

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA - UNIMAR

MIGUEL ANGELO GUILLEN LOPES

**VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR:
O EQUACIONAMENTO DE UMA PROBLEMÁTICA**

Marília
2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MIGUEL ANGELO GUILLEN LOPES

**VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR:
O EQUACIONAMENTO DE UMA PROBLEMÁTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Oscar Ivan Prux.

Marília
2006

MIGUEL ANGELO GUILLEN LOPES

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR: O EQUACIONAMENTO DE UMA
PROBLEMÁTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Oscar Ivan Prux.

Aprovado pela Banca Examinadora em: 14 / setembro / 2.006.

Prof. Dr. Oscar Ivan Prux
Orientador

Prof. Dr. José Luiz Ragazzi

Prof.^a. Dr.^a. Walkíria Martinez Heinrich Ferrer

Dedico este trabalho aos meus familiares mais próximos, Maria de Fátima, esposa e companheira, e aos filhos Fabio Henrique, Marcos Vinicius e Miguel Ângelo, muito queridos, que aceitaram a perda de momentos em comunhão familiar para o meu ganho intelectual. E aos meus pais, Arlindo e Carmen, pela vida.

Agradeço a Deus e, indistintamente aos Doutores membros do respeitável Corpo Docente e aos Colegas membros do Corpo Discente, que, juntamente com os que atuaram na Direção, Coordenação e Secretaria deste Curso de Mestrado, mostraram competência e solidariedade, permitindo o alcance do objetivo. Especialmente, agradeço a Maria de Fátima Ribeiro, Oscar Ivan Prux, Walkíria Martinez Heinrich Ferrer, Ana Claudia Moraes Juliano e Cíntia Maria Trad.

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR: UMA PROBLEMÁTICA A SER EQUACIONADA.

Resumo:

Os estudos desenvolvidos nesta dissertação de mestrado apontam as ocorrências que tornam os consumidores vulneráveis e indicam as leis vigentes com conteúdo punitivo contra os fornecedores e prestadores de serviços que descumprem suas regras. Indicam ainda outras medidas alternativas capazes de evitar ou dificultar a vulnerabilidade do consumidor, observada atualmente. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro – CDC - (Lei 8.078/90) está previsto na Constituição Federal de 1.988 – CF -, diante das manifestações antes apresentadas sobre a necessidade de regulamentação das relações de consumo. O texto demonstra o estado de vulnerável do consumidor que permanece, mesmo diante da modernidade das regras insertas no Código de Defesa do Consumidor, que foi sancionado em 11 de setembro de 1.990, vulnerabilidade que deve ser entendida como uma problemática a ser equacionada. As razões dessa vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor são identificadas e citadas – omissão do Estado quanto às regras dos artigos 4º e 6º do CDC; inexistência de mecanismos eficientes de superação dessa fragilidade -, além de outras motivações, como a cultura brasileira, que tradicionalmente “procura meios próprios de interpretar as leis”, e até mesmo os vetos apresentados ao Projeto enviado à sanção presidencial resultaram na permanência de pontos polêmicos então suscitados no Anteprojeto, como o que suprimiu todas as multas civis criadas para compensar as suavidades das sanções penais e universalmente reconhecidas como instrumento adequado e idôneo de punição na área das relações de consumo; ou o que se insurgiu contra a participação dos consumidores e dos órgãos instituídos para a sua defesa na formulação das políticas de consumo, questão amparada pela norma constitucional – princípio da democracia participativa previsto nos artigos 6º, IV e 106º, X e XI da C.F. de 1988. Para expressar a necessidade que o consumidor tem de ser protegido, são expostos neste trabalho os aspectos históricos e os sistemas codificados de proteção ao consumidor, seus conceitos, princípios e direitos básicos. Adotando as várias normas protetoras, mas tendo como base a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), é apresentada uma visão geral dos direitos do consumidor, objetivando explicitar as obrigações e responsabilidades decorrentes da relação de consumo que deve existir, com qualidade. Por fim, são apontadas formas de superação da vulnerabilidade do consumidor, como a adoção efetiva da responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco integral da atividade, onde o fornecedor assume integralmente os riscos dos danos causados decorrentes de sua atividade; a fixação exemplar de valor reparatório para os danos morais sofridos pelos consumidores em razão de práticas atentatórias por parte dos fornecedores contra a personalidade do consumidor, capazes de gerar alterações afetivas, psicológicas e sociais do seu patrimônio moral; a criação de novos órgãos públicos ou entidades operando efetivamente em favor dos consumidores, sem qualquer interesse político; a fiscalização pelo Estado para aferir se os princípios constitucionais – da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade, da informação, do controle da publicidade e da eficiência -disponibilizados na CF de 1988, estão sendo efetivamente respeitados em favor dos consumidores.

Palavras-chave: Mecanismos eficientes para superar a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor.

VULNERABILITY OF THE CONSUMER: A PROBLEM TO BE ANALYSED.

Abstract:

The studies developed in this master's degree dissertation point the occurrences that turn the consumers vulnerable and indicate the effective laws with punitive content against the suppliers of products and services that refuse to accomplish those rules. They still indicate other alternative measures capable to avoid the consumer's vulnerability, observed now. The Code of Defense of the Brazilian Consumer– CDC - (Law 8.078/90) it is foreseen in the Federal Constitution of 1.988– CF -, due to the manifestations before presented about the need of regulation of the consumption relationships. The text demonstrates the consumer's state of vulnerable wich continues, in spite of the modernity of the rules inserted in the Code of Defense of the Consumer, that was sanctioned on September 11, 1.990, vulnerability that should be understood as a problem to be analysed and solved. The reasons of the consumer's vulnerability and economical and technical weakness are identified and mentioned: State's omission as the rules inserted in 4th and 6th CDC's; inexistence of efficient mechanisms to overcome that fragility -, besides other motivations, as the Brazilian culture, that traditionally has it's own manners of laws' interpretation, and even the vetoes presented to the Project sent to the presidential sanction wich resulted in the permanence of controversial points raised in the Project, as what it suppressed all the fines civil maids to compensate the softness of the penal sanctions and universally recognized as appropriate and suitable instrument of punishment in the area of the consumption relationships; or what was revolted against the organs instituted for the consumers defense and the consumers' participation in the formulation of the consumption politics, subject aided by the constitutional norm – foundation of the interactive democracy foreseen in the articles 6th, IV and 106th, X and XI of C.F. of 1988. To express the need that the consumer has to be protected, they are exposed in this work the historical aspects and the codified systems of protection to the consumer, your concepts, beginnings and basic rights. Adopting the several protecting norms, specially the Law no. 8.078/90 (Code of Defense of the Consumer), a general vision of the consumer's rights is presented, clearing the obligations and current responsibilities of the quality consumption relationship that it should exist. Finally, they are pointed forms to struggle the consumer's vulnerability, as the adoption of the objective responsibility elapsed to the theory of the integral risk of the activity, where the supplier assumes the risks of the damages integrally caused current of your activity; the expressive value fixation for the moral damages suffered by the consumers in reason of offensive practices of the suppliers against the consumer's personality, capable to generate alterations affective, psychological and social of your moral patrimony; the creation of new public organs or entities operating indeed in the consumers' favor, without any political interest; the State fiscalization in order to confront the constitutional beginnings: of the human person's dignity, equality, freedom, information, efficiency and of the publicity control – all of them inside CF 1988, are being respected indeed in the consumers' favor.

Keywords: Efficient mechanisms to overcome the vulnerability and the consumer's economical and technical weakness.

LISTA DE ABREVIATURAS

Adin – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CPI's – Comissões Parlamentares de Inquéritos

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil de 1.942

NCC – Novo Código Civil

ONGs – Organizações não Governamentais

Resp – Recurso Especial

s.m. – Salário Mínimo

SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO DO CONSUMIDOR	13
1.1 CÓDIGO DE HAMURÁBI; CÓDIGO DE MANU E A CIVILIZAÇÃO HINDU.....	13
1.2 O EGITO ANTIGO; O DIREITO ROMANO E, A IDADE MÉDIA.....	15
1.3 IDADE MODERNA; PERÍODO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL ATÉ O INÍCIO DO SÉCULO XXI.....	21
1.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL.....	24
2. DAS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DOS DANOS SOFRIDOS PELO CONSUMIDOR	29
2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS.....	29
2.1.1 Evolução da Responsabilidade Civil por Danos: Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor.....	29
2.1.2 Responsabilidade Civil Objetiva.....	33
2.1.3 Responsabilidade Civil Subjetiva.....	34
2.1.4 Adoção da Responsabilidade Civil Objetiva pelo CDC.....	35
2.1.5 Mitigação da Responsabilidade Civil Objetiva no caso dos Profissionais Liberais e por Vícios do Produto ou Serviço.....	36
3. DANO MORAL	42
3.1 CONCEITO DE DANO MORAL E DISTINÇÃO DE DANO PATRIMONIAL.....	42
3.1.1 Espécies de Dano Moral.....	43
3.2 DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	45
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO PATRIMONIAL E MORAL	48
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO PATRIMONIAL E MORAL AO CONSUMIDOR.....	48
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO PATRIMONIAL E MORAL DECORRENTE DE ACIDENTES DE CONSUMO.....	49
4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL DECORRENTE DOS VÍCIOS DOS PRODUTOS OU SERVIÇOS.....	52
4.4 INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL AO CONSUMIDOR.....	56
4.4.1 Apuração do Quantum Indenizatório e Critérios de Fixação.....	58
4.4.2 Valoração do Dano: Quantificação Econômica por Arbitramento do Juiz ou Aplicação das Tabelas Variáveis.....	61
5. SUPERAÇÃO DA TEORIA TRADICIONAL DO DIREITO CIVIL	64
5.1 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO CONTRATO.....	65
5.1.1 Crise no conceito clássico do contrato.....	65
5.1.1.a Fontes Acontratuais das Obrigações – A idéia do quase-contrato.....	67
5.1.1.b Interpretação da lei.....	68
5.1.1.c Interpretação do Contrato - Conceito e Função.....	70
5.1.1.d Subsídios preciosos para a interpretação dos contratos em geral.....	75
5.1.1.e Integração do Contrato.....	78

5.1.1.f Interpretação Integrativa do Contrato	80
6. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL, PRÉ-CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL	82
6.1 RESPONSABILIDADE CIVIL	82
6.1.1 Responsabilidade Civil Contratual	83
6.1.2 Requisitos da Responsabilidade Civil	85
6.1.3 Responsabilidade Pré-contratual	86
6.1.4 Responsabilidade Pós-contratual	89
7. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	92
7.1 A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO	92
7.1.1 Reflexões sobre o Princípio da Boa-Fé nas Relações de Consumo	95
7.2 A BOA-FÉ OBJETIVA	98
7.3 A APLICABILIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO	101
7.4 A BOA-FÉ SUBJETIVA	102
8. AS CARACTERÍSTICAS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	104
8.1 OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES NA ESFERA EXTRA-CONTRATUAL E CONTRATUAL	105
9. ASPECTOS E GARANTIAS JURÍDICAS PARA SUPERAR A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	108
9.1 A POSIÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL (E DIREITO COMPARADO) E UM POSSÍVEL DIÁLOGO DAS FONTES COM O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR	108
9.2 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS E TUTELA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL	110
9.3 A PRÁTICA DO CONSUMO SUSTENTADO	114
9.4 A BOA-FÉ E ASPECTOS RELATIVOS A RESPONSABILIDADE CIVIL	115
9.4.1 A Prática da Boa-Fé e a Responsabilidade Civil Objetiva para o Fabricante	115
9.5 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÕES	119
9.6 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO DECORRENTE DO PLANEJAMENTO	121
10 O EQUACIONAMENTO DA PROBLEMÁTICA DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	124
10.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE SE APLICAM ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO	124
10.2 ESTADO: ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA SANEAR O MERCADO CONSUMERISTA E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	128
CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS	143

INTRODUÇÃO

A partir da metade do Século XX, buscando modernizar-se, o Brasil deixou de ser um país eminentemente agrícola, incrementando o seu já respeitado mercado industrial e destinando atenção especial a uma política de serviços, face ao grande número da população ativa que se envolvia nesse setor da economia nacional. Desse modo, a prestação de serviços e a relação de consumo ganharam contornos significativos exigindo dos governantes a implantação de lei específica, fazendo surgir o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC - (Lei nº 8.078 de 11.09.1990).

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, surge uma nova realidade sócio-econômica e as relações de consumo estabelecem novos aspectos no mundo jurídico.

Dentro dessa perspectiva, destacam-se as garantias estabelecidas no artigo 6º do CDC, onde estão resumidos os direitos fundamentais do consumidor quanto à saúde, à vida e à segurança. A lei também estabelece segurança ao consumidor contra serviços perigosos e nocivos, contra publicidade enganosa e abusiva, contra relações comerciais que usam métodos coercitivos ou desleais, contra cláusulas abusivas inseridas nos contratos.

A lei nº 8.078/90 garante ainda a reparabilidade indenizatória dos danos patrimoniais e morais sofridos pelos consumidores e um tratamento diferenciado à parte mais vulnerável da relação consumerista, sabidamente, o consumidor.

Diante de tantas regras legais que permitem equilibrar a relação, fornecedor-consumidor, é incompreensível que o consumidor continue hipossuficiente e vulnerável, notadamente quando se observa que o Estado age de forma insuficiente e, por vezes, se coloca como parte ativa na inobservância das regras específicas e codificadas.

O foco principal desta dissertação concentra-se nas regras insertas nos artigos 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor, onde estão estampadas: a política nacional das relações de consumo, visando o atendimento efetivo das necessidades do consumidor; o respeito a sua dignidade, saúde e segurança; a proteção de seus interesses econômicos; a melhoria da sua qualidade de vida; a transparência harmônica das relações de consumo e, nos direitos básicos do consumidor.

Os incisos do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor expressam pilares fundamentais e capazes de equacionar a problemática da vulnerabilidade do consumidor, citando dentre eles: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; a imperatividade de ação governamental no sentido de proteger eficaz e efetivamente o consumidor por iniciativa direta, criando e incentivando o surgimento de Agências Reguladoras, de Associações Representativas, de Delegacias de Proteção ao Consumidor, de Juizados Especiais, de Tribunais Especializados.

Além dos pilares fundamentais elencados no parágrafo anterior, existem outros tão ou mais relevantes, quais sejam: direito à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; direito à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais; direito de acesso aos órgãos judiciários e administrativos e à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, assegurando à proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

A facilitação da defesa dos direitos do consumidor é outro direito fundamental, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do julgador existir verossimilhança na alegação ou, quando o consumidor for hipossuficiente; direito à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

A presente pesquisa propõe-se a fazer uma análise da sociedade de consumo e extrair uma visão geral do CDC brasileiro e mostrar a inexistência de aplicação de penas pecuniárias exemplares contra àqueles que não observam integralmente as regras da Lei nº. 8.078/90, apontando essa problemática a ser equacionada, inclusive através de intervenção estatal com aproveitamento dos mecanismos já existentes no ordenamento jurídico ou que por este possam ser adotados futuramente.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1. CÓDIGO DE HAMURÁBI, CÓDIGO DE MANU E, A CIVILIZAÇÃO HINDU

O **Código de Hamurábi**, formado de 282 artigos é um dos mais antigos documentos jurídicos conhecidos, e teve como base o Código de Dungi, que por sua vez adotou as antigas leis semitas e sumerianas. Mesmo tendo sido perdidos 33 artigos em razão da deterioração da coluna de pedra basáltica onde estava escrito, o Código de Hamurábi é admirado em razão das regras nele previstas, estarem sendo utilizadas em grande escala.¹

O marco inicial da responsabilidade civil se deu em Roma, nos Códigos de Hamurábi e de Manu. Neles são encontradas as raízes do princípio fundamental do *neminem laedere*, que traduzindo significa “não lesar a ninguém”.

