpretação finalista aprofundada.

O legislador consumerista deu-se conta de que só o conceito *stander* de consumidor não seria suficiente para garantir uma real aplicação da norma do consumidor. Por isso, alargou este conceito, introduzindo os conceitos no sentido *bystander*³⁰, que se encontram nos artigos 29, 17 e parágrafo único do artigo 2º do CDC.

A Lei 8.078/90 equipara (consumidores equiparados) determinados entes à figura do consumidor, que poderão se beneficiar dos direitos nela previstos, a saber: a coletividade de pessoas, todas as vítimas de um acidente de consumo e todas as pessoas expostas às práticas consideradas abusivas.

²⁷ MARQUES, op. cit., p. 72, nota 140.

²⁸ BOURGOIGNIE, Thierry. Réalité et spécialité du droit de la consommation. Journal des Tribunaux, 1979, p.296.

²⁹ Cf. MARQUES, op. cit., p.72, nota 140.

³⁰ *Bystander*: "One who stands near, a chance looker-on, hence one who has no concern with the business being transacted. One present but not taking part, looker-on, spectator beholder, observer". Cf. BLACK apud ZANELATO, op. cit., p. 174, nota 151.

O parágrafo único do artigo 2º da referida norma reconhece a existência dos interesses de uma coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenham atuado em uma relação de consumo.

Torna-se viável a tutela dos interesses difusos e coletivos de pessoas que participam das relações de consumo, cujas necessidades podem ser defendidas ou repressivamente pelos órgãos legitimados por lei para tal mister³¹.

O CDC define, em seu artigo 81, as categorias dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Devem ser registrados os ensinamentos de Cappelletti e Bryant Garth retirados da obra *Liquidação nas Ações Coletivas*, da professora Patrícia Miranda Pizzol:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixarem para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas declarações de direitos, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer direitos e deveres sociais dos governos, comunidades associações e indivíduos³².

A equiparação do artigo 17 foi inspirada na figura do *bystander* e equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento, ou seja, todo acidente provocado pelo produto ou serviço defeituoso, do qual restarem danos em pessoas que não participaram da relação de consumo que teve por objeto o fornecimento desse produto ou serviço, essas pessoas serão consideradas como consumidores.

Segundo Eduardo Gabriel Saad o artigo 17 "faz com que o manto protetor estendido pelo Código sobre o consumidor alcance também aquele que – sem ter participado das relações de consumo – vem a sofrer quaisquer danos causados por defeito de um produto"³³.

Assim, a solução mais justa encontrada pelo legislador foi a de considerar, nesses casos, todas as vítimas, destinatários finais ou não do produto ou serviço, como consumidores. As principais conseqüências desta

³¹ Cf. LISBOA, op. cit., p.163.

³² CAPELLETTI; GARTH, 1988 apud PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: LEJUS, 1998, p.91.

³³ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor: lei n. 8079 de 11.9.90*. São Paulo: LTr, 2002, p.285.

equiparação estão ligadas à questão da responsabilidade civil. Nesse contexto, Aline Arquette Leite Novais elucida:

O Código de Defesa do Consumidor, atendendo aos reclamos de uma sociedade mais evoluída, tratou da responsabilidade civil nos seus moldes objetivos, estabelecendo que o fornecedor responde pelos danos causados, independentemente de ter agido com culpa. [...] percebemos que ocorrendo um dano em decorrência do oferecimento de um produto defeituoso ou da prestação de um serviço também portador de um defeito a um consumidor padrão, de acordo com o art. 2º., será a responsabilidade do fornecedor apurada de forma objetiva. Se, em virtude deste mesmo fato, for lesado um terceiro, alheio à relação de consumo, aplicam-se as mesmas normas cabíveis para a tutela do consumidor *stricto sensu*, já que as vítimas do acidente de consumo são equiparadas a este. Todavia, somente é possível esta solução por causa da equiparação feita pelo art. 17. Se não existisse esta norma no CDC, o terceiro, para ser ressarcido dos danos sofridos, teria que recorrer às normas tradicionais do Código Civil³⁴.

A legislação consumerista não seguiu a conceituação do direito comunitário europeu³⁵, dando uma noção extremamente ampliativa, como podemos observar. Nestes termos, o artigo 29 deste diploma, equipara a consumidor “todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas nele³⁶ previstas”. Assim, todo aquele que esteja exposto³⁷ às práticas

³⁴ NOVAIS, Aline Arquette Leite. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2001, p.139.

³⁵ Resolução n. 143/73, definiu como consumidor toda pessoa física ou jurídica a quem os bens ou serviços são fornecidos para uso privado.

³⁶ Referência aos capítulos V e VI do Código de Defesa do Consumidor.