Foi no Código de Hamurábi que constou pela primeira vez manifestação sobre dano e sua reparação. Nele, havia a preocupação em dar ao lesado a reparação equivalente ao dano que este sofreu, ou seja, se o agente causava ofensas pessoais à vítima, a reparação se dava de forma idêntica, com ofensas semelhantes. Dentre as regras bastante atuais e que já eram observadas no Código de Hamurábi, merece citação as inerentes a prestação de serviços essenciais: artigo 26 (no tocante a segurança); artigo 219 (no tocante a saúde); artigo 253 (no tocante ao fornecimento de alimentos) e, no artigo 233 (no tocante a proteção do consumidor, mesmo de forma indireta).

Hamurábi, sábio rei da Babilônia que governou entre 1800 a.C. e 1759 a.C., emprestou seu nome ao Código comentado, e mostrou-se capaz de articular uma base estável ao seu reinado.

Preocupava-se em proteger os mais fracos contra os poderosos e possibilitar uma justa e imediata reparação do dano causado pelo ofensor em favor do ofendido.

¹ CÓDIGO DE HAMURÁBI – CÓDIGO DE MANU – Exertos (livro oitavo e nono), São Paulo: Supervisão Editorial Jair Lot Vieira, 1994, p. 8-9.

É certo que o Código de Hamurábi apresentava preceitos circunscritos e casos especiais vivenciados pelo povo babilônico, decorrentes dos hábitos e costumes daquela civilização, porém, o que se sobressaiu de todos os preceitos e direcionou quase todas as normas do Código de Hamurábi foi o que preceitua: “o forte não prejudicará o fraco”.²

Não é por acaso que o rei Hamurábi formulou uma frase que se tornou célebre: “Eu sou o governador guardião, em meu seio trago o povo das terras, que o forte não oprima o fraco e para que seja feita a justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça”³

O **Código de Manu** surgiu posteriormente ao Código de Hamurábi e o fato de suas regras terem sido apresentadas em forma de versos, resultou em uma peculiaridade que mereceu destaque. Atualmente, as regras do Código de Manu constam em doze livros. Segundo os indianos, o Código de Manu teria sido redigido em meados do ano 1500 a.C. por Valmiki, considerado um santo eremita, e promulgado entre os anos de 1300 a.C. a 800 a.C.⁴

A previsão de reparação do dano decorrente do descumprimento da obrigação de prestar serviços, existente no Código de Manu, diferiu da do Código de Hamurábi, porque, neste havia a preocupação em dar ao lesado a reparação equivalente ao dano que este sofreu, ou seja, se o agente causava ofensas pessoais à vítima, a reparação se dava de forma idêntica, com ofensas semelhantes, enquanto que, naquele a reparação seria de forma pecuniária.

Essa diferença concedeu ao Código de Manu uma importância maior porque eliminou o sentido de vingança que existia entre os membros das famílias, decorrente da interminável violência física permitida pelas regras do Código de Hamurábi.

Segundo Vicente Ráo,⁵ a sistemática normativa do Código de Manu demonstrava existência de direitos à personalidade humana, o que inibia sua inviolabilidade. O Estado era entendido como proporcionador de direito e não como fins de direito. As regras normativas

² SILVA, Américo Luis Martins. *O Dano Moral e sua Reparação Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 68.

³ CÓDIGO DE HAMURÁBI – CÓDIGO DE MANU – Lei das XII Tábuas. Bauru: Edipro, 1994, p. 44.

⁴ Ibidem, p. 45.

⁵ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4ª ed. anotada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 52-53.

tinham caráter geral e buscavam a comunhão social como modo natural para a sobrevivência do homem, através de uma equação equilibrada entre as faculdades e os deveres, objetivando um aperfeiçoamento da sociedade.

Por todas essas razões, e que ainda se mostram atuais, é que o Código de Manu é tido como o mais popular código de leis reguladoras da convivência social.

A antiga **Civilização Hindu** teve como seu berço a Índia, região que apresentava uma sociedade dividida em castas, objetivando dividir o trabalho.

Existia um regime de castas, divididas de forma hierárquica: a casta dos brâmanes, que administrava a justiça e exercia as funções religiosas; a casta dos guerreiros, que além de proteger a ordem natural, exercia a função de organizar e garantir a divisão dos trabalhos; a casta dos mercadores, pastores e agricultores, considerada como propulsora e geradora de riqueza. Existia também a classe dos sudras, cuja atividade exclusiva era a de prestar serviço às castas superiores, razão pela qual, mesmo sendo remunerada para tanto, era considerada a plebe da sociedade. Por fim, abaixo dos sudras, existiam os chamados párias, considerados indignos, portanto, sem casta.⁶

Importante relevar que a concepção de divisão do trabalho naquela época obedecia à ordem da natureza. Acreditavam que a economia somente poderia progredir se obedecesse a ordem estabelecida pela própria natureza.

Serão abordados no próximo item, os direitos existentes no Egito Antigo, no Direito Romano e na Idade Média.

1.2 O EGITO ANTIGO, O DIREITO ROMANO E, A IDADE MÉDIA.

Os antigos egípcios também tinham uma sociedade dividida em castas e algumas delas subdivididas em superior e inferior, como por exemplo, a sacerdotal, onde se encontravam os praticantes das profissões mais graduadas.

6 NASCIMENTO, Walter Viera Lopes. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 44-45.

Apesar da prestação de serviços daquele tempo ser muito diferente dos serviços prestados atualmente, a lição deixada pelos antigos egípcios e que acompanhou o desenvolvimento da humanidade foi a prestação de serviços com controle de qualidade.

No **Egito Antigo** esse controle de qualidade era verificado normalmente pelo pai quando transmitia a profissão aos seus descendentes e, mais tarde, o mesmo controle era exercido pelas corporações no momento de suas estruturações.

O Direito Romano possibilitou aos antigos juristas formularem novos institutos jurídicos e cultivar o Direito com regras de realizar a verdadeira Justiça, através da prática do que é bom e do que é justo, de como viver com dignidade e honestidade, sem ofender ao próximo.

O Direito Natural, uma das mais antigas doutrinas onde razão e natureza eram interligadas entre si e indissolúveis, mostrava que o ser humano tinha o direito de ser livre, de ter saúde, educação e segurança.

Por sua vez, o Direito Positivo, apresentava suas normas, que norteavam e compunham o ordenamento jurídico, formando as diretrizes necessárias para conduzir a sociedade a nível mundial.

Extinta a realeza romana e deflagrada a revolução – 510 a 27 a.C. -, ocorreram significativas mudanças, sendo deflagrada uma greve pelos plebeus que sofreram grandes prejuízos, no aspecto econômico e político, ao contrário dos patrícios que viveram momentos de grande entusiasmo e glória. Então, os plebeus foram para o monte sagrado, paralisando por completo a parte produtiva e trabalhadora da cidade.⁷

Em busca de uma solução para o impasse que se instalou, os patrícios resolveram fazer um acordo com os plebeus, criando o *tribuni plebis*, de onde, mais tarde originou-se a figura do magistrado plebeu, que era considerado sagrado e inviolável, com direito de vetar as decisões a serem tomadas pelos organizadores da política da república.⁸

⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4ª ed. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 43.

⁸ MEIRA, Silvío. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: LTr, 1996. p. 65.

Apesar dos progressos verificados, ainda existiam lutas entre os patrícios e plebeus, fomentando discussões a respeito de como introduzir uma lei que pudesse salvaguardar os interesses e direitos comuns a todos.

Surgiu então, em 462 a.C., após os magistrados ordinários terem sido suspensos e seus poderes cassados, uma comissão composta por dez (10) membros, que tinham a função de apresentar a redação definitiva das leis, que foram elaboradas em dez tábuas, gravadas sobre bronze e carvalho, denominadas *Lex duodecim tabularum* e expostas no *comitium*, tido como o Fórum da Justiça da época. Dois anos mais tarde, foram elaboradas outras duas tábuas, contendo normas que traduziam as responsabilidades das pessoas físicas e jurídicas, tanto no direito público quanto no direito privado, concluindo assim a denominada Lei das XII Tábuas.⁹

A partir de então a Lei das XII Tábuas passou a ter grande valor na ordem jurídica e para a formação de novas leis objetivando igualar as classes sociais, tanto que, deu origem ao Direito Civil, e serviu de fonte de equilíbrio para as diferenças que existiam entre as classes sociais.¹⁰

Para a elaboração deste trabalho, importante destacar que, na Roma antiga, a prestação de serviço era considerada relação negocial de intercâmbio. Os romanos exploravam o trabalho escravo, que era comparado como um negócio qualquer, sem qualquer grau de sentimentalismo.¹¹

A contratação do trabalho escravo objetivava a execução dos serviços puramente, sem remunerar os executores dos serviços contratados, que eram tratados como escravos, e sujeitos ao poder de seu senhor, e entendidos como propriedade deste, passíveis de “locação”, denominação comum e usada pelos romanos nas contratações de máquinas, objetos e afins.

⁹ CÓDIGO DE HAMURÁBI – CÓDIGO DE MANU – Lei das XII Tábuas. São Paulo: EDIPRO, 1994. p. 134.

¹⁰ Ibidem, p. 135.

¹¹ GIERKE, Otto von. *Las raices del contrato de servicios*. Madrid: Civitas, 1989. p. 55, apud PRUX, Oscar Ivan, tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica, 2001, p. 21

Os vocábulos jurídicos “*locatio conductio rei*” ou “*locatio conductio operarum*”,¹² eram utilizados pelos romanos antigos quando contratavam a cessão de coisas, mediante pagamento. Os romanos vivenciaram nesse período uma diversidade de “*locatio*”, objetivando a prestação de serviços. E implantaram várias formas de locação, como a de coisa, de escravos e de trabalho de homem livre.

Essas situações confirmam o desprezo que os juristas destinavam aos escravos, considerados como coisa, como objeto. Os homens livres recebiam o mesmo tratamento dos escravos, pois, perdiam sua liberdade enquanto locavam seu trabalho ou prestavam serviços. Eles não eram comparados aos homens que locavam sua atividade intelectual, tida como diferencial em relação à prestação de trabalho ou de serviço, razão pela qual, os homens livres, enquanto prestavam seus serviços, eram tidos como empregados e por conta disso, tratados como escravos.¹³

Em razão das desigualdades sociais, surgiram movimentos objetivando encontrar uma ordem jurídica capaz de equilibrar as diferenças de classes sociais. A Lei das XII Tábuas teve grande importância para estabelecer uma nova ordem jurídica e para a formação de novas leis, mais justas e adequadas para equilibrar as diferenças que existiam, tanto que, deu origem ao Direito Civil.¹⁴

Novas regras surgiram, como o trabalho remunerado, o que concedeu aos trabalhadores um “*status*” diferenciado, ou seja, os que trabalhavam em troca de remuneração, passaram a ser mais valorizados.

Na **Idade Média**, o sistema precário de governo que existia causou prejuízo aos avanços adquiridos através do Direito Romano.

Os nômades, conhecidos pelas constantes mudanças que os grupos realizavam em busca de alimento, de segurança e sobrevivência, enfraqueciam o sistema de governo, que se mostrava precário e incapaz de exercer uma administração uniforme e imparcial.

¹² SILVA, De Plácido e, *Vocabulo Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 3, p. 111.

¹³ *Ibidem*, p. 112.

¹⁴ CÓDIGO DE HAMURÁBI – CÓDIGO DE MANU. Lei das XII Tábuas. São Paulo:Edipro, 1994, p. 135.

Com isso, os grupos não podiam contar com o governo para suprir a falta de segurança, surgindo então as invasões bárbaras do século V, d.C., provocando conflitos de costumes entre o povo romano e germânico.¹⁵

Esses conflitos provocaram reações entre os povos, causando prejuízos no seguimento das inovações trazidas pelo Direito Romano, notadamente na prestação do trabalho remunerado, até então não reconhecida ou regulamentada pela sociedade germânica, mais rudimentar que a sociedade romana, na época.¹⁶

Pouco progresso jurídico ocorreu no período da Idade Média, que se caracterizou pelas invasões dos bárbaros nas fronteiras do império romano, com objetivo de direcionar todo o poder nas mãos do imperador.

As inovações então existentes no Direito Romano caíram no esquecimento porque os povos vivenciaram um período de crise econômica e social. As instituições deixaram de cumprir seu papel e a realidade medieval inibiu a ocorrência de avanços.

José Reinaldo de Lima Lopes¹⁷ lembra que, esse período de invasões dos bárbaros nas fronteiras do império romano, correspondeu à tentativa de centralizar o poder legislativo nas mãos do imperador, gerando um período de crise social e econômica. Houve a barbarização dos costumes e o abandono do padrão clássico da vida civil, provocando severo descaimento das instituições.

Entretanto, foi na Idade Média que ocorreu o desaparecimento gradual da escravidão na Europa, que teve início no Direito Romano e que passou por incremento, a partir do Século XI, no velho continente. O trabalho escravo desapareceu por completo no Século XII, através do crescimento do trabalho servil.¹⁸

¹⁵ TIMM, Luciano Benetti. *Da Prestação de Serviços*. Porto Alegre: Síntese. 1998. p. 29.

¹⁶ *Ibidem*, p. 29.

¹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 65.

¹⁸ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 115.

No período medieval já se observava uma proteção indireta ao consumidor, pois, o profissional que comprovasse seu conhecimento e habilidade sobre o trabalho praticado, recebia um certificado de garantia, comprobatório da qualidade do produto que produziu.

Otto von Gierke¹⁹ informa que foi no Século XIII que surgiu o contrato de prestação de serviços domésticos, cujo modelo se aproxima aos contratos de prestação de serviços utilizados na atualidade. O contrato de prestação de serviço daquela época foi tido como uma relação obrigacional recíproca, em que uma parte se obrigava ao serviço, e a outra a remunerá-lo. No final do período medieval, atividades econômicas surgiram e já se reconhecia a dignidade do trabalho humano. O trabalho era reconhecido e louvado, enquanto a ociosidade era condenada, provocando o surgimento de variadas formas de atividades econômicas.

Grande evolução ocorreu e uma grande variedade de prestação de serviços surgiu, obrigando a estrutura legal então existente a acompanhar essa evolução.

Reconhecido o Princípio da Dignidade Humana, as mudanças na relação de consumo que se iniciaram com as Cruzadas, afetaram de forma significativa o comércio na Idade Média e proporcionaram um grande crescimento nas relações de consumo.²⁰

Em meados do Século XV, o resultado dessa evolução já era impressionante, com surgimento de novas nações e com acentuadas divisões nacionais. Novas leis nacionais foram introduzidas para regular as relações de consumo. Novas línguas, novas igrejas nacionais e obediência ao rei se acentuaram, causando maior segurança e equilíbrio na relação consumerista, alicerçando os indícios de proteção ao cidadão-consumidor que existiam, em relação aos serviços que prestavam.²¹

Em seguimento, serão abordados os aspectos históricos, jurídicos e econômicos observados após a Idade Média.