³⁷ Estar exposto nos dizeres de Márcio Mello Casado é: “estar à mostra, estar submetido ao exame de alguém. A mercadoria nas vitrines das lojas está exposta aos interessados em comprá-la, da mesma forma que aquele que adere a um contrato formulário está exposto às cláusulas ajustadas. O aderente, por não ter o poder de alterar substancialmente o contrato, está exposto. Ocorre que o fato de estar exposto, não podendo alterar substancialmente em contrato, é algo que deve ser analisado com uma lente de aumento. Não se pode ser míope e imaginar que uma grande empresa jamais possa estar vulnerável em determinada relação ou momento contratual. Logo, o exposto está vulnerável, não que o seja em regra. Os conceitos de vulnerabilidade e exposição andam juntos, são indissociáveis dentro da lógica do microsistema consumerista (se alguém está exposto, está vulnerável; se está vulnerável, está exposto). Ninguém estaria exposto a alguma prática abusiva prevista no art.51 do CDC se pudesse retirá-lo do contexto contratual. Não é lógico que alguém pactue algo a seu desfavor, senão por estar vulnerável, seja técnica, jurídica ou faticamente”. In CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro: de acordo com a medida provisória 1.925-8, que cria a cédula de crédito bancário, e a medida provisória 1.963-19, que autoriza a contagem de juros sobre juros*. São Paulo: RT, 2000, p.36.

descritas nos artigos 30 a 54 do referido código, independentemente da presença de um fornecedor na contraparte da relação jurídica, diferentemente dos termos supra aduzidos.

Trata-se do consumidor em abstrato, vez que basta a mera exposição da pessoa às práticas comerciais ou contratuais para que se esteja diante de um consumidor a merecer a cobertura da norma consumerista³⁸.

Conforme ensinamento do Professor Marco Antônio Zanellato, a motivação do legislador ao conceber o Art. 29 do CDC deu-se pelo fato de:

[...] o conceito do art. 2º, caput, não alcançar o consumidor antes da conclusão do negócio jurídico, pois fala em aquisição de produtos ou serviços, o que faz presumir a celebração de um contrato de consumo, bem ainda outras situações em que se manifestam práticas abusivas. Tanto assim é que, no anteprojeto do CDC, a norma estampada no art. 29 era um parágrafo do próprio art. 2º; todavia, quando da tramitação do projeto no Congresso Nacional, houve o deslocamento dessa disposição para o lugar em que se encontra no CDC. Protege, assim, a norma em questão, de um lado, os consumidores potenciais, na fase pré-contratual, das negociações preliminares ou da oferta, por outro lado, protege os consumidores que são expostos ou sofrem a ação de diversas práticas abusivas que se desenvolvem sem relação direta com a conclusão de um contrato, como a publicidade enganosa ou abusiva e outros elementos do marketing³⁹.

Em essência, o CDC traz em três artigos elementos para a conceituação do consumidor – arts. 2º, 17 e 29. Como regra geral, é correto afirmar que é consumidor o participante de uma relação de consumo, como contraparte do fornecedor. Deste modo, ampliando este conceito, para efeito de práticas comerciais, é consumidor por equiparação legal todo aquele que esteja sujeito às práticas descritas nos capítulos V e VI do Código, independentemente da presença, na contraparte da relação, do fornecedor. Finalmente, é consumidor o terceiro na relação de consumo afetado por defeitos dos produtos e serviços⁴⁰.

³⁸ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. cit., p.254.

³⁹ ZANELATO, op. cit., p. 176.

⁴⁰ Cf. DEBS, Newman de Faria. *O direito ao consumo: forma de expressão dos direitos da personalidade*. São Paulo: Faculdade de Direito. 110f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2002.p. 23.

3 Conceito de fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor define o outro pólo da relação de consumo ou a contraparte do consumidor em seu art. 3º, como: “toda a pessoa física ou jurídica, pública ou criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos⁴¹ ou prestação de serviços⁴².”

Verifica-se que a definição jurídica de fornecedor pela dicção do referido artigo é ampla. Ao definir fornecedor de Plácido e Silva entende que tal expressão é derivada do francês *fournir*, de que se compôs *fournisseur*, significando comerciante ou estabelecimento que abastece habitualmente uma casa ou um outro estabelecimento dos gêneros e mercadorias necessárias ao seu consumo⁴³.

A definição do citado artigo é extremamente ampla. Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades profissionais, como a produção, a importação, indicando a necessidade de uma habitualidade. Segundo os comentários de Cláudia Lima Marques, estas “características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis as quais se aplica o Código Civil de 2002. A exclusão parece-me correta, pois o CDC, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores”⁴⁴.