¹⁹GIERKE, Otto von. *Las raices del contrato de servicios*. Madrid: Civitas. 1989. p. 23, apud PRUX, Oscar Ivan, tese de Doutorado apresentada na Pontificia Universidade Católica, 2001, p. 27.

²⁰HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985, p. 69.

²¹Ibidem, p. 69.

1.3 IDADE MODERNA; PERÍODO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL ATÉ O INÍCIO DO SÉCULO XXI

Diante do significativo e histórico avanço da prestação de serviços verificado na Idade Média, foram necessários discutir, no período da **Idade Moderna**, novos aspectos históricos, jurídicos e econômicos, vivenciados por todos, dentre eles, o Código de Defesa do Consumidor do Brasil, que será objeto de maior observação no desenvolvimento desta dissertação.

Com a **Revolução Industrial** – verificada na segunda metade do Século XVIII -, profundas e significativas alterações sociais e econômicas marcaram o crescimento da capacidade produtiva das empresas, que deram início a fabricação em série, surgindo a revolução tecnológica, em razão do grande desenvolvimento técnico alcançado depois da Segunda Grande Guerra Mundial.²²

Em 1.789, diante da Revolução Francesa, novos princípios foram consagrados e até hoje seguidos, como o princípio da publicidade dos atos em juízo e o princípio da igualdade, hoje conhecidos como princípio do contraditório e da ampla defesa.²³

Na Idade Média, como a produção era predominantemente artesanal e manual, não existiam conseqüências mais graves na relação de consumo, porém, com a evolução do comércio e com a fabricação dos produtos em série, desajustes e desequilíbrios surgiram com freqüência, gerando conflitos na relação consumerista, porque os comerciantes não estavam preparados para acompanhar a evolução tecnológica, notadamente no controle dos produtos, causando riscos freqüentes ao consumidor, diante dos erros técnicos e de produção.

O próprio Poder Público estava defasado e deficiente em sua infra-estrutura, pois não conseguiu acompanhar o rápido crescimento das cidades.²⁴

O rápido desenvolvimento urbano aliado a mecanização do trabalho rural, provocou significativa migração dos trabalhadores rurais para as cidades, causando graves desajustes

²²ROCHA, Silvio Luis Ferreira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 16.

²³Ibidem, p. 16.

²⁴Ibidem, p. 37.

sociais e deterioração dos serviços públicos essenciais, mas, ao mesmo tempo, possibilitando rápido fortalecimento das empresas privadas que buscaram atingir o público consumidor das grandes cidades. Esse desequilíbrio deixou os consumidores vulneráveis e sujeitos as manobras oportunistas dos grandes empresários, aumentando os conflitos sociais, que também ocorrem nos dias atuais.

Os reflexos gerados pela Revolução Industrial nos setores sócio-econômico são lembrados por Carlos Alberto Bittar, ao afirmar que:

Foi com o desenvolvimento do comércio e a expansão obtida depois com a denominada Revolução Industrial que, alterado profundamente o cenário econômico, começou a manifestar-se o desequilíbrio nas relações de consumo, exacerbado no século atual em função do fenômeno da concentração de grandes capitais, em empresas industriais, bancárias, de seguros, de distribuição de produtos e outras. Polarizou-se, ademais, o conflito no setor das relações entre produtor e consumidor, atraindo-se a atenção do legislador, a nível internacional e nacional, para a edificação do regime próprio e sem prejuízo dos mecanismos normais de defesa dos contratantes.²⁵

É certo que a Revolução Industrial teve reflexos positivos e produziu aumento na quantidade física de serviços e de bens, dando origem ao sistema econômico capitalista.

Implantado o sistema capitalista, a própria sociedade passou a admitir valores imateriais como forma de parcela de riqueza, desmerecendo pensamento anterior de que riqueza correspondia á propriedade imóvel.²⁶

Como lembrado antes, a Revolução Industrial alterou profundamente o cenário econômico, originando, em razão do grande desenvolvimento, desequilíbrio nas relações de consumo, muito observado no século passado e no início deste século, em função do fenômeno da concentração de grandes capitais, fenômeno que vem trazendo preocupação constante aos que defendem a idéia de um Estado Democrático de Direito, do primado da lei, enquanto expressão máxima da vontade geral expressada pela Revolução Francesa.²⁷

²⁵BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do Consumidor*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1991, p. 9.

²⁶VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria Geral dos Contratos*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 20.

²⁷MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Sumaríssimo: solução ou entrave?*, Júris Síntese Millenium. Síntese São Paulo. p. 04.

Houve preocupação constante de que a supremacia da Constituição Federal prevalecesse como único meio de garantir aos cidadãos a tutela da justiça e da segurança nas relações contratuais.

Com o surgimento do Estado Social, alargou-se a teologia estatal, atribuindo ao Estado maiores responsabilidades, diante dos pontos negativos que surgiram em razão do desenvolvimento urbano, como bem observado por João Batista Almeida:

[...] a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento de cartéis, holdings, multinacionais e das atividades monopolistas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação em massa, com eles, o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses difusos.²⁸

Os aspectos negativos mostrados na doutrina antes citada, que se precipitaram rapidamente sobre a sociedade, marcaram, e de forma latente, a própria realidade dos interesses coletivos.

Esses importantes aspectos não podem ser ignorados, notadamente quando, através de reflexão profunda, se enxerga a realidade, já um tanto distante, no sentido de que os seres humanos desde a concepção têm direitos assegurados pelo ordenamento jurídico e tornam-se capazes e titulares dos direitos da personalidade - direito à moral, à honra, à imagem e ao nome -, inerentes a qualquer pessoa humana e ligados a ela de maneira perpétua e permanente.

São direitos não patrimoniais, inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Nesse sentido, todos da sociedade devem respeito a esses direitos, oponíveis *erga omnes*. E em caso de violação, decorre uma sanção (indenização).

Essa sanção abarca também o dano moral, que encontra guarida no âmbito da responsabilidade civil, que há séculos agasalha o princípio geral de direito sobre o qual se funda a obrigação de indenizar.

²⁸ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 3.

Assim, não mais se discute sobre a necessidade de reparabilidade dos danos causados, inclusive aos direitos da personalidade. Todavia, a questão da fixação do valor indenizatório ainda merece ajustamento.

Este estudo tem por objetivo indicar critérios para a fixação pelo Judiciário, do *quantum* reparatório, devido em razão de um dano moral praticado, partindo-se da percepção da crise e esgotamento dos modelos ofertados pelo valor simbólico ou dosimetria legal, pois, não oferecem satisfatória resposta.

Há necessidade de se estabelecer um balizamento capaz de proporcionar ao Magistrado o caminho a ser trilhado na árdua tarefa que o ordenamento jurídico pátrio lhe impõe, ou seja, o de quantificar a dor e o sofrimento da vítima.

A importância que se dá à questão é plenamente justificada ante as dificuldades encontradas pelos julgadores em estabelecer com segurança o valor da condenação, de forma a atender com propriedade a função da reparação do dano moral, diante da dificuldade de fixação de uma fórmula matemática capaz de observar fielmente os reclamos reais da justiça e o equilíbrio almejado.

Evidente que neste estudo não se pretende esgotar o tema escolhido, tampouco dar tratamento exaustivo aos seus aspectos incontroversos. A expectativa é a de apresentar novas propostas, talvez mais completas e originais, capazes de possibilitar a solução de tão relevante matéria.

O próximo item tratará das mudanças ocorridas no Direito Civil brasileiro e no Direito do Consumidor brasileiro, relatando suas evoluções.

1.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL E DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

A história evolutiva do Direito Civil Brasileiro surgiu desde as Ordenações, que regiam a área de prestação de serviços ao consumidor. Entretanto, sob o ponto de vista doutrinário, não havia legislação específica para estruturar a prestação de serviços ao

destinatário final. Isso só ocorreu no Século XVII, quando do surgimento do Direito do Consumidor, por volta dos anos 1.603 a 1.830, quando vigiam as Ordenações Filipinas.²⁹

A legislação daquela época era arcaica, nem era denominada como Direito do Consumidor, mas, sob influência da legislação portuguesa, situações esparsas vivenciadas apresentavam características de prestação de serviços.

A história do Direito Brasileiro revela que, em 1824, a Constituição do Império aboliu as corporações de ofício, ou seja, instituiu a liberdade de trabalho.³⁰

Em 1889, a Lei Áurea concedeu alforria, quando o regime escravocrata deixou de existir no Brasil, sem disciplinar um novo sistema de trabalho livre, condição que permaneceu quando os juristas elaboraram o Código Civil de 1916, aplicando a sistematização da prestação de atividade humana, razão pela qual, no texto que envolve e disciplina a prestação de serviços, foram inseridas diversas modalidades, como empreitada, mandato e locação de serviços.³¹

Diante das significativas mudanças sociais e da evolução tecnológica, observadas, houve desequilíbrio social, onde os mais fortes economicamente falando levavam vantagens, quando o contrato de trabalho se destacou, regido por ordenamento próprio – Direito do Trabalho -. Com o surgimento do Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho, a modalidade, locação de serviços, deixou de ter expressão porque boa parte das relações jurídicas, que envolvia a matéria em discussão foi incluída nas legislações citadas, que eram mais específicas e atualizadas.³²

Diante das legislações envolvendo as relações do trabalho e do consumidor, houve um rompimento da unidade do tratamento jurídico da prestação de serviços, visto que, o Direito do Trabalho passou a regular a prestação de serviços com sentido de subordinação, hierarquia e dependência econômica.³³

²⁹ LARA, Silvia Hunold. *Ordenações Filipinas*. Companhia das Letras. São Paulo. 1999. p. 192.

³⁰ PRUX, Oscar Ivan, tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica, 2001, p. 38.

³¹ Ibidem, p. 38.

³² TIMM, Luciano Benetti. *Da Prestação de Serviços*. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 39.

³³ MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 12.

Por outro lado, a introdução do Direito do Consumidor favoreceu o crescimento do mercado consumidor, que diante das ofertas de produtos e de serviços verificadas em grande escala, introduziu uma significativa liberdade contratual.

Decorrencia natural dessa evoluçao surgiu a produçao em s3rie, de bens e de serviços, que, diante da expressividade da produçao, fez aparecer a contrataçao pr3-elaborada, que inviabilizou a discussao das cl3usulas contratuais e restringiu a liberdade contratual de uma das partes contratantes – o consumidor -, que passou a ser visto como a parte vulner3vel da relaçao consumerista, diante dos esquemas pr3-estabelecidos pela outra parte contratante – o fornecedor – visto como mais forte e dominante na relaçao de consumo. Coube, ent3o, ao consumidor, a possibilidade de aderir ou n3o ao contrato, restriçao que causou grande preju3zo 3 parte mais vulner3vel.³⁴

A s3ntese da hist3ria do Direito Brasileiro, aqui relatada, culmina com o advento do C3digo de Defesa do Consumidor – CDC – (Lei n3 8.078/90), que h3 pouco, completou quinze anos de vig3ncia, e que ser3 comentada adiante.

O CDC brasileiro teve seu anteprojeto elaborado antes mesmo da promulgaçao da Constituiçao de 1.988 e ap3s longo e ponderado trabalho que lhe conferiu grande qualidade, acabou sendo enviado 3 sançao presidencial, transformando-se ent3o, com vetos parciais, na Lei n3. 8.078, de 11 de setembro de 1.990.

3 certo que o C3digo de Defesa do Consumidor brasileiro representa significativo avanço jur3dico 3 proteçao do consumidor - um dos temas mais atuais do direito em todo o mundo -; entretanto, o tema continua sendo um grande desafio desta era.

H3 pouco mais de duas d3cadas, o homem vive numa rotatividade impressionante, dentro de uma sociedade de consumo caracterizada por um n3mero sempre crescente de produtos e serviços, pelo dom3nio do *marketing* e do cr3dito, ou seja, vive em funçao de um novo modelo de associaçao.

³⁴ MACEDO JR. Ronaldo Porto, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, S3o Paulo: Max Limonad, 1998. pp. 102-103.

Esse aspecto, somado à dificuldade de acesso à justiça, deixou patente que o consumidor do Século XX necessitava de uma proteção legal autônoma, carências que foram observadas e que justificaram a elaboração do CDC brasileiro.

Não obstante, como mencionado antes, o Direito do Consumidor continua sendo um grande desafio diante de sua vulnerabilidade.

Ainda não foram disponibilizados aos consumidores os mecanismos eficientes para superar tal qualidade ou estado de vulnerável; o próprio sistema – relação de mercado entre fornecedor e consumidor - não demonstra vontade ou não apresenta solução para superar isso, talvez por conveniência daqueles que estão engajados na proteção da parte mais forte dessa relação – o fornecedor-.

Porém, o direito não pode ficar alheio a essa constatação, pelo que, uma nova mentalidade deve ser atrelada à lei, objetivando a efetiva tutela dos direitos e interesses dos consumidores.

A observância do desamparo ao consumidor - e a inexistência de mecanismos eficientes de superação -, demonstra ser imprescindível a intervenção estatal nessa matéria. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro surgiu exatamente para regular a relação de consumo e tutelar a parte mais frágil dessa relação. É cediço que esta fragilidade é multifária, que decorre ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre preço, qualidade e outras características dos produtos e serviços que são disponibilizados aos consumidores.

E o Estado deve atuar positivamente nas suas três esferas, formulando as normas jurídicas de consumo (legislativo); implementando tais normas de consumo (executivo) e, evitando os conflitos decorrentes da formulação e implementação de tais normas (judiciário).

É observada a vulnerabilidade do consumidor em nível mundial, porém, a questão toma uma dimensão ainda maior em relação ao consumidor brasileiro cuja cultura e tradição o torna mais frágil, pelo que a intervenção do Estado Brasileiro se torna necessária.

A atuação dos monopólios e oligopólios na relação consumerista, em regra não favorece o consumidor, tornando-o vulnerável e hipossuficiente, considerando também que sua fragilidade decorre de vários aspectos. O consumidor está cercado por uma publicidade crescente e muitas vezes enganosa, o que causa um desequilíbrio em razão do consumidor não estar tão organizado quanto os fornecedores.

Daí porque, toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor busca por primeiro a mesma razão do direito, ou seja, a disposição de reequilibrar a relação de consumo com práticas proibitivas ou limitativas de atuação de mercado.

Essas considerações adquirem significativa importância diante da visão geral do CDC brasileiro, considerando que a sociedade de consumo não trouxe apenas benefícios ao consumidor, muito pelo contrário, em certos casos a posição do consumidor piorou. Antes, tanto o fornecedor quanto o consumidor encontravam-se em uma situação de equilíbrio, até porque se conheciam, o que possibilitava negociar melhor o preço.

A fragilidade do consumidor não raramente possibilita a ocorrência de danos materiais e morais, o que exige a atuação do Estado, impondo mecanismos eficientes para superar esse estado de vulnerável. Porém, essa proteção estatal não pode ser setorial, mas sim integral, dinâmica e vigorosa.

Para tanto, necessário observar e cumprir o regramento de todos os aspectos da relação de consumo quer os pertinentes aos produtos e serviços, quer os considerados como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens, quais sejam, o crédito e o *marketing*.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor na modernização do capitalismo brasileiro serve como verdadeira purificação da relação consumerista, mormente quando atribui responsabilidades originárias dos danos sofridos pelo consumidor, como será demonstrado no item seguinte.