A palavra profissionalmente baliza a característica básica do fornecedor: a habitualidade. Esta habitualidade ao fornecimento é essencial para a caracterização do fornecedor, pois quem pratica esporadicamente o fornecimento de produtos ou serviços não é fornecedor no sentido jurídico, mas simplesmente no sentido econômico, devendo, para efeitos jurídicos, ser considerado mero praticante de atos civis isolados. Daí a lei, ao caracterizar o fornecedor fez menção a sua atividade, excluindo aqueles que praticam estes atos isolados.

A habitualidade e profissionalismo são assim entendidos pelo Professor Antônio Carlos Efiging:

A sucessividade ou constância no exercício de um ato ou na prática de atos que tornam a pessoa profissionalmente hábil na sua execução. Já o profissionalismo pressupõe o estado ou a condição do profissional em certa arte, que a exerce como profissional, permanentemente, mediante certa paga ou ajuste. Num primeiro

⁴¹ Art. 3º, § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

⁴² Art.3., § 2º do CDC define: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

⁴³ Cf. DE PLÁCIDO E SILVA apud EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2003, p.54.

⁴⁴ MARQUES, op. cit., p.93, nota 140.

momento, pode-se pensar que o legislador pátrio foi omissivo, neste sentido, quando da conceituação de fornecedor no art. 3º. do CDC, por não mencionar expressamente qualquer dos institutos [...] Porém, quando se fala em desenvolver atividade, está se falando em realização permanente, e conseqüentemente em habitualidade⁴⁵.

Do exposto, conclui-se que a produção de bens e serviços que interessem ao consumidor não há de resultar de atividade acidental, mas de atividade “especializada e profissional, que se explica através de organismos econômicos permanentes nela predispostos”⁴⁶.

Assim, deve-se entender o termo fornecedor no sentido mais amplo, abrangendo não só a atividade do vendedor, mas também a produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação e serviços.

Finalmente, releva destacar que é indiferente que a empresa seja nacional ou estrangeira. Se esta última estiver realizando operações em território nacional, tem de submeter-se ao que o CDC prescreve.

4 Da Política Nacional das Relações de consumo

Os consumidores possuem direitos básicos previstos na Legislação consumerista, visto que o Sistema de Defesa do Consumidor foi construído no sentido de concretizar uma proteção integral aos não iguais, identificando um novo sujeito de direitos.

A busca de um equilíbrio entre o participante das relações de consumo foi o núcleo do sistema protetivo instituído pelo CDC que, em seu art. 4º, instituiu a Política Nacional das Relações de Consumo: “tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

O art. 4º, supra transcrito, define uma série de princípios próprios e, como tais, orientam a interpretação dos demais dispositivos do CDC. Para tanto, buscamos as lições do Professor Eros Roberto Grau⁴⁷, que nos apresenta a dimensão das normas-objetivo.

As normas-objetivo são “a possibilidade de introdução no universo jurídico normativo dos fins perseguidos pelo sistema [...] mediante padrões teleológicos perfeitamente definidos”⁴⁸. Tais normas, como do art.

⁴⁵ EFING, op.cit., p. 56.

⁴⁶ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.47.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. Interpretando o código de defesa do consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, jan./mar., 1993. p.183.

4º, são usadas para interpretar e guiar todas as outras normas do sistema consumerista, indicando o caminho, o objetivo, como afirmou Eros Roberto Grau⁴⁹.

Para o referido autor, o princípio da defesa do consumidor tem dupla função, a saber:

Princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido assume a feição de diretriz – norma-objetivo dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas⁵⁰.

Sobre as normas-objetivo Eros Roberto Grau diz ainda que:

Enquanto instrumento de governo, então, o Direito passa a ser atuado em vista à implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins de tais políticas é enunciada precisamente nestas normas-objetivo, que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do Direito⁵¹.

Pretende o artigo 4º estabelecer parâmetros que devem nortear todo e qualquer ato de governo, seja no âmbito legislativo, executivo ou judiciário, quando ao tratamento das relações de consumo⁵². Verifica-se que a Constituição brasileira consagrou a proteção do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, e o seu desenvolvimento depende da implementação de políticas públicas por parte do Estado.

Deste artigo, podemos extrair os princípios que regem as relações de consumo: Princípio da Vulnerabilidade, do Dever Governamental, da segurança, da Boa-fé, da Informação e o do Acesso à Justiça. O art. 4º do CDC, quando “dispõe sobre a harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, ressalta a importância da boa-fé e do

⁴⁸ Ibid., p.187.

⁴⁹ Ibid., p.187.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991, p. 253.

⁵¹ Ibid., p.183.

⁵² Cf. EFING, op.cit., p.76.

equilíbrio contratual, enquanto princípios basilares entre consumidores e fornecedores”⁵³.

José Geraldo Brito Filomeno, assim elucida: “Quando se fala em política nacional das relações de consumo, por conseguinte, o que se busca é a propalada harmonia que deve regê-las a todo momento, falando o Código examinando ainda o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (arts. 105 e 106)”⁵⁴.