2. DAS RESPONSABILIDADES DECORRENTES DOS DANOS SOFRIDOS PELO CONSUMIDOR

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS

A Responsabilidade Civil desempenha importante papel no que se refere ao convívio social e também envolve o sentido geral de dever, obrigação e compromisso. A Responsabilidade Civil decorre de obrigação ou do surgimento de um dano. Na esfera da relação consumerista, a tarefa da Responsabilidade Civil é a de buscar o equilíbrio injustamente rompido pelo fornecedor, em detrimento do consumidor. Com isso, é possível dizer que a reparação do dano, trata-se de pressuposto indissociável da Responsabilidade Civil.

Com esse intróito, procurando evitar afastamento do estudo sobre o tema, a evolução da Responsabilidade Civil por Danos será abordada a seguir.

2.1.1 Evolução da Responsabilidade Civil por Danos: Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor

O instituto da Responsabilidade Civil consiste no dever de reparar o dano causado a alguém, através do devido ressarcimento. Essa obrigação surge da inexecução de um contrato ou da lesão a um direito subjetivo.

A Responsabilidade Civil traduz verdadeira sanção quando imposta á alguém que violou uma norma jurídica, permitindo o restabelecimento do *statu quo ante* da norma ofendida. Sua função é dupla, pois, além de garantir o direito do lesado à segurança, serve como sanção civil de natureza compensatória sob a forma de reparação civil do dano causado à vítima.³⁵

35 BOLSON, Simone Hegele. *Direitos do Consumidor e Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2.002. p. 17.

A Responsabilidade Civil teve sua origem em Roma, nos Códigos de Manu e de Hamurábi, onde são encontradas suas raízes, através do princípio fundamental do *neminem laedere*, que exprimia a premissa de “não lesar a ninguém”.

Antes da civilização romana, havia a vingança coletiva contra o agressor que ofendesse um dos componentes do grupo. Essa modalidade evoluiu posteriormente para a vingança privada, quando os homens agiam com as próprias mãos, aplicando suas vinganças através da conhecida “Pena do Talião”, cuja regra sacramentava a forma de se vingar: “*olho por olho, dente por dente*”.

Porém, ao contrário do pensamento comum, a construção da Teoria da Responsabilidade Civil não surgiu diretamente do Direito Romano, mas sim, das atividades extraídas da vida prática, notadamente dos julgamentos realizados pelos juízes romanos, de onde foi elaborada a Teoria da Responsabilidade Civil, e que acabou por influenciar o direito pátrio.

A evolução da Responsabilidade Civil, na história do Direito Romano, é observada desde a vingança privada (primeira fase), passando para a segunda fase da evolução, em que a reparação do dano se deu com a intervenção do Estado, onde ficou estabelecida a pena pecuniária, ou seja, a reparação pecuniária do dano. Com a *Lex Aquilia de damno*, ficou estabelecido que se o agente tivesse culpa, seu patrimônio deveria suportar o ônus da reparação do dano, ficando nesse caso a culpa como fundamento de sua responsabilidade.

As sanções da *Lex Aquilia* se estenderam aos danos causados sem o estrago físico e material da coisa ou por omissão, onde o Estado passou a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima aceitar a composição, e essa composição tinha caráter de pena privada, “reparação”.

Nessa época não havia distinção entre Responsabilidade Civil e Penal. Com a queda do Império Romano, o estudo do Direito Romano permaneceu esquecido, sendo reiniciado na Idade Média pelos glosadores, quando surgiu a distinção entre Responsabilidade Civil e Penal.

O Direito e a Responsabilidade Civil acompanharam a evolução verificada entre os períodos da Idade Média e Moderna, seguindo as Teorias Francesas, especialmente a de Domat, que abrangiu a Responsabilidade Civil. A noção moderna da Responsabilidade Civil adveio da doutrina francesa e do Código Napoleônico (1.804), que adotou a Teoria da Responsabilidade Civil e acabou influenciando outras legislações, dentre elas, o Código Civil Brasileiro.

O Código Napoleônico trouxe a Teoria da Culpa, pressuposto da Responsabilidade Civil do agente, originando assim, a Teoria Subjetiva.

Com o surgimento das máquinas, ocorreu um avanço tecnológico e o crescimento da indústria. A sociedade deixou de ser agrária e passou a ser industrial, criando um número maior de empregos e ensejando a produção de bens em massa. Essa evolução influenciou e refletiu no Direito e na teoria da Responsabilidade Civil, pois a Responsabilidade Subjetiva já não mais atendia o que a sociedade industrial exigia, pois os danos então ocorrentes apresentavam ser de outra natureza. Exemplo típico dessa afirmativa: se durante a jornada de trabalho acontecesse um acidente, em que o trabalhador fosse vítima de uma máquina, não era possível apurar a culpa ou saber se o empregador poderia se eximir dela em face de ser o funcionário o usuário da máquina.

Com o avanço tecnológico, problemas surgiram, e diante do clamor da sociedade, foi necessário readaptar o Direito aos novos tempos e problemas vivenciados, surgindo então a Responsabilidade Civil Objetiva, onde a culpa se tornou irrelevante, considerando somente a noção de risco.

O Código Civil Brasileiro do início do Século XX refletiu a tendência da época, e adotou a Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, lembrando que, naquela época não havia no País indústrias de grande porte, e os conflitos sobre responsabilidade civil, eram os de uma sociedade agrária, observada no Código Napoleônico, que serviu de espelho para o nosso ordenamento civilista.

Com o Brasil mais desenvolvido e já industrializado, o Código Civil tornou-se inapto para resolver os problemas que se apresentavam. Com isso, as doutrinas e jurisprudências, passaram a edificar os alicerces da Responsabilidade Civil Objetiva, adotada pela primeira

vez através da Lei de Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro (Decreto-Lei n.º 2.681/12).

Posteriormente, adveio a Lei de Acidentes do Trabalho (Decreto nº 24.637/34) e em outras específicas, até chegar à promulgação do moderno Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, que versa sobre a Responsabilidade Civil Objetiva, que será objeto de estudo mais especificado, na seqüência deste trabalho.

É essencial analisar os pressupostos necessários para configuração da Responsabilidade Civil, notadamente por haver divergências entre os estudiosos do direito, carecendo melhor definição a respeito se, os pressupostos da Responsabilidade Civil decorrem da culpa e da imputabilidade, ou se será necessária a existência do dano, do fato e da antijuricidade.

Nesse quadro divergente, foram destacados como pressupostos necessários à responsabilização civil:

Ação comissiva ou omissiva – se apresenta sob a forma de um ato ilícito ou lícito, e o fundamento da responsabilidade é a culpa, e paralelo a esta há também o risco, mas sabe-se que nem sempre toda obrigação decorre de ato ilícito, como por exemplo, o caso da reparação nos acidentes de trabalho.

Dano moral ou patrimonial – decorre de um ato comissivo ou omissivo do agente ou terceiro; sabendo-se que não haverá responsabilidade civil sem a ocorrência de um dano a alguém.

Nexo de causalidade - nexos entre o dano e a ação; não existe responsabilização civil sem vínculo entre a ação e o dano; não se deve esquecer que há causas excludentes do nexo causal, e os casos são de culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente da vítima e o agente, e por culpa comum (esse é o caso em que a vítima e o agente causam juntos os danos).

Os pressupostos necessários acima destacados devem estar presentes nas modalidades: Responsabilidade Civil Objetiva e Responsabilidade Civil Subjetiva, que serão estudadas nos próximos itens.

2.1.2 Responsabilidade Civil Objetiva

Vale lembrar a posição doutrinária adotada pelo jurista João Batista de Almeida, que afirmava: “[...] a regra basilar da responsabilidade civil no direito privado, é a responsabilidade com culpa, derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana”.³⁶

Porém, esse pensamento não correspondeu as novas demandas da sociedade industrial, porque se mostrou inadequado para as relações de consumo, quer pelas dificuldades de se demonstrar à culpa do fornecedor, pois era este o titular que detinha os meios de produção e acessos aos elementos de prova; quer pela inviabilidade de acionar o vendedor ou prestador do serviço, que só depois de incansáveis tentativas se conseguia responsabilizar o fornecedor originário; quer ainda pelo fato de terceiros, vítimas do mesmo evento, não se beneficiariam da reparação. Então, a doutrina e jurisprudência, principalmente à francesa, se empenharam em obter soluções às lides não resolvidas pela Responsabilidade Civil Subjetiva. Em decorrência, surgiu a teoria da Responsabilidade Civil Objetiva, independente de culpa, para a reparação dos danos pelo fato do produto ou do serviço.

O Código de Defesa do Consumidor consagra que o fornecedor responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados por defeitos ou insuficiência e inadequação de informações, em relação aos produtos e serviços que colocou no mercado - artigos 12 e 14 -, em outras palavras, aqui não interessa saber se foi o empregado ou o empregador que agiu culposamente, mas sim, se deram causa à produção ou colocação do produto no mercado de consumo (esta é a responsabilidade pelo fato do produto).

Uma vez consagrada à Responsabilidade Civil Objetiva do fornecedor, não se discute sobre a existência de culpa, pois, para a reparação de danos, basta demonstração do nexo causal, do dano passível de ressarcimento, e sua extensão. A regra de Responsabilidade Civil Objetiva do fornecedor pelo fato do produto ou serviço tem uma exceção - quanto à responsabilidade dos profissionais liberais -, pois esta só se verifica mediante a comprovação de culpa (art. 14, § 4.º do CDC).

³⁶ ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1.993, p. 92.

O fundamento da responsabilidade em estudo é o risco, e consiste na obrigação de indenizar o dano causado pelo culpado, sem necessidade de se indagar sobre o comportamento do mesmo.

Na Responsabilidade Civil Objetiva a atividade que gerou o dano é lícita, e aquele que a exerce terá o dever de indenizar apenas pelo nexo de causalidade, ou seja, quem se beneficia com alguma coisa tem que responder pelos riscos ou desvantagens que causou.

Quanto à responsabilidade do fornecedor, Hélio Zaghetto Gama, diz:

Cabe ao fornecedor provar que o seu produto ou serviço é bom e de boa qualidade. Cabe ao fornecedor provar que não causou prejuízo quando acontece um acidente de consumo. {...} Pelo princípio da responsabilidade objetiva o ônus da prova fica invertido; cabe ao fornecedor provar que é inocente, que não causou prejuízos, que o seu produto é de boa qualidade ou que continha as quantidades previstas. Responde ele independentemente de culpa nos acidentes de consumo.³⁷

No Direito Brasileiro, a Responsabilidade Civil Objetiva foi adotada pelo Decreto-Lei nº 2.681/12 (Lei da Responsabilidade das Estradas de Ferro); pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86); pelo Código de Mineração (Decreto-Lei nº 277/67); pelo artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal (Responsabilidade do Estado) e por fim, pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC – (Lei nº 8.078/90).

2.1.3 Responsabilidade Civil Subjetiva

A Responsabilidade Civil Subjetiva atendeu as expectativas de épocas passadas, onde os conflitos se originavam de uma sociedade agrária e com pouca atividade industrial. Em razão de um novo modelo social e econômico vivenciado atualmente, a Responsabilidade Civil Subjetiva caiu em desuso, devido ao grande crescimento das indústrias, com produção massificada, tornando insuficiente para reger as exigências da sociedade moderna.

A teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva tem como fundamento à culpa. No ordenamento jurídico pátrio, regra geral, o que vigora é o dever de ressarcir pela prática de ato ilícito decorrente da culpa.

³⁷ GAMA, Hélio Zaghetto, *Curso de Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 2.002, p. 73.

Maria Antonieta Zanardo Donato afirma que: “A teoria subjetiva, não se mostra á caracterização do dano e o correspondente dever de indenizar, mas sim o dano decorrente do comportamento culposo do agente é que gerará o dever de indenizar”.³⁸

A ilicitude decorre de um ato praticado com culpa pelo agente, e que esteja em desacordo com a norma jurídica, capaz de violar direito subjetivo individual e causar prejuízo á outrem.

A culpa pode ocorrer nas modalidades, contratual e extracontratual. A culpa contratual decorre de um dever contratual violado, fundamentando a Responsabilidade Civil Contratual; por sua vez, a culpa extracontratual deriva da violação de direito, do desrespeito ás pessoas e aos bens alheios, fundamentando a Responsabilidade Civil Extracontratual ou Aquiliana.

2.1.4 Adoção da Responsabilidade Civil Objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor

A Responsabilidade Civil Objetiva foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor – artigos 12 ao 18 -, e se caracteriza mesmo que não exista culpa do agente.

O Código de Defesa do Consumidor adotou a Responsabilidade Civil Objetiva, para assegurar ás vitimas, o ressarcimento imediato e mais completo possível, sem necessidade de comprovar a culpa do agente.

A motivação maior da adoção da Responsabilidade Civil Objetiva pelo CDC decorreu da injusta relação de consumo existente entre o fornecedor e o consumidor - entendido como hipossuficiente e a parte mais vulnerável dessa relação -.

A Responsabilidade Civil Objetiva observada no Código de Defesa do Consumidor é aplicável em todas as relações de consumo, incorrendo ao fornecedor a obrigação de indenizar o consumidor pelos danos que causar á este.

³⁸ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: Conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1.993, p. 214.

O inciso VI, do artigo 6º, do mesmo diploma legal indica que o fundamento da indenização integral é o risco da atividade exercida pelo fornecedor, no qual está submetido, pelo que, não poderá o fornecedor alegar, como fatores excludentes de sua Responsabilidade Civil Objetiva, a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Na prática, a aplicação da Responsabilidade Civil Objetiva nas relações de consumo, representou um grande instrumento para a defesa dos direitos dos consumidores, pois, na maioria dos casos, era muito difícil apurar a culpa do agente.

Embora a Responsabilidade Civil Objetiva tenha sido acolhida pelo Código de Defesa do Consumidor, algumas causas excludentes que mitigam a Responsabilidade Civil Objetiva são observadas no artigo 12, § 3º, incisos I, II e III, do mesmo diploma legal, onde está previsto que, o fornecedor só não será responsabilizado quando provar: I: que não colocou o produto no mercado; II: que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III: a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

2.1.5 Mitigação da Responsabilidade Civil Objetiva no caso dos Profissionais Liberais e por Vícios do Produto ou Serviço

A regra geral do Código de Defesa do Consumidor é a da Responsabilidade Civil Objetiva, em que se desconsideram os aspectos subjetivos da conduta do fornecedor, mas, em alguns casos, como citado no item anterior, o fornecedor poderá se eximir da responsabilidade de reparação dos danos, arguindo a inexistência do nexo de causalidade entre sua atividade e o dano produzido.

A primeira possibilidade excludente da Responsabilidade Civil Objetiva do fornecedor, prevista no Código de Defesa do Consumidor, é observada quando o fornecedor consegue provar que não colocou o produto no mercado, de forma voluntária e consciente, ou seja, que o produto foi colocado no mercado à sua revelia. Esta circunstância exime o fornecedor da Responsabilidade Civil Objetiva decorrente do defeito ou falsificação apresentado pelo produto.

Contudo, o fornecedor não se eximirá da responsabilidade na hipótese do produto defeituoso ser colocado no mercado gratuitamente, com o fim de ajudar pessoas carentes.

A segunda possibilidade excludente da responsabilidade do fornecedor decorre da inexistência de defeito ou vício do produto, pois se assim não fosse, e o produto apresentasse defeitos, a responsabilidade seria do fornecedor.