Vê-se que o Direito do Consumidor como um novo ramo do Direito dota-se de princípios particulares distintos dos demais sistemas jurídicos. No entanto, não ocorre de todo o desligamento deste ramo com os demais ramos, pois existe um diálogo sistemático das fontes⁵⁵.

Como preleciona Leonardo Roscoe Bessa:

O CDC é norma especial em relação aos sujeitos – consumidor e fornecedor – da relação jurídica. Sua incidência, entretanto, não afasta, *a priori*, a aplicação de outras normas especiais quanto ao objeto. Os exemplos são inúmeros, pois há uma crescente edição de leis especiais quanto à matéria (plano de saúde, transporte aéreo, locação de imóveis, consórcios, serviços públicos, etc.) que convivem com o CDC. Ressalte-se, também, ao lado – ou mesmo antes – da análise simultânea de diversas normas do mesmo nível hierárquico, a importância de se conferir eficácia aos princípios, valores e direitos garantidos constitucionalmente⁵⁶.

⁵³ EFING, op.cit., p.81.

⁵⁴ GRINOVER, op.cit., p.61.

⁵⁵ Nas palavras da Professora Cláudia Lima Marques: “a doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema), do que da exclusão. É a denominada coerência derivada ou restaurada (*cohérence dérivée ou restaurée*), que em um momento posterior à decodificação, à tópica e à micro-recodificação, 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. [...] Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas, a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação, 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, fluído, mutável e complexo. [...] Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual necessário diálogo das fontes (*dialogue de sources*), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. Diálogo porque há influências recíprocas, diálogo 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. [...] Uma visão de diálogo das fontes pode ajudar a transpor conquistas de um micro-sistema para o sistema geral e vice-versa. In MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.45, p.71-99, jan./mar.2003.

⁵⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: RT, 2003, p.235.

Vejamos os seus princípios, sem o intuito de se estender no tema, afinal a nossa proposta é analisar somente o princípio da boa-fé objetiva no CDC.

5 Principais Princípios estruturais do Sistema de Defesa do Consumidor

Princípio da Vulnerabilidade

No princípio da igualdade tem-se o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado. Isto porque devemos tratar os consumidores de forma desigual, perante os fornecedores, a fim de que atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao dogma da isonomia constitucional, pois devem os desiguais ser tratado desigualmente na medida de suas desigualdades⁵⁷.

Deste modo, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no art. 4º, inciso I do CDC é uma primeira medida de realização da referida isonomia. Cuida-se de um reconhecimento expresso de que há um desequilíbrio entre os protagonistas que atuam no mercado de consumo e própria norma consumerista admite a existência de uma parte mais fraca, merecedora de proteção⁵⁸.

A vulnerabilidade do consumidor, nas palavras de João Batista de Almeida:

Trata-se da espinha dorsal do movimento, sua inspiração central, base de toda a sua concepção, pois, se, a *contrario sensu*, admite-se que o consumidor está cômico de seus direitos e deveres, informado e educado para o consumo, atuando de igual para igual em relação ao fornecedor, então a tutela não se justificaria. É facilmente reconhecível que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. A começar pela própria definição de que consumidores são os que dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem submeter-se ao poder dos titulares destes. Para satisfazer suas necessidades de consumo é inevitável que ele compareça ao mercado e, nessas ocasiões, submeta-se

⁵⁷ Cf. NERY JUNIOR, 1998 apud VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.60.

⁵⁸ Cf. SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência nas relações e consumo*. São Paulo: RT, 2002, p. 46.

às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor⁵⁹.

A vulnerabilidade é “um conceito que expressa relação, somente podendo existir tal qualidade se ocorrer a atuação de alguma coisa sobre algo ou sobre alguém. Também evidencia a qualidade daquele que foi ferido, ofendido, melindrado”⁶⁰. Assim, a vulnerabilidade reconhece sempre a qualidade dos mais fracos, de debilidade no mercado, tanto na sua incolumidade físico-psíquica ou no âmbito econômico.

Paulo Valério Dal Pai Moraes, comentando sobre vulnerabilidade, apresenta importante posicionamento a respeito do tema, ocasião em que cita a Professora Olga Maria do Val. Por isso, transcrevemos a lição:

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro⁶¹.

A doutrina⁶² identifica várias espécies de vulnerabilidade do consumidor. Porém, as espécies mais importantes são: a técnica, a econômica e a jurídica.

Cláudia Lima Marques comenta que existem três tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica e a fática. Assim, observa:

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços [...] A vulnerabilidade fática é aquela desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo. Já a vulnerabilidade jurídica ou científica foi identificada e protegida pela corte suprema alemã, nos contratos de empréstimos

⁵⁹ ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.18.

⁶⁰ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p.96.