A terceira possibilidade de excludente trata da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, sendo este qualquer pessoa que não esteja relacionada no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, pois neste, tem-se de um lado o consumidor e de outro o fabricante, produtor e construtor.

Nesse caso, caberá ao fornecedor demonstrar a culpa do consumidor ou do terceiro, através do instituto da inversão do ônus da prova.

Relativamente ao caso fortuito ou força maior, a regra do artigo 393, do Código Civil vigente diz que, “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”, o que leva a interpretar que tais casos são considerados casos excludentes de responsabilidade na esfera do Direito Civil. Todavia, cumpre anotar que tais casos não estão relacionados entre as causas de excludentes da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço.

O fornecedor não pode alegar caso fortuito ou força maior para se eximir da responsabilidade, antes da introdução do produto no mercado, pois, nesse caso o fornecedor tem o dever de garantir que seu produto não sofrerá nenhuma alteração, passível de causar risco a saúde e segurança do consumidor.

A respeito do assunto, o doutrinador Zelmo Denari comenta:

Quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura no nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso, Nem tem cabimento qualquer alusão ao defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir. Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer,

fica afastada a responsabilidade do fornecedor pela inoccorrência dos respectivos pressupostos.³⁹

Zelmo Denari⁴⁰ entende que a excludente citada não se aplica ao comerciante atacadista ou varejista, pois consta no art. 13 do CDC que este é parte nas relações de consumo e que sua responsabilidade, é subsidiária, tendo então nesse caso o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causa do dano.

E o responsável - fabricante, produtor, construtor -, não pode deixar de indenizar no caso de acidente de consumo, com base no artigo 12, § 3º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, sob o fundamento de que o dano ocorreu por culpa exclusiva do comerciante, entendendo este como terceiro. Para o caso, parece mais adequado condenar o fornecedor e, este, se for o caso, propor ação de regresso contra o comerciante.

Em entendimento contrário, é possível alegar que os artigos citados não fazem distinções, e por isso não cabe ao intérprete fazê-las. O fundamento legal dessa contrariedade segue no sentido de que a responsabilidade subsidiária do comerciante, prevista no artigo 13, do Código de Defesa do Consumidor, é diferente da responsabilidade principal estabelecida no artigo 12, do mesmo diploma legal.

Em se tratando de acidente de consumo, tem-se que o comerciante pode sim ser responsabilizado, nas seguintes hipóteses:

1. Como terceiro, quando ficar demonstrada a exclusividade de sua culpa no evento danoso, nos termos do inciso III, § 3º do artigo 12 do CDC.
2. Como parte, ou seja, quando o fabricante ou produtor, não puder ser identificado, ou os produtos não forem conservados adequadamente (artigo 13, incisos I, II e III, do CDC), o comerciante será responsável subsidiariamente.

O artigo 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor abre também uma exceção ao princípio da objetivação da responsabilidade civil por danos. O artigo citado trata do

³⁹ DENARI, Zelmo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1.998. p. 119.

⁴⁰ Idem, *Ibidem*. p. 119.

fornecimento de serviços por profissionais liberais e prevê que a responsabilidade destes será apurada mediante a verificação de culpa.

Advogados, engenheiros, médicos e dentistas, são exemplos de profissionais liberais prestadores de serviços que estabelecem uma relação de consumo direto, com os clientes e pacientes. E, por isso respondem pela reparação dos danos causados por defeitos da prestação de serviços, por informações insuficientes ou inadequadas. Mas essa responsabilidade decorre da comprovação de culpa do profissional; assim sendo, o consumidor tem a seu favor a inversão do ônus da prova, conforme regra inserta no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, incumbindo ao profissional provar em juízo, que não cometeu equívoco, não foi negligente, imprudente ou imperito em sua função.

Nos contratos que vinculam os profissionais liberais com seus clientes está presente o *intuitu personae*, eis que, os clientes ou pacientes contratam em razão da total confiança no profissional liberal. Este só será responsabilizado se ficar demonstrada sua culpa subjetiva, em qualquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

E nos contratos entre pacientes e profissionais liberais, prevalece à regra da máxima *pacta sunt servanda*, que estabelece negociação entre as partes e igualdade dos poderes contratuais das mesmas, devido aos consumidores serem considerados hipossuficientes.

A exceção contida no § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor somente se aplica á obrigação de meio, ou seja, aquela que o profissional liberal não garante o seu resultado.

Nos casos de obrigações de resultado, em que o profissional se obriga a alcançar determinado fim, para cumprir sua obrigação, a responsabilidade do profissional liberal será objetiva.

Quanto à responsabilidade objetiva dos profissionais liberais, a questão não está consolidada, porque, mesmo para as obrigações de resultado ainda se busca a necessidade de apurar a culpa. E a crítica que se faz a esse respeito, é que se assim fosse, não teria razão incluir os profissionais liberais no rol dos prestadores de serviço; bastaria continuar com as regras previstas no Código Civil, que tutela as relações entre profissionais liberais e clientes.

O que deve ser destacado é que, a finalidade do Código de Defesa do Consumidor é a de proteger os consumidores dos profissionais que prometem um resultado positivo ao paciente.

Os casos de responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, mencionadas nos artigos 18 a 25, do Código de Defesa do Consumidor exprimem certas divergências sobre a configuração da responsabilidade: se na modalidade subjetiva ou objetiva.

O artigo 23 do mesmo diploma legal diz que: “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”. Isso significa que a responsabilidade civil objetiva, ou seja, a responsabilização objetiva do fornecedor de produto ou serviço, está caracterizada no artigo 18, e seguintes do Código de Defesa de Consumidor, e sendo assim, não há dúvidas que a intenção ou objetivo, é a efetiva proteção e reparação de danos ao consumidor. E, o dever de reparar surge com a ocorrência dos vícios de qualidade ou quantidade, que tornem o produto impróprio e inadequado ao consumo a que se destina, ou que diminua seu valor ou ainda que apresente desigualdade entre o conteúdo líquido e suas indicações.

Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, comenta sobre a responsabilidade solidária dos fornecedores pelos vícios de qualidade ou quantidade:

A responsabilidade dos fornecedores pelos vícios de qualidade ou quantidade é solidária, de sorte que o consumidor, constatado a impropriedade ou inadequação do consumo, a diminuição de seu valor, ou a disparidade entre o conteúdo líquido e suas indicações, tem o direito de exigir a substituição das partes viciadas, assim como as soluções previstas nos incisos I a III do art. 18, de todos os fornecedores, de alguns, ou somente de um dos que efetivamente participaram da cadeia de fornecimento do produto inseridos na relação de consumo.⁴¹

Deve ser ressaltado que, somente no § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, há atenuação, mitigação ou abrandamento, onde se apura a responsabilidade do agente mediante sua culpa, mas, nas outras situações, a responsabilidade será objetiva, pois o princípio da responsabilidade objetiva é base da proteção dos consumidores. Então, no caso

⁴¹ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. São Paulo, Editora Saraiva, 2.002, p. 102.

dos vícios por inadequação ou quantidade, não há que se falar em mitigação da responsabilidade objetiva.

A linha mestra do CDC é a da Responsabilidade Objetiva, cuja premissa é a de aplicar a disposição mais pertinente ou relevante para o consumidor, reservando inclusive a possibilidade de indenização por dano moral quando a imagem e a honra do consumidor são expostas e denunciadas publicamente, de forma indevida, conforme previsão da Seção V – Da Cobrança de Dívidas – artigo 42, do mesmo diploma legal.

As situações vexatórias em que os consumidores são expostos merecem análise específica, pela qual, serão apresentadas no item seguinte algumas considerações quanto ao dano moral decorrente, com objetivo de deixar os consumidores mais esclarecidos e conscientes de seus direitos.

3 DANO MORAL

Não se pode afirmar que o valor do dano moral tem a ver com uma perda no sentido econômico, porque tal dano visa compensar um abalo psíquico da pessoa, geralmente provocado por uma conduta culposa do ofensor. De tal forma que, podem caracterizar o dano moral, os prejuízos experimentados tanto pelas pessoas físicas como jurídicas, que não constituam dano material e que não sejam de cunho econômico. Esse tema, de significativa relevância será abordado adiante com maior propriedade.

3.1 CONCEITO DE DANO MORAL E DISTINÇÃO DE DANO PATRIMONIAL

O dano é pressuposto da Responsabilidade Civil e a Doutrina pátria resume que o dano é decorrente de qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos.

O dano pode ser moral (extrapatrimonial) ou patrimonial. O dano patrimonial advém do ato lesivo ao patrimônio material de alguém; o dano moral se caracteriza por lesões causadas de forma direta ou indireta a interesses não patrimoniais (não econômicos) da pessoa física, jurídica ou até mesmo da coletividade, que afetam a imagem da pessoa, e que a coloca em situações vexatórias ou ridículas. Seriam aqueles danos que atingem os aspectos íntimos da personalidade humana, como por exemplo, o da intimidade, da consideração pessoal e da reputação da pessoa do consumidor.

Assim, a inclusão do dano de cunho moral no conceito se justifica na concepção de que se devem resguardar todos os interesses legítimos dos titulares de direitos, tanto os patrimoniais como os extra-patrimoniais, sancionando-se, por consequência, todas as transgressões havidas na prática, qualquer que seja a lesão.

Carlos Alberto Bittar, conceitua danos morais como:

[...] lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que

atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Contrapõe-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado.⁴²

O dano moral ocorre quando a paz interior de uma pessoa é afetada, ou quando é atingindo o sentimento, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo o que não tem valor econômico, mas que causa dor e sofrimento a um indivíduo.

Assim, tem-se que os prejuízos experimentados pelas pessoas, físicas ou jurídicas, que não constituam dano material, que não sejam de cunho econômico, podem caracterizar o dano moral.

3.1.1 Espécies de Dano Moral

Como já mencionado, o dano moral decorre da ofensa ou violação aos bens de ordem moral de uma pessoa, como a intimidade, a privacidade, a honra, a liberdade, a imagem e, de acordo com o inciso VI do artigo 6º do CDC, deve ser indenizado. Várias espécies de danos morais são observadas: Dano Moral Objetivo, Dano Moral Subjetivo, Dano Moral à Imagem Social, Dano Moral Direto ou Puro, Dano Moral Indireto ou Reflexivo.

O Dano Moral Objetivo fica caracterizado quando atingidos os direitos da pessoa no aspecto privado e público. Os direitos da pessoa no aspecto público que podem ser atingidos são aqueles inerentes à vida, à liberdade, ao trabalho, enquanto que, os direitos da pessoa no aspecto privado que podem ser atingidos são os de caráter íntimo e pessoal, ou seja, o direito ao nome e à honra. Os direitos privados independem de provas; decorrem quando um cidadão de bem sofre injusta privação de liberdade, cujo ato por si só imputa desonra, humilhação e constrangimento ao cidadão. São, pois, presumidos.

O Dano Moral Subjetivo se caracteriza quando a pessoa é ofendida em seus valores íntimos. Este tipo de constrangimento integra, e é absorvido pelo dano moral à pessoa; mas

⁴² BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2.002. p. 68.

pode constituir-se em dano autônomo, quando apenas a dor está sendo objeto de reparação. É o caso da perda de um filho único e de tenra idade, em razão de um acidente automobilístico provocado por um motorista que dirigia seu veículo, embriagado.

O Dano Moral à Imagem Social decorre quando é atingida a imagem da pessoa no meio social em que vive. O conceito de dano moral originário de ato lesivo a imagem social da pessoa é diferente do conceito de dano moral decorrente de ato lesivo que viola a imagem da pessoa. O uso da imagem da pessoa, sem autorização desta, caracteriza ato lesivo, passível de caracterizar dano moral objetivo, porque a imagem violada representa a própria pessoa.

Existe a possibilidade de em um mesmo caso ocorrer os dois tipos de dano moral, além do dano patrimonial. Essa hipótese ocorrerá quando um órgão da imprensa publica uma foto de uma autoridade ou personalidade pública, sem sua autorização, e em anexo a foto, o órgão também faz publicar uma reportagem cujo conteúdo seja capaz de confundir o leitor e depreciar a imagem profissional e social da autoridade ou personalidade pública, diante da proximidade da foto com o texto publicado. Desse ato, resulta violada a imagem social, e a imagem pessoal da autoridade ou personalidade pública, provocando dano moral à imagem social.

O Dano Moral Direto ou Puro decorre do direito a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, ao decoro, dos direitos decorrentes dos atributos pessoais, como o nome, a capacidade e o estado de família. São direitos inerentes da personalidade e tidos como bens extra-patrimoniais. Caracteriza quando ocorre lesão de um interesse que visa a satisfação de qualquer bem extra-patrimonial. Este dano se exaure nas lesões relacionadas à personalidade, como no caso de injúria que atinja a pessoa, e a submete a uma sensação desagradável.

O Dano Moral Indireto ou Reflexivo decorre dos efeitos de atentados contra o patrimônio ou contra outros elementos materiais que compõem o acervo jurídico e que tem valor afetivo para o ofendido provocam o dano moral na espécie indireto ou reflexivo, e são passíveis de ressarcimento.

3.2 DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A primeira manifestação sobre o dano moral e a correspondente reparação, ocorreu no Código de Hamurábi. Ali, o legislador se preocupou em garantir ao lesado a reparação equivalente ao dano sofrido. De tal forma que, se o agente causasse ofensas pessoais à vítima, a reparação ocorreria de forma idêntica, na mesma proporção das ofensas perpetradas contra a vítima.

O Código de Manu apresentou conceito primário de dano moral e a sua respectiva indenização, ao estabelecer que a vítima do dano seria ressarcida com valor pecuniário, arbitrado pelo legislador. As regras insertas nos parágrafos 237 e 239 do Livro IX de referido Código concediam poderes ao Rei, para nos casos de revisão do processo, aplicar pena de mil panas, aos juízes responsáveis por condenações injustas.

Na época da civilização romana, todo ato considerado lesivo ao patrimônio e à honra de uma pessoa, ensejaria a devida reparação, tanto no aspecto patrimonial, quanto no moral. No parágrafo 13 da Lei das XII Tábuas, consta que se o tutor causar algum prejuízo ao tutelado, deve ser condenado a pagar o dobro ao fim de sua gestão.

Nas legislações civilistas de países como a França, Itália e Alemanha, são observadas idéias contidas na legislação civil brasileira, quanto ao dano moral e a indenização devida.

A legislação civil alemã estabelece que, se alguém causar lesão no corpo ou na saúde de outrem, passível de privar a liberdade do lesado, este poderá exigir a título de dano moral, satisfação em dinheiro.

O código civil da Itália, nos casos determinados por lei, também admite a reparação de dano, em valor pecuniário, desde que seja equivalente a lesão.

Foi no Século XII, através da legislação civil francesa, que surgiu a idéia de reparação do dano, atualmente regulamentada pelo artigo 1.382, que estabelece: “todo ato ilícito de qualquer pessoa, que cause dano a terceiro, obriga este a reparar o ato praticado”, e abrange os bens materiais e imateriais.

No Brasil, como já foi mencionado antes, o dano moral e o seu ressarcimento surgiram em razão da doutrina e da jurisprudência, pátrias, não podendo ser desprezada a existência de

artigos inseridos na legislação civil brasileira, prevendo a reparação do dano moral, inclusive a possibilidade de extrair dentre os artigos, o princípio geral de reparação do dano moral.