⁶¹ VAL, 1994 apud MORAES, op. cit., p. 98.

⁶² A doutrina descreve seis espécies de vulnerabilidade: técnica; jurídica; política; biológica; econômica e social e ambiental. MORAES, op.cit., 115-174.

bancários e financiamento, afirmando que o consumidor não teria suficiente experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista. É a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa física⁶³.

A vulnerabilidade se configura pelo fato de o cidadão se encontrar na situação de consumidor independente de grau cultural, econômico e jurídico. A busca do equilíbrio nas relações sociais não é nada de novo, podendo ser comparada às lições do Direito do Trabalho, no qual também foi reconhecida a vulnerabilidade do trabalhador em face do empregador⁶⁴.

É preciso ressaltar que a vulnerabilidade ilumina a aplicação do Direito do Consumidor, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa. Este princípio tem por função a promoção do equilíbrio na relação, dispondo não só das atribuições, mas também das funções das partes envolvidas no processo de consumo.

O conceito de vulnerabilidade não se confunde com o conceito de hipossuficiência. A vulnerabilidade é um conceito de direito material⁶⁵ e a hipossuficiência é um conceito meramente processual.

A Professora Judith Martins Costa, evidencia as distinções entre vulnerabilidade e hipossuficiência:

Um e outro conceito denotam realidades jurídicas distintas, com conseqüências jurídicas também distintas. Nem todo o consumidor é hipossuficiente. O preenchimento valorativo da hipossuficiência – a qual se pode medir por graus – se há de fazer, nos casos concretos, pelo juiz, com base nas regras ordinárias de experiência e em seu suporte fático encontra-se,

⁶³ MARQUES, op. cit., p.121.

⁶⁴ CASTRO, Martha Rodrigues de. A oferta no código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.11, jul./ set. 1994. p.78.

⁶⁵ Diz Cláudio Belmonte: “uma desigualdade material contratual entre fornecedores e consumidores – uma vez que as melhores organização e informação dos produtores e fornecedores, a publicidade, a capacidade de racionalização operacional, dentre outros fatores, tornam aqueles contratantes bastante mais capazes de obter vantagens contratuais do que estes – justifica a tutela dos direitos contratuais dos consumidores, como o direito à segurança (a questão dos produtos defeituosos ou perigosos), à informação, à escolha, a ser ouvido, à proteção contra as chamadas práticas desleais de comércio (as questões da publicidade enganosa e dos preços muito elevados, por exemplo)”. In BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002, p. 79.

comumente, elemento de natureza socioeconômica [...]. Sua aplicação depende da discricionariedade judicial e a sua consequência jurídica imediata é a da inversão do ônus *probandi*, no processo civil, para a facilitação da defesa dos seus direitos. Todo consumidor, seja considerado hipossuficiente ou não é, ao contrário, vulnerável no mercado de consumo. Aqui não há valoração do grau de vulnerabilidade individual porque a lei presume que, neste mercado, qualquer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista sócio-econômico, é vulnerável tecnicamente; no seu suporte fático está o desequilíbrio técnico entre o consumidor e o fabricante no que diz com a informação veiculada sobre o produto ou serviço⁶⁶.

O critério da hipossuficiência é, da mesma forma que a vulnerabilidade, um conceito estabelecido através de relação. Muito embora a vulnerabilidade seja uma presunção absoluta, *jure et de jure* e a hipossuficiência é *ope iuris*, ficando a critério do julgador no caso concreto. Assim, dispõe o Art. 6º, inciso VII do CDC: "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".

Deste modo, a hipossuficiência é um critério⁶⁷ que precisa ser aferido em consideração aos sujeitos do processo, a fim de que possa ser feita uma hierarquização de valores voltada para a posição socioeconômica de cada um, que resultará na distribuição mais justa do ônus da prova⁶⁸.

Quanto à hipossuficiência, Humberto Theodoro Junior observa:

⁶⁶ MARTINS-COSTA, 1993 apud MORAES, op. cit., p.100.

⁶⁷ Adroaldo Furtado aborda o chamado critério do juiz: Primeiro não se trata de inversão de carga da prova *ope legis*, mas *ope iudicis*, aí estando localizada a inovação relevante no âmbito deste estudo. As inversões diretamente decorrentes de lei não constituem novidade, pois outra coisa não ocorre nos tantos casos de presunção *iuris tantum*. Aqui, é nos limites e coordenadas de cada caso concreto, segundo suas específicas peculiaridades, que o juiz decidirá se inverte ou não o encargo. E esta vital decisão, que poderá ser a mais importante do processo porque em mais de um caso determinará inescapavelmente o rumo da sentença de mérito, é entregue por inteiro ao critério judicial, pois os marcos referenciais que o mesmo texto normativo oferece, pouco ou nada têm de objetivos e correspondem a conceitos semanticamente anêmicos, quais sejam, a verossimilhança do alegado, a hipossuficiência do alegante e as regras ordinárias de experiência. Esse exemplo deveras ilustrativo sem dúvida traduz e demonstra clareza a inclinação do processo civil moderno, com respeito aos contenciosos de massa. A tendência é no sentido de depressão do princípio dispositivo e incremento dos poderes do juiz na condução do processo. In FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas tendências do processo civil e os poderes do juiz. *Revista do Consumidor*, São Paulo, n.7, jul./set. 1993.

⁶⁸ Cf. MORAES, op.cit., p.103.

Trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural *onus probandi*, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso⁶⁹.

Algumas doutrinas tratam a vulnerabilidade como sinônimo de hipossuficiência. Mas, como observamos, vulnerabilidade e hipossuficiência são realidades jurídicas distintas. A hipossuficiência é um conceito jurídico aberto vinculado à matéria de inversão do ônus da prova em processo civil das relações de consumo.

Princípio do Acesso à Justiça

O princípio do acesso à justiça tem o intuito de estabelecer aos consumidores meios processuais incisivos na busca da defesa de seus interesses. O acesso à justiça⁷⁰ está consagrado como direito básico do consumidor (art. 6º, inciso VII), visto que de nada vale assegurar direitos, tratar da extensão de qualquer decisão judicial, se antes disso não se tiver como chegar até o juiz. Assim, o processo civil deve ser pensado e aplicado em vista de um nova situação criada pelo CDC, tendo em vista que a vulnerabilidade, a inversão do ônus da prova, a vedação da intervenção de terceiros na lide e a responsabilidade civil objetiva representam uma forma de aplicação do princípio do acesso à justiça.

Compreende-se, também, no princípio do acesso à justiça a educação para a cidadania, proporcionando aos consumidores meios para que eles possam saber como buscar a defesa de seus direitos⁷¹.

Roberto Senise Lisboa destaca que:

A educação do consumidor constitui-se em necessidade básica da aprendizagem do sujeito de direito, pois todos podem se encontrar, em dada relação jurídica, como destinatários finais de produtos e serviços. Para que o consumidor tenha uma melhor noção do alcance

⁶⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.143.

⁷⁰ Tal direito já conta com respaldo constitucional. Vide Art. 5º, XXXIII e XXXV.

⁷¹ Cf. LISBOA, op.cit., p.91.

da medida a ser adotada em determinado caso concreto e obtenha o acesso adequado à justiça, faz-se imprescindível estimulá-lo a conhecer a natureza e os diversos mecanismos de consumo, bem como os direitos que ele possui, diante da legislação vigente. E não é só. Deve ser melhor educado sobre os elementos que lhe poderão proporcionar a satisfação de seus interesses⁷².

Destaque-se que o CDC, com normas substantivas e processuais, situa-se em uma concepção de acesso à justiça preconizada por Roberto Senise Lisboa. É o que, também, preleciona Kazuo Watanabe citado por Ada Pellegrini Grinover ao dizer que:

a idéia de acesso à justiça não mais se limita aos tribunais, pois abrange o acesso à ordem jurídica justa, cujos dados elementares são: o direito à informação; o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com os objetivos de realização da ordem jurídica justa; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características⁷³.

O princípio, ora entelado, procura afastar os obstáculos fáticos e jurídicos existentes para que o consumidor obtenha a defesa de seus direitos de uma maneira justa e equânime. Verificamos, também no microsistema jurídico, o princípio da facilitação da defesa dos direitos, que é um princípio informativo das relações de consumo.

Princípio da Informação

Tomasetti define informação como a palavra que “refere tanto o processo de formulação e transmissão de dados cognoscíveis, como também estes últimos, na exata medida que estão no conteúdo e na resultante daquele processo”⁷⁴. O direito à informação trata-se de um direito fundamental que visa a concreção das possibilidades objetivas de conhecimento e compreensão por parte do consumidor.

⁷² LISBOA, op.cit., p.92.

⁷³ GRINOVER, 1998 apud SAAD, op.cit., p.193.

⁷⁴ TOMASETTI JUNIOR, Alcides, 1998 apud FRANZOLIN, op. cit., p. 216.

Assim, o princípio da informação pode ser extraído no Código de Defesa do Consumidor a partir das disposições normativas que estão ligadas à informação, que consubstancia parte relevante do microsistema⁷⁵.

Do princípio da informação surge o dever de informar. Alcides Tomasetti elenca os artigos 6º, II e III, 8º, 9º, 14, 30, 31, 36, 43, 44, 46, 54, parágrafos 3º e 4º e 60. Estes dispositivos justificam a transparência da informação como mecanismo de proteção do vulnerável⁷⁶.