Antes da regra inserta no artigo 5.º, incisos V e X, da Constituição Federal do Brasil de 1.988, já se mencionava o princípio geral da Responsabilidade do Dano Moral, disposto nos artigos 1.537, 1.538, 1.543, 1.547 a 1.550, do Código Civil Brasileiro de 1.916 - alterados pelos artigos 948, 949 e 953 do Código Civil de 2.002 -, que cuidavam da liquidação das obrigações por ato ilícito, e, principalmente, do artigo 159 do mesmo diploma legal.

O artigo 159 do Código Civil de 1.916, alterado pelo artigo 186 do Código Civil de 2.002, deixava uma lacuna quanto à reparação do dano moral, mas nem por isso o agente causador de um evento danoso estaria isento de repará-lo, pois o dispositivo do artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil expressava que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com os princípios gerais do direito”, fazendo com que por meio de uma interpretação lógica indutiva, o magistrado poderia julgar pela reparabilidade do dano moral, e tendo como referência, as regras de liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos.

A Constituição Federal de 1.988, veio suprir essa falha da Lei Civil, ao estabelecer, através do artigo 5.º, inciso V, que “é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem”, e no inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, assegurando assim, o direito a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.

A Constituição Federal ao prever e amparar o dano moral influenciou a introdução de dispositivos no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, relacionados ao dano moral e sua devida indenização.

A previsão constitucional quanto ao dano moral foi importante, porque possibilitou a introdução da respectiva reparação. Relevante lembrar que, antes mesmo da vigência do Código Civil de 1.916, o Decreto-Lei nº 2.681/12 já observava responsabilidade civil em razão de acidentes ocorridos nas estradas de ferro, expressando a obrigação do transportador de indenizar os danos causados aos passageiros das linhas de trens, independente de sua culpa. Tratava-se da denominada Responsabilidade Civil Objetiva, e que atualmente é

utilizada para solucionar os conflitos advindos do transporte oneroso de passageiros, pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

Merece destaque o artigo 21 do citado Decreto-Lei, por dispor sobre a indenização do dano moral estético: “no caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas como tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz, ser arbitrada uma indenização conveniente”.

Observa-se que, a intenção, ao mencionar “a indenização conveniente, arbitrada pelo juiz”, foi a de caracterizar a indenização pelo dano estético como dano moral. Os acidentes ferroviários também geram danos de ordem extra-patrimonial, ao procurar compensar a dor no aspecto físico e psíquico dos passageiros, decorrentes dos acidentes.

Em seguida, será abordada a questão da responsabilidade civil decorrente de dano patrimonial e moral.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO PATRIMONIAL E MORAL

Qualquer atividade que envolve a relação de consumo está sujeita a ocorrências de dano, no aspecto patrimonial ou moral, ensejando a Responsabilidade Objetiva do causador do prejuízo – fornecedor do produto ou serviço -.

Tanto a responsabilidade patrimonial quanto a moral pode ser contratual ou extracontratual: esta decorre da lei, aquela de um contrato de consumo.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO PATRIMONIAL E MORAL AO CONSUMIDOR

O fundamento da Responsabilidade Civil do fornecedor é a teoria da qualidade, tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual.

A teoria da qualidade diz respeito à qualidade dos produtos ou serviços fornecidos ou prestados pelos fornecedores, e se isso não for cumprido significa que o fornecedor descumpriu o seu dever, surgindo então os efeitos contratuais (inadimplemento contratual, ônus de suportar os efeitos da garantia do vício) ou os efeitos extracontratuais (obrigação de substituir os bens viciados).

Simone Hegele Bolson, sustenta:

A exigência da qualidade, sustentáculo da Teoria da Qualidade, no Código Consumerista, adota duas direções: a da segurança e da adequação dos produtos e serviços. A primeira diz respeito aos chamados vícios de qualidade por insegurança e decorre dos produtos e serviços defeituosos, sendo regida pelos artigos 12 a 17; enquanto a segunda é referente aos chamados vícios de qualidade por inadequação (artigos 18 e seguintes – do CDC).⁴³

Da lição citada, destacam dois tipos de responsabilidade: a responsabilidade pelos acidentes de consumo (pelo fato do produto ou serviço ou pelos vícios de qualidade por insegurança) e, a responsabilidade por vício do produto ou serviço (pelos vícios de inadequação ou quantidade), que podem decorrer de responsabilidades contratuais ou

⁴³ BOLSON, Simone Hegele. *Direito do Consumidor e Dano Moral*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 124.

extracontratuais. Em ambas as hipóteses, há a necessidade de reparação dos danos morais ou patrimoniais, pois como mencionado antes, é direito básico do consumidor, a reparação dos danos patrimoniais ou morais - artigo 6º, VI, do CDC -.

Antonio Joaquim Fernandes Neto entende que, a teoria dos vícios de qualidade por inadequação tem que observar, “o desempenho dos produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento da finalidade em acordo com a expectativa legítima do consumidor”.⁴⁴

Fernandes Neto, na mesma obra afirma que: “Ocorre acidente de consumo quando o produto ou serviço não oferece segurança que dele se espera e causa danos ao consumidor, (art. 12 e 14), esses defeitos de informação equiparam-se aqueles acidentes sobre qualidade intrínseca do produto ou serviço e tem o mesmo efeito: geram a obrigação de indenizar”.⁴⁵

O que se observa é a preocupação em garantir o direito básico do consumidor. Tanto o produto quanto o serviço prestado sem as seguranças que deles se espera, basta a configuração de danos ao consumidor para gerar a obrigação do fornecedor em indenizar o consumidor.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO PATRIMONIAL E MORAL DECORRENTE DE ACIDENTES DE CONSUMO

Com objetivo de tutelar a integridade física e psíquica do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor prevê que o fornecedor responderá independentemente de ter agido com culpa, pelos acidentes de consumo, ou seja, responderá pelos danos que causar ao consumidor, sejam eles patrimoniais ou morais, por defeitos da prestação de serviços (defeitos intrínsecos), e também por vícios de informação (defeitos extrínsecos).

A questão colocada se refere quanto à responsabilidade pelo fato do produto (artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor) e pelo fato do serviço (artigo 14 do Código de Defesa

⁴⁴ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*, Belo Horizonte, Atlas, 2.002, p. 67.

⁴⁵ Idem, *Ibidem*, p. 86.

do Consumidor). Os operadores do direito classificam essa responsabilidade como: *responsabilidade civil por acidentes de consumo*.

Zelmo Denari, citando Simone Hegele Bolson, diz:

[...] os acidentes de consumo são infortúnios que prosperam após o advento da produção e do consumo em massa. Esses infortúnios originam-se nos defeitos dos produtos e serviços colocados e oferecidos no mercado pelos fornecedores, esses são os vícios de qualidade, e ainda os vícios de informação que ocasionam os acidentes de consumo se não houver instruções sobre a utilização do produto ou ainda não tiverem clareza e precisão as mesmas.⁴⁶

Ocorrem com relativa frequência, acidentes de consumo em face dos defeitos que os produtos apresentam. Duas categorias de defeitos se apresentam: defeitos juridicamente relevantes – artigo 12, caput, da Lei n.º 8.078/90 – (estes são capazes de causar danos à saúde ou segurança do consumidor se o defeito for de criação, concepção, produção, fabricação, informação, comunicação) e, os defeitos juridicamente irrelevantes para a responsabilidade civil, e que não se referem às imperfeições que constam no artigo 12, caput, da citada lei, mas, que decorrem da prática culposa do consumidor ou terceiro (que fazem parte do rol das causas excludentes da responsabilidade civil - artigo 12, § 3º, da mesma regra legal -).

Assim, se não existir defeitos no produto ou quando inexistir defeitos no serviço, não há que se falar em responsabilidade civil.

A responsabilidade quanto ao fato do serviço, esta prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Diz citado artigo: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

⁴⁶ DENARI, Zelmo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense FU, 1.998. p. 133.

§ 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido.

§ 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro;

Toda prestação de serviço deverá ser fornecida ao consumidor com segurança e só assim ficará afastada a hipótese de responsabilidade do fornecedor.

Os acidentes de consumo podem ocasionar danos patrimoniais e morais.

Nos casos de defeitos nos produtos, a responsabilidade será do fabricante, independentemente de culpa, ou do comerciante se o fabricante não puder ser identificado (artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor) e nas hipóteses de defeito do serviço, o responsável será quem prestou o serviço (artigo 14, caput do mesmo Código).

A reparação do dano moral que surgirá devido aos acidentes de consumo, pode decorrer de violação à vida, à honra, à integridade psíquica e física, à intimidade e até mesmo a imagem social do consumidor lesado.

Então, se houver ofensa aos direitos da personalidade da pessoa do consumidor por fato do produto ou de serviço, a responsabilidade do fornecedor ou de quem prestar o serviço será objetiva.

O serviço é defeituoso quando há vícios de informação (informação inadequada e insuficiente sobre os riscos) ou defeitos da prestação de serviço, quando não fornece a segurança que o consumidor dele espera.

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL DECORRENTE DOS VÍCIOS DOS PRODUTOS OU SERVIÇOS

Os artigos 18 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor tratam da responsabilidade por vício do produto, de forma mais ampla que o Código Civil quando dispõem sobre os vícios redibitórios.

A responsabilidade expressada nos artigos 18 a 25 do CDC se refere à tutela econômica do consumidor pelos vícios por inadequação e quantidade, dispondo que o consumidor será indenizado tanto pelos danos materiais como pelos danos morais que advierem dos vícios dos produtos e serviços.

Mesmo que seja mais comum a ocorrência do dano patrimonial ao consumidor, em vista de que os vícios dos produtos ou dos serviços atingem o bolso do consumidor, caberá também o dano moral em relação ao consumidor, quando os respectivos vícios afetarem os direitos de sua personalidade.

Então, o dano moral será devido tanto nos acidentes de consumo, como nos vícios de inadequação, tratando-se de um direito de todo e qualquer consumidor que se sentir lesado, mesmo que na fixação do quantum da indenização, os tribunais se mostrem tímidos na fixação do respectivo valor.

Há necessidade de se estabelecer algumas regras quanto aos vícios de qualidade, quantidade ou informação: 1) conforme regra do artigo 23 do CDC, o fornecedor não tem o direito de alegar que desconhece a qualidade de um produto que está oferecendo; 2) de acordo com o artigo 18 do mesmo CDC, todos os fornecedores de produtos, duráveis ou não que interagiram na cadeia de consumo, serão responsáveis solidários quanto aos vícios ocorridos; 3) o artigo 51, inciso VI, do CDC, estabelece que nenhum contrato pode prever a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; 4) o fornecedor não pode deixar de assegurar a garantia dos produtos e serviços que oferece (artigos 24, 50, 51 e seus incisos I, II, XV, e 74, todos do CDC).

Em se tratando de vício de qualidade ou quantidade, é necessário estabelecer as diferenças entre vício redibitório e vício de qualidade ou quantidade.

O artigo 441 do Código Civil vigente dispõe que: “A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”. Isso significa que uma vez descobertos os vícios redibitórios podem dar causa à resolução do contrato ou ao abatimento do preço.

É o que prevê a regra do artigo 442 do mesmo diploma legal: “Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (artigo 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço”.

Os vícios de qualidade ou quantidade podem ser ocultos, aparentes ou de fácil constatação possibilitando ao consumidor o reparo do dano de forma rápida, com as devidas substituições das partes com defeitos ou até mesmo de todo o produto, a restituição do valor pago, indenização por perdas e danos ou o abatimento do preço a despeito de garantir ao fornecedor o prazo de 30 dias para substituição da parte viciada (caput do artigo 18 do CDC, parte final). Se o prazo for convencionado, não poderá ser inferior a sete dias nem superior a 180 dias (§ 2º do artigo 18 do mesmo Código).

Diz Hélio Zaghetto Gama: “Nesses trinta dias ou no prazo convencionado o consumidor fica à mercê do fornecedor, que tem a faculdade de encontrar soluções para o reparo”⁴⁷.

O prazo corre contra o fornecedor, e é contado em dias corridos. O fornecedor então tem 30 dias para reparar o dano (e não há interrupção para contagem deste prazo, a contagem prossegue quando o consumidor retorna ao fornecedor), se, por exemplo, em 10 dias devolver ao consumidor o produto reparado, e o vício persistir, o fornecedor terá apenas 20 dias para efetivar ou completar o reparo.

Se o consumidor for uma ou mais vezes ao fornecedor, somam-se os dias que este tem para fazer o reparo, e se ultrapassar o prazo, o consumidor terá as prerrogativas do artigo 18, incisos I, II e III, do CDC.

⁴⁷ GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2.002, p. 146.

De acordo com o artigo 18, § 3º do referido Código, o consumidor não é obrigado aguardar o prazo de 30 dias, se o produto for essencial ou se o reparo contribuir na diminuição do valor do bem no mercado, podendo exigir imediatamente as prerrogativas conferidas pelos incisos do artigo citado.

Em caso de haver vício de quantidade no produto (peso ou medida inferiores ao anunciado), o consumidor poderá exigir, alternativamente, ou a sua escolha, as prerrogativas encontradas no artigo 19 do CDC, que são: abatimento proporcional do preço, complementação do peso ou medida, a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo (nesse caso se não for possível a substituição do produto viciado por outro da mesma espécie, marca ou modelo, o consumidor pode exigir a substituição por outro de espécie marca ou modelo diversos) ou a restituição da quantia paga, devidamente corrigida.

Se houver vício de qualidade ou informação no serviço, o consumidor poderá utilizar os critérios estabelecidos no artigo 20 do CDC (reexecução do serviço, restituição da quantia paga ou abatimento proporcional e pode ainda exigir que a reexecução seja prestada por terceiro por conta e risco do fornecedor).

Terá o consumidor a faculdade de escolher a melhor opção. Por outro lado, o fornecedor não terá a faculdade de escolher e tampouco retardar o atendimento à opção indicada pelo consumidor. Havendo atraso no atendimento da opção indicada, o consumidor terá o direito de exercitar a alternativa e assim alterar a opção que entender mais conveniente.

Quanto aos serviços impróprios (artigos: 18, § 6º, incisos I, II e III e; 20, § 2º, ambos do CDC), o fornecedor não poderá deixar de devolver a quantia paga pelo consumidor, e nem deixar de trocar ou reexecutar imediatamente o serviço, pois fornecimento de produto impróprio como sendo próprio, constitui ilícito.

Para caracterizar a responsabilidade por vício redibitório, será necessário que a coisa seja recebida, em razão da existência da relação contratual. Também, será necessário que o defeito oculto tenha sido verificado na época da alienação. Em uma relação jurídica de consumo esses requisitos são dispensáveis para caracterização dos vícios de qualidade ou quantidade.

O artigo 445 do Código Civil vigente dispõe que: “o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento do preço no prazo de 30 (trinta) dias se a coisa for móvel, e de 01 (um) ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade”. Esse prazo contar-se-á da tradição.

§ 1.º - Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em se tratando de bens móveis; e de 01 (um) ano, para os imóveis.

Quanto á responsabilidade pelo vício do produto, o artigo 26, inciso I e II do CDC, pressupõe que o consumidor terá 30 (trinta) dias para reclamar dos vícios aparentes ou de fácil constatação, se o produto for não durável; ou 90 (noventa) dias se tratar de produtos duráveis. A contagem deste prazo inicia-se a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços. Essa é a regra do § 1º do artigo 26, do mesmo diploma de Defesa do Consumidor.

É oportuno acrescentar ainda que a responsabilidade dos fornecedores pelos vícios de qualidade ou quantidade do produto é solidária, e uma vez constatado pelo consumidor a inadequação do produto, sua impropriedade, diminuição de seu valor, disparidade entre o conteúdo líquido e suas indicações, o consumidor terá o direito de exigir a substituição das partes viciadas; a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou o abatimento proporcional do preço (incisos I, II e III do artigo 18 do CDC), e o consumidor poderá exigir as hipóteses acima relacionadas, de todos os fornecedores, de alguns, ou apenas de um, dos que participaram da cadeia de fornecimento do produto.

Quanto a isso, Helio Zaghetto Gama explica que “o mesmo ocorre quanto às constantes na oferta ou na mensagem publicitária (artigo 18 e 19 do Código do Consumidor)”.⁴⁸

⁴⁸ GAMA, Helio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 160.

De acordo com o § 3.º do art. 18 do CDC, o consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas antes mencionadas, sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto (por exemplo, um produto de alta precisão tecnológica), diminuir-lhe o valor (motor em veículo novo) ou se tratar de produto essencial (alimentos).

Em relação aos produtos *in natura* (aqueles colocados no mercado de consumo sem sofrer nenhum processo de industrialização, embora tenha sua apresentação alterada em decorrência de embalagem ou acondicionamento), o responsável perante o consumidor é o fornecedor imediato (pequeno, médio ou supermercado), com exceção quando for possível identificar claramente seu produtor e o fornecedor demonstre que o perecimento ou inadequação do produto se deu por culpa do produto.

4.4 INDENIZAÇÃO DO DANO MORAL AO CONSUMIDOR

A fragilidade dos consumidores é conhecida e por isso, freqüentemente sofrem violações tanto patrimoniais como morais.

A violação moral ocorre sempre quando o consumidor for lesado em seus direitos personalíssimos, ou seja, quando essa violação decorre do fornecimento de produto ou serviço defeituoso que foi distribuído ou prestado pelos fornecedores de produtos ou serviços.

Sempre que houver lesão quanto aos direitos da personalidade do consumidor, o causador do dano será responsabilizado objetivamente, e ainda será devida a indenização do dano moral.

Simone Hegele Bolson, se expressa sobre o tema: “O termo indenização é derivado do latim *indemnis* (indene), de que se formou no vernáculo o verbo indenizar (reparar, recompor, recompensar, retribuir) em sentido genérico exprime compensação ou retribuição monetária realizada por uma pessoa á outra”.⁴⁹

⁴⁹ BOLSON, Simone Hegele, apud REYS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 144.

O termo indenização exprime a idéia da existência de um dano, ou seja, de que alguém teve seu patrimônio diminuído e isso lhe causou um prejuízo.

A palavra indenização do dano moral, não tem o mesmo significado da palavra indenização utilizada para a reparação do dano material, pois neste há existência de um prejuízo econômico, o que não ocorre quanto ao dano moral. O objetivo da indenização por dano moral é dar ao ofendido uma satisfação capaz de amenizar sua dor, e ainda mais, servir de castigo ao causador do dano, para que não venha cometer mais nenhum atentado contra outra pessoa.

Pode-se dizer, que a indenização por dano moral tem dois objetivos, um satisfativo e outro punitivo. Satisfativo quando o valor da condenação satisfaz a vítima plenamente, ou seja, o *quantum* é adequado e efetivo; punitivo quando a condenação é suficiente para que o ofensor não venha causar outros prejuízos a mais ninguém.

Ocorre que os Tribunais, no tocante à fixação do *quantum*, acaba não atendendo o caráter satisfativo da indenização, e a vítima quase sempre não se satisfaz com o valor fixado, por ser de pequeno valor.

Nem sempre a indenização cumpre seu papel de satisfazer ou amenizar a dor da vítima, ficando demonstrado com isso, que os juízes nem sempre avaliam o dano moral de forma adequada; a justificativa reside nas dúvidas que o julgador possui quando do julgamento de um caso concreto, ou seja, se cabe ou não o dano moral. Em existindo essa dúvida, o magistrado poderá fixar indenização incompatível com o dano moral sofrido.

É muito comum ocorrer á insatisfação da vítima com a indenização que lhe foi conferida, lembrando que, para se calcular a indenização, não há um valor mínimo ou máximo a ser seguido, sendo esta tarefa do magistrado, sem considerar que a dor de uma vítima pode não ter preço, e é exatamente nesse plano que a justiça deveria ser mais generosa com as vítimas, principalmente com aquelas que possuem nível econômico não satisfatório.

É interessante ressaltar que, o que pode parecer satisfatório para uma pessoa, pode não o ser para outra. Exemplificando o caso de um valor pequeno arbitrado, a título de indenização de um dano moral, pode amenizar a dor de uma empregada doméstica; mas, se o

mesmo valor for arbitrado a um magistrado, pode não satisfazer o dano moral sofrido pelo juiz, nunca se esquecendo que, os dois, em uma relação de consumo são considerados consumidores vulneráveis. O valor da indenização é um assunto polêmico diante da impossibilidade de se saber efetivamente, qual é o valor que vai satisfazer por completo a vítima.

Estudos realizados demonstram que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo o dano moral, fixando da forma mais razoável possível, o valor aferido a título de indenização.

4.4.1 Apuração do Quantum Indenizatório e Critérios de Fixação

No que diz respeito à responsabilidade pelo dano moral ao consumidor, demonstra ser tarefa difícil a fixação do *quantum* indenizatório, pois este, na maioria das vezes, não satisfaz a pretensão do consumidor, pois é fixado em valor muito baixo, não correspondendo como uma prestação justa e efetiva. Por outro lado, deve ser denunciado o surgimento de uma verdadeira “indústria do dano moral”, devido ao grande aumento de ações indenizatórias verificadas ultimamente.

Quanto à questão levantada no item anterior, deve ser considerado que o Brasil ainda está em pleno desenvolvimento consumerista, portanto, não muito organizado nesse setor, o que possibilita a ação de um grande número de maus fornecedores, contra os direitos dos consumidores, trazendo muitos problemas para os consumidores vulneráveis e hipossuficientes.

Por isso, é que o juiz ao julgar uma ação de indenização por dano moral deve agregar à sua convicção, valores éticos, para a fixação do *quantum*, para que se torne efetiva a punição ao causador do dano e resulte positivada a satisfação do lesado.

Os critérios que podem ser utilizados para aferir o *quantum* da indenização devem seguir duas concepções: a subjetiva e a objetiva. A concepção subjetiva - mais utilizada pela jurisprudência - tem como objetivo a satisfação dos prejuízos sofridos pela vítima e, a concepção objetiva - utilizada analogicamente -, é adotada quando se busca a satisfação dos

danos morais pelos valores estabelecidos pela Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações); Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), encontrando embasamento ainda em *standarts* jurídicos, como dados estatísticos e o pré-estabelecimento de determinadas condições.

As leis que foram mencionadas estabelecem um valor máximo para as indenizações, o que provoca muitas críticas, pois há entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que alguns artigos dessas leis não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1.988, em face do dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, inciso V.

No entanto, percebe-se que há discussão quanto à fixação do valor indenizatório, ou seja, há discussão se o valor da indenização deve respeitar limites, mínimo e máximo, fixados legalmente, a exemplo do que estabelece a Lei de Imprensa, ou deve ser entregue, como quer a lei, ao arbítrio prudente do Magistrado, a este cabendo estimar livremente o *quantum*, verificadas as particularidades do caso concreto.

Da concepção expressada no parágrafo anterior, é possível admitir que o arbitramento legal da responsabilidade de reparar o dano moral se encontra com seus dias contados.

O doutrinador, Clayton Reys⁵⁰, observa que não existe a possibilidade de uma lei ordinária (infraconstitucional) estabelecer um valor máximo para as indenizações em virtude do que consta na Carta Magna. Como não foram recepcionados pela Constituição, entende-se que foram derogadas implicitamente, podendo, as vítimas que se sentirem lesadas pela fixação dos valores de sua indenização, arguirem a inconstitucionalidade de tais dispositivos.

Deve-se ter em mente, que a reparação pecuniária do dano moral não indeniza, de maneira satisfatória, o dano, e nem poderia, por se tratar de agressão íntima sofrida pelo ofendido.

Muito se questiona sobre a possibilidade da exacerbação da sanção pecuniária, que, caso ocorra, causará graves conseqüências à moralidade individual ou social.

⁵⁰ REYS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 149.

A prudência consistirá em punir moderadamente o ofensor, para que o ilícito não se torne, causa de ruína maior. Mas, em nenhuma hipótese, a sanção deverá se mostrar complacente com o ofensor obstinado, que, se não punido exemplarmente, poderá cometer outros ilícitos semelhantes.

Com efeito, condenar um trabalhador que recebe um salário mínimo a pagar indenização em valor pouco acima de seu salário, seria um disparate. No entanto, a mesma quantia seria motivo de escárnio por parte do ofensor mais abastado.

Assim, o remédio a ser aplicado, deve ser compatível com a situação econômica do ofensor, sob pena de se fazer do Direito, letra morta.

Observa-se, ainda, preocupação no que diz respeito à possibilidade de especulações desonestas por parte dos que pretendem receber indenizações. Para evitar especulações desonestas, conta-se com o bom senso dos juízes, que haverão de rejeitar pedidos, deduzidos por quem não tenha legitimidade, e arbitrar com moderação o montante da reparação.

A vítima de uma lesão quanto aos direitos que não tem cunho patrimonial, deve receber uma indenização que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, sempre atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Não pode ser tão grande se convertendo em fonte de enriquecimento, e nem tão pequena para que se torne inexpressiva.

Então, tem que haver equivalência entre a dor e o valor pecuniário; a indenização não pode ser meramente simbólica, de modo a perder o caráter punitivo que ostenta, como também não pode ser excessiva, de modo a gerar um verdadeiro enriquecimento sem causa da vítima e insuportável penalidade ao agente.

O entendimento vai no sentido de que, o valor da indenização - de caráter compensatório - deve ser razoavelmente expressivo, e não irrisório ou simbólico, pois é necessário que o ofensor sinta de fato o prejuízo financeiro causado pela indenização, como fator de desestímulo, a fim de evitar reincidências, mas deve haver comedimento, como forma de impossibilitar que o instituto seja transformado em mera fonte de enriquecimento.

Deve haver um juízo de razoabilidade, a fim de que não se desvirtue o *quantum* em fonte de riqueza. Mas, o valor irrisório ou pouco significativo diante da realidade econômica do ofensor, certamente, excluiria relevante aspecto que deve ser atendido pelo julgador, ou seja, o caráter sancionador da indenização.

4.4.2 Valoração do Dano: Quantificação Econômica por Arbitramento do Juiz ou Aplicação das Tabelas Variáveis

Possível afirmar que, a valoração do dano moral é assunto difícil, tendo em vista que, cabe ao juiz, mesmo estando adstrito às leis, determinar a quantificação do dano moral, de acordo com sua discricionariedade, ou seja, de acordo com sua consciência. Todavia, assim como em qualquer decisão judicial, a valoração do dano moral, esta relacionada com o poder do juiz e a ética que se dá no exercício desse poder.

No que diz respeito ao poder do juiz na fixação do *quantum*, tanto a doutrina quanto a jurisprudência indica divergências: algumas decisões seguem o pensamento de que o valor do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz, é o caso do *arbitramento puro*, em que o juiz não utilizará tabelas tarifárias, e sim considerará as características de cada caso, como indicado por Simone Bolson: “[...] o potencial ofensivo do ofensor, a condição social do ofendido, etc, atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, outros entendem que existe a possibilidade do juiz fazer uso dos critérios mencionados, mas usando de tabelas variáveis, que fixam valores mínimos e máximos para quantificação do dano moral”.⁵¹

A mesma autora indica outros critérios que são utilizados pelo juiz, para fixação do *quantum* indenizatório, com base no arbitramento puro:

[...] a natureza do dano, a intensidade do sofrimento, a gravidade e repercussão da ofensa, a capacidade econômica financeira do ofensor, a posição social do ofendido, a possibilidade do ofensor voltar a praticar o mesmo evento danoso, a reincidência do ofensor na prática do evento danoso. Além disso, o embasamento fundamental estaria nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais atenderiam ao caráter compensatório da indenização⁵².

⁵¹ BOLSON, Simone Hegele, apud REYS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 152.

⁵² *Ibidem*. p. 152.

Com referência ao uso de tabelas variáveis na fixação do valor da indenização, Simone Hegele Bolson citando o doutrinador Clayton Reys, explica que, “[...] as tabelas tarifárias se subdividem em dois segmentos: danos morais decorrentes de ação física e danos morais decorrentes de ação psíquica”⁵³.

Dentre os danos morais decorrentes de ação física encontra-se a lesão física transitória leve (ferimentos), a lesão física permanente grave (aleijão) e a lesão gravíssima (morte). A fixação, por salário mínimo (s.m.) se dará da seguinte forma:

Lesão leve – mínimo de 10 s.m. e no máximo – 100 s.m.

Lesão grave – mínimo 100 s.m. e máximo – 300 s.m.

Lesão gravíssima – mínimo 300 s.m. e máximo 10.800 s.m.

Quanto aos danos morais decorrentes de ação psíquica, os mesmos podem causar lesão psíquica leve, com indenização de (mínimo – 5 s.m. e máximo – 50 s.m.), lesão psíquica grave (mínimo – 50 s.m. e máximo 500 s.m.) e, ainda lesão psíquica gravíssima (mínimo – 500 s.m. e máximo – 2.600 s.m.).

Do quadro acima, observa-se que o critério mais adequado é o que se dará por arbitramento puro pelo juiz, ou seja, aquele em que o magistrado usará eticamente o seu poder discricionário, respeitando cada caso em concreto e ainda atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, se esquivando da utilização de tabelas variáveis, pois se sabe que estas têm o salário mínimo como medida na valoração do dano moral, e como é evidente, o salário mínimo no Brasil não atende as necessidades básicas das pessoas, motivo pelo qual, parece não servir como referência econômica para aferir a indenização por dano moral, mas mesmo assim, existem várias decisões onde os juizes adotaram como embasamento, o critério da utilização de tabelas.

Ocorrendo circunstâncias agravantes - má fé ou perversão - será aplicado um *plus* indenizatório pelos danos punitivos.

⁵³ BOLSON, Simone Hegele, apud REYS, Clayton. *Avaliação do Dano Moral*, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 154.

A punição do causador do dano só será efetiva se este pagar uma quantia em dinheiro, compatível com o dano sofrido pela vítima. Aqui não se questiona se o dinheiro cumpre ou não a função de compensação e reparação do dano, mas sim o fato de ser a única maneira de punir exemplar e eficazmente o ofensor, atingindo seu patrimônio econômico. Como o Brasil segue um modelo capitalista, o dinheiro para a vítima poderá não reparar o dano causado, mas, propiciará maior conforto ao ofendido.

Apesar desse maior conforto propiciado ao ofendido-consumidor, importante registrar a necessidade de buscar novas alternativas de superação, efetiva, da vulnerabilidade do consumidor, o que será demonstrado no item seguinte, mediante exposição de novos modelos e idéias, utilizadas ao momento presente.

5. SUPERAÇÃO DA TEORIA TRADICIONAL DO DIREITO CIVIL

O estudo realizado mostra a possibilidade de adoção de novos paradigmas, com visão atualizada e adequada sobre o contrato, seus efeitos pré-contratual, contratual e pós-contratual, que se mostram de grande importância para preservar o direito do consumidor.