Muitos autores discorrem sobre princípio da transparência. Sérgio Cavallieri Filho⁷⁷ equipara o princípio da transparência ao princípio da informação, enfocando-os apenas como o dever que todos os fornecedores têm de dar as informações claras corretas e precisas aos consumidores.

Para a Professora Cláudia Lima Marques a transparência “significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre o fornecedor e consumidor”⁷⁸.

Christoph Fabian em sua obra o Dever de Informar no Direito Civil, assim pondera:

A transparência demanda clareza sobre a situação jurídica do consumidor. Transparência jurídica significa que o consumidor deve saber quais são os seus direitos e deveres obrigacionais, oriundos do contrato. A transparência sobre a situação jurídica pretende dar para o consumidor a possibilidade de saber os seus deveres e direitos pelo contrato. O consumidor pode se informar amplamente sobre o conteúdo do contrato. Assim, a transparência jurídica assegura que o consumidor pode formar e manifestar livremente sua vontade negocial⁷⁹.

Destaca-se, também, que o princípio da informação contém dois elementos que se completam: educação e informação. Carlos Ferreira de Almeida esclarece esta íntima conexão:

⁷⁵ Cf. CAMPOS, Maria Luiza de Sabóia. *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*. São Paulo: Cultural Paulista Editora, 1996. p.290.

⁷⁶ Cf. FRANZOLIN, op.cit., p.218.

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.35, p.97-108, jul./set. 2000, p. 102.

⁷⁸ MARQUES, op.cit., p.595.

⁷⁹ FABIAN, op.cit., p.68.

A informação e a educação estão estreitamente ligadas. Pela primeira, fornecem-se os dados sobre a situação de fato, sobre os direitos reconhecidos pela ordem jurídica e ainda sobre as vias práticas de os fazer impor, a segunda traduz-se numa assimilação crítica e integral, que confere a capacidade de escolha racionalizada e de atuação eficiente⁸⁰.

Nos dizeres de Paulo Jorge Scartezzini citando Rubén Stiglitz:

La obligación de informar constituye hoy una de las manifestaciones del espíritu de solidaridad que debe caracterizar estos tiempos, muy especialmente en los dominios del contrato donde deben acentuarse los escrúpulos. Lembremos mais uma vez que um dos objetivos de nossa República Federativa é a construção de uma sociedade solidária (inciso I do art. 3º. da CF) e que um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF)⁸¹.

O direito de informação, decorrente de um dos princípios básicos do consumidor, esculpido no art 6º, inciso III do CDC, compreende um dever do fornecedor em comunicar ao consumidor todas as informações essenciais ao seu parceiro contratual, que se insere dentro das diversas ferramentas do *marketing*, como na publicidade, na embalagem dentre outras.

O presente estudo não tem a finalidade de aprofundar-se na abordagem do direito de informar, mas sim demonstrar o dever de informar decorrente do princípio da boa-fé que gera uma impactação social, que será tratado no capítulo referente a multifuncionalidade da boa-fé objetiva e a revelação de condutas das partes no contrato para serem atendidas realidades sócio-jurídicas.

Princípio da Boa-fé Objetiva e o Sistema de Defesa do Consumidor

O art. 4º., inciso I, do CDC instituiu, como princípio que deve balizar a orientação do intérprete, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, conforme demonstramos no item 2.4 deste trabalho. A vulnerabilidade revela uma preocupação protetiva para com o consumidor, que é a parte débil na relação. Esta vulnerabilidade

⁸⁰ ALMEIDA, 1982 apud Malfatti, op.cit., p.236.

⁸¹ STIGLITZ, 1998 apud Guimarães, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2001, p.80.

precisa ser compatibilizada com o desenvolvimento econômico e tecnológico, o que faz imprescindível a manutenção do equilíbrio entre as partes no mercado de consumo. Atua, então, a boa-fé objetiva como referencial de conciliação destes interesses conflitantes⁸².

O princípio da boa-fé objetiva descrito no art.4º., III, é visto não só como defesa do vulnerável, mas também atua como critério auxiliar na viabilização dos ditames constitucionais sobre a ordem econômica, compatibilizando interesses contraditórios. Dentro desta sistemática, verifica-se que a boa-fé objetiva não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica das interações sociais e contratuais do mercado.

No plano dos contratos de consumo, as partes são iluminadas pela boa-fé objetiva, visto que externamente o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica; e, internamente, o contrato aparece como vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização de seus fins e a satisfação das expectativas dos negociantes⁸³.

Desse modo, relata Ruy Rosado de Aguiar:

O art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e com salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança⁸⁴.

Nesse aspecto, prossegue o referido autor citando, como exemplo, o caso dos contratos de consórcio por adesão, em que o consumidor não tem direito de receber, de imediato, a restituição das parcelas. Estas, entretanto, lhe são asseguradas ao final do grupo, isto é a boa-fé nas suas nuances interna e externa do campo contratual.