Luis Edson Fachin⁵⁴ em sua introdução a Teoria Crítica ao Direito Civil, afirma que há lugar para uma nova codificação civil que se proponha a enfrentar, sem delongas, o desafio que consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio. Um novo Direito Civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidades traduzem a proposta do tempo que se faz agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por estabelecer. Os sinos dobram para reconhecer o fim da concepção insular do ser humano e o liame indissociável entre o Direito e crítica na releitura⁵⁵ de estatutos fundamentais do Direito privado.

No horizonte a vencer, o que se diz é tão relevante quanto como se diz. Daí, a perspectiva inadiável de revirar a praxe didática. Sair da clausura dos saberes postos à reprodução e ir além das restrições que o molde deforma. A produção das regras de direito como ato de nascimento da vida e não certidão de óbito a ser estampada no museu das praxes.

Principiar a semeadura com a crítica às classificações de base, inserindo-as no contexto jurídico, e delas extraíndo a seiva possível que possa fluir. E aí, afixar no mural da mitificação as dicotomias e seus papéis da desordem lógica que harmoniza, contrapondo Direito Objetivo – Direito Subjetivo e que separa, privando do público o lado privado das coisas e das pessoas.

Aprender o Direito Civil como parte da emolduração teórica de raso alcance prático, e para isso, volver a crítica aos critérios distintivos no domínio intelectual construído.

Remar às origens no estudo que não censura as fontes do Direito Civil brasileiro, antes enaltece o oculto; um Direito Civil que, a rigor, jamais se resumiu à norma civil. Sobreponderar que as pessoas não são apenas os indivíduos e seus códigos. As pessoas

⁵⁴ FACHIN, Luis Edson, *Teoria Crítica ao Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000. pp. 1,5,6.

⁵⁵ Idem, *Ibidem*, 2000. p. 6 apud CORREAS, Oscar, *El neoliberalismo en el imaginário jurídico*, 1996, p. 11.

olvidadas pelo Código Civil brasileiro estão na origem das histórias narradas sem as características e cicatrizes do seu tempo.

Esse paradigma, defendido pelo Professor Fachin, obriga a todos a entender a crise e trocar efetivamente as práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio, como forma de superação da teoria tradicional do Direito Civil, em busca de um novo Direito Civil, o que será feito parcialmente neste capítulo, utilizando um dos pilares fundamentais: o contrato.

5.1 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO CONTRATO

O Código Civil brasileiro não estabelece um sistema ideal e adequado de interpretação e integração do contrato. Por essa razão é que os intérpretes do contrato ainda encontram dificuldades e continuam caminhando na busca de um novo Direito Civil. Dentro desse pensamento, a questão será debatida nos itens que seguem.

5.1.1 Crise no conceito clássico do contrato

O conceito clássico de contrato que existia antes da industrialização e massificação das relações contratuais não mais se adaptou à realidade socioeconômica do Século XX.

Do acordo de vontades o que sobressaia era a aparência e não a realidade; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra e mostraram desigualdade entre os contratantes – um contratante era o autor efetivo das cláusulas, enquanto o outro era mero aderente -.

Essa desigualdade comprovava que não havia efetivamente liberdade contratual e nem a necessária justiça contratual.

Como observado por Gaston Morin⁵⁶ o voluntarismo, ou seja, a concepção tradicional de contrato estava em declínio e, o citado autor preconizava “a revolta dos fatos contra os códigos”, o declínio e o fim da concepção clássica do contrato.

A crise mencionada por Fachin, ou seja, a concepção tradicional de contrato estava efetivamente em declínio e possibilitou transformações e rejuvenescimento.

Novas doutrinas com fortes vertentes socialistas surgiram no final do Século XX, provocando problemas sociais, obrigando que o Estado Liberal aplicasse a primeira e importante intervenção nas relações privadas, fazendo surgir um novo regime para os contratos de trabalho, que representou importante transformação da teoria contratual.

A própria Igreja Católica propôs, em suas encíclicas⁵⁷ a mudança de uma moral individual para uma ética social, que representava uma doutrina socialista e um enfrentamento das idéias marxistas e do liberalismo selvagem. A Igreja considerava que a razão do Estado era o de amparar os direitos dos cidadãos e velar pelo bem comum.

No início do Século XX, Jhering propôs o exame dos fins substanciais do direito, dos fins práticos das normas jurídicas, integrando elementos sociais na ciência do direito, o que representou o ponto de partida da chamada “Jurisprudência dos Interesses”,⁵⁸ de muita valia para os juízes interpretarem as leis e preencherem as lacunas que havia nos instrumentos legais, mas sem se descuidar do caso concreto em julgamento.

Porém, a teoria de Jhering não sensibilizou o legislador do Direito Civil da época, pois temas de relevância – abuso de direito, responsabilidade por dano, a teoria da base do negócio jurídico, a onerosidade excessiva, a proteção da confiança nas relações contratuais -, só foram disciplinadas legalmente no pioneiro Código Civil italiano de 1.942, após a Segunda Guerra Mundial.

⁵⁶Clássicas tornaram-se as exposições de Gaston Morin, “Lês Tendances actuelles de la théorie lês contrats” in: Revue trimestrielle de droit civil, XXVI, 1937, pp. 553 e ss., veja também Weil/Terré, p. 67. Em 1945 Morin escreveria a pequena brochura La revolte du droit contre lê code, com expressivo subtítulo: “La revision nécessaire dès concepts juridiques”.

⁵⁷Primeira encíclica social do Papa Leão XIII, “*Rerum Novarum*”, 1.891, publicada em Documentos Pontifícios, Ed. Vozes, Petrópolis, 1985.

⁵⁸Assim Larenz, *Metodologia*. 2002. pp. 53,59.

A tendência mundial de socialização do Direito Civil não teve grande repercussão legislativa no Brasil, notadamente na área do Direito dos Contratos, tendo surgido somente três novas leis: sobre inquilinato, promessa de compra e venda e seguros, o que pouco representava diante da significativa socialização do Direito Civil verificada em outras partes do mundo.

Claudia Lima Marques⁵⁹ afirma que, no caso brasileiro, a crise da concepção clássica de contrato só teve solução na década de oitenta, com a edição da nova Constituição Federal e, do Código de Defesa do Consumidor – CDC -, que causou efetivo e significativo reflexo no campo contratual, eis que, o CDC se propôs a restringir e regular, através de normas imperativas o espaço antes reservado totalmente para autonomia de vontade, instituindo como valor máximo á equidade contratual.

5.1.1.a Fontes Acontratuais das Obrigações – A idéia do quase-contrato

O Professor Miguel Maria Serpa Lopes⁶⁰ relata que a ordem jurídica não podia escapar a essa lei que rege, de um modo geral, todos os fenômenos da vida -a causalidade-.

Todo o efeito decorre de uma causa. Assim também acontece no Direito.

As obrigações que vinculam as pessoas, gerando uma série importante de efeitos, se assentam no acordo de vontades, que é denominado *contrato*.

Outras figuras – que geram obrigações - existem, e que não são originárias de acordo de vontades, e vivem fora do âmbito dos contratos. São as obrigações denominadas como *fontes acontratuais*, que formulam a idéia do *quase-contrato*.

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, O novo regime das relações contratuais*, Edição: Revista dos Tribunais, São Paulo. 3ª ed. 2002, p. 87.

⁶⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa, *Curso de Direito Civil. Fontes Acontratuais das Obrigações: Responsabilidade Civil*, Vol. 5. 5ª Edição, Freitas Bastos Editora, pp. 9, 10.

Essas obrigações devem ser entendidas como aquelas originárias de matérias estranhas às obrigações oriundas do contrato, como a denominada *responsabilidade extracontratual* comumente empregada para abrigar as relações decorrentes da *culpa aquiliana*.

O Código Civil brasileiro não contemplou a idéia do *quase-contrato*, a exemplo do Código Civil italiano, alemão e suíço, razão pela qual, o estudo sobre a questão deve seguir fora deste trabalho, com reflexão positiva no sentido de aferir se essas obrigações surgidas fora do contrato, necessitam de uma legislação própria e adequada para se estabelecer uma classe especial de obrigações.

5.1.1.b Interpretação da lei

É relevante mencionar que o Código Civil brasileiro não cuidou de estatuir um sistema de interpretação do negócio jurídico, dentre eles o contrato. Esse tema foi deixado a cargo da doutrina e jurisprudência, o que ainda causa alguma dificuldade aos intérpretes do contrato.

Entretanto, há uma regra codificada, de fundamental importância que está inserida no artigo 112 do Novo Código Civil –NCC: “Nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem”.

O artigo 113 do mesmo diploma civil realça que a *boa-fé* é princípio geral de direito contratual, e conjuntamente com os *usos e costumes*, devem nortear a interpretação dos negócios jurídicos em geral: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração”.

E o artigo 114 do novo diploma civil complementa, dizendo: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

A Lei nº 8.078/90 – CDC -, que disciplina as relações de consumo, dispõe em seu artigo 46 que: “os contratos no âmbito das relações de consumo não obrigarão os consumidores ‘se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance’”.

Por sua vez, o artigo 47 do mesmo Código de Defesa do Consumidor, em complemento à regra codificada no artigo anterior diz: “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Dos artigos citados, extrai-se que são questões típicas dos contratos de adesão, muito embora não sejam exclusivas à modalidade, que sugerem ou induzem até uma posição sistemática do intérprete em favor do consumidor.

Deve ser lembrado ainda que, o Código Comercial Brasileiro – que mantém vigência parcial em sua codificação – disciplinou a interpretação dos contratos, nos artigos: 130, 131, 132 e 133, cujas regras estabelecem que as palavras dos contratos e convenções mercantis devem entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar. As mesmas regras expressam que, se necessário interpretar as cláusulas do contrato, o serão conforme a boa-fé, ao verdadeiro espírito e natureza do contrato; as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que não o forem, e que as partes tiverem admitido, objetivando favorecer o devedor; omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato.

Diante da carência de uma norma ou disposição legal específica para a interpretação do contrato, as disposições legais citadas se analisadas como um todo, permite aos intérpretes, extrair orientações necessárias para destinar á cada caso concreto, a interpretação desejada por cada contratante.

Apesar da ausência de uma regra específica, deve-se entender que existem sim disposições legais acerca da interpretação do contrato e, parte da doutrina entende que essas disposições legais são dirigidas especificamente ao juiz.

Esse não é o melhor entendimento visto que, a bem da verdade, as regras legais existentes são dirigidas por primeiro às partes do contrato, até porque são elas que têm maior interesse no cumprimento das cláusulas contratadas e avaliar de que forma deve o contrato ser cumprido. Somente depois de esgotada a possibilidade das partes sanarem a contento o contrato é que deverá surgir a figura do juiz como intérprete final. Dessa forma, o juiz – Poder

Judiciário - será o destinatário final das normas interpretativas existentes, que então passam a ser obrigatórias, caso em que, se não aplicadas pelo magistrado, poderá, em tese, ensejar recursos processuais específicos, que girem em torno da recusa de aplicabilidade da lei.

5.1.1.c Interpretação do Contrato - Conceito e Função

Várias obras estrangeiras apresentam estudos relativos á interpretação, qualificação e integração do contrato. Dentre elas, é importante trazer a doutrina de Ricardo Luis Lorenzetti⁶¹ onde o autor citado articula que, para a interpretação de um texto, deve o intérprete: delimitar a interpretação do contrato e da lei; saber interpretar a vontade comum dos contratantes da regra contratual; interpretar e saber aplicar as regras claras; fazer uso de interpretação integradora e quando necessário, buscar socorro em outras fontes, para prevalecer a regra da boa-fé.

Se há desacordo entre as partes e este se refere ao tipo de contrato celebrado e ao regime aplicado, Ricardo Luis Lorenzetti⁶² entende necessário qualificar o vínculo contratual. O ato de qualificação consiste em determinar que tipo de vínculo foi celebrado no contrato para estabelecer que normas suplementares serão aplicadas.

Quanto á integração do contrato, o mesmo autor explica que o contrato é um ato de autonomia privada, mas que esta pode ser insuficiente e, neste caso, o juiz recorre de outras fontes, como a lei suplementar, os costumes, para estabelecer a extensão das obrigações.

Por sua vez, Antonio Menezes Cordeiro⁶³ expressa que a interpretação do negócio jurídico visa determinar o seu sentido juridicamente relevante. Assim entendida, ela será sempre necessária, mesmo quando permita tão-só concluir pela mera existência ou inexistência de certo ato, como sucede nas declarações que se reduzam a atos jurídicos em sentido estrito.

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Cap. XV. 1999. pp. 455-473.

⁶² Idem, *Ibidem*. p. 473.

⁶³ CORDEIRO, Antonio Menezes, *Tratado de Direito Civil português*, Secção IV, pp. 536-570.

Sendo necessária, a interpretação obedece a regras, porque senão, a interpretação seria arbitrária, o que se deve ter por excluído.

Dúvidas existem se essas regras têm natureza legal, isto porque, o Direito aceita e respeita os dados recebidos de outras Ciências. A violação de leis lingüísticas é, desde logo, uma violação do próprio Direito. Para efeitos das soluções que comine, o Direito pode considerar relevantes certos resultados proporcionados por alguma ou algumas das ciências infra-jurídicas e isso independentemente de tais resultados constituírem uma verdade científica para esses ramos do saber.

Antonio Menezes Cordeiro⁶⁴ expõe que o legislador não pode ter autoridade direta sobre as regras de interpretação, pois seria, com probabilidade, uma intervenção nas finais normas de conduta. Explica que a lei comanda, mas não faz teoria.

Para analisar a questão da interpretação do contrato, oportuno trazer a posição atual na hermenêutica tradicional, onde a *interpretação do contrato* é conceituada como processo de esclarecimento da vontade subjetiva dos contratantes; como investigação da vontade objetivada no conteúdo do vínculo contratual.

Dessas colocações o que se subtrai é que, o intérprete do contrato deve buscar a real intenção dos contratantes e esclarecer o sentido da declaração prestada no contrato.

O contrato consiste em duas distintas declarações de vontades que se integram. Assim, requer que suas cláusulas sejam sempre interpretadas, notadamente quando contem ambigüidade, obscuridade ou expressões duvidosas.

Desse modo, *interpretar um contrato* seria esclarecer as dúvidas ou averiguar o pleno sentido das declarações existentes no contrato e determinar de forma cristalina o significado do acordo ou mesmo do consenso, em busca da vontade real dos contratantes, considerando as circunstâncias em que se formularam, analisando juridicamente o contrato para enquadrá-lo numa das categorias contratuais definidas na lei, levando em conta elementos essenciais

⁶⁴ CORDEIRO, Antonio Menezes, *Tratado de Direito Civil português*, Secção IV, pp. 536-570.

(*essentialia negotii*) e não dando importância ao nome (*nomen jùris*) que as partes lhe atribuíram⁶⁵.

Por outro lado, a *função* do intérprete é aclarar as dúvidas e perquirir se a vontade dos contratantes manifestada nas cláusulas contratuais é capaz de provocar efeitos jurídicos.

Diz Orlando Gomes⁶⁶ que, o que importa é definir a vontade contratual que está objetivamente expressada nas cláusulas do contrato, mesmo que não corresponda exatamente à intenção do declarante.

Dessa forma, e conforme disposição legal, o intérprete não pode deixar de verificar o espírito do contrato, ou seja, o seu significado genuíno e nem