Já o inciso IV do art. 51 do CDC dispõe sobre a utilização da cláusula geral de boa-fé como instrumento de controle das cláusulas

⁸² Cf. SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, p. 146-161, jan./mar., 1996.

⁸³ Cf. AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 20-27.

⁸⁴ *Ibid.*, p.22.

abusivas. A cláusula geral, como tratado anteriormente, atua como critério definidor do exercício abusivo do direito. Deste modo, como cláusula geral, exige uma atividade criadora do juiz do caso⁸⁵ concreto.

Judith Martins-Costa assevera que:

as cláusulas gerais constituem o meio legislativo hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo⁸⁶.

A cláusula geral reside numa técnica legislativa e exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamentos e valorações sendo direcionado pela cláusula geral e formar normas de decisão, vinculado a um padrão social. No caso da cláusula geral de boa-fé no CDC, o juiz deverá se ater aos padrões de comportamento conforme a boa-fé objetiva, averiguando qual é a concepção vigente, através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, pois não se trata de determinar, “por óbvio, qual é a sua própria valoração – esta é apenas um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais, sendo caso disso, a deverá corrigir”⁸⁷.

O enunciado que contém a expressão boa-fé no CDC, incontestavelmente, é uma expressão dotada de alto grau de vagueza semântica, no qual o juiz do caso concreto deverá observar na sociedade e precisar o que é essa “incompatibilidade com a boa fé”, constituindo uma tarefa eminentemente hermenêutica, que é a ciência da interpretação da norma ao caso concreto. O Direito do Consumidor é um ramo que busca uma maior aproximação com a vida, bem como uma permanente busca do ponto de equilíbrio entre os elementos integrantes do processo. O magistrado é o intermediário entre a norma e a vida, “é o instrumento vivo que transforma a regulamentação individual das relações entre particulares; que traduz o

⁸⁵ Expressivas são as palavras de Cabral de Moncada ao explicar o papel do juiz. Diz que: “o juiz será, em muitos casos, não um deus *ex machina* de ordem jurídica, não um demiurgo caprichoso e arbitrário, mas uma espécie de oráculo inteligente que ausculta e define o sentido duma realidade espiritual que, em última análise, lhe é transcendente e possuidora de tanta objetividade como o direito já expresso e formulado na lei. Nisto consiste o seu particular poder criador do direito, condicionado e colaborante, como se vê, e não livre e arbitrário”. In MONCADA, Cabral de. *Estudos filosóficos e históricos*. Coimbra: Acta Universitas Conimbrigensis, 1958, p. 214.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 274.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, op.cit., p. 331.

comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulando a sentença. O juiz é a vivo *vox iuris*⁸⁸.

O mais célebre exemplo de cláusula geral é o do § 242 do Código Civil alemão assim redigido; “o dever deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”⁸⁹. Os doutrinadores afirmam que § 242 veio a constituir um elemento fundamental para uma nova compreensão da relação obrigacional.

Fez bem o legislador do CDC ao confiar no Judiciário brasileiro e incluir de forma expressa o princípio da boa-fé objetiva como cláusula geral dos contratos, promovendo o Direito dos juízes (Richterrecht)⁹⁰ como produto das influências jusculturais do Código Civil alemão.

DIÓGENES FARIA DE CARVALHO

Pós-Doutorado em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Doutorado em Psicologia (Economia Comportamental) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC - GOIÁS). Mestrado em Direito Econômico pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás - (PUCGO), Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO) e Centro Universtário Alves Faria (UNIALFA). Professor Permanente do Mestrado em Políticas Públicas e Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Gestor do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Coordenador de Graduação da Universidade Federal de Goiás (UFG). Palestrante em eventos no Brasil e no exterior, valendo destacar passagens pela Holanda (Universiteit Van Amsterdam), Austrália (University of Sydney), Inglaterra (Brunel University London - Law School), Portugal (Associação Portuguesa de Direito do Consumo), Espanha (Universidade de Barcelona), Argentina (Universidad Nacional Del Litoral e Asociación Civil de Usuarios Bancarios Argentinos de Mar Del Plata), Peru (ASADIP - Lima), Canadá (Université du Québec à Montréal) e China (Universidade de Macau). Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação em Direito. Conselheiro Titular do Fundo de Defesa de Direitos Difusos do Ministério da Justiça (CFDD). Membro Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: direito do consumidor, superendividamento do consumidor, psicologia do consumo e propriedade intelectual. Advogado.

⁸⁸ Cf. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel Domingos de Andrade. Coimbra: Armênio Amado, 1987, p.111.

⁸⁹ CORDEIRO, op.cit., p.325.

⁹⁰ Cf. MARQUES, op.cit., p.207, nota 5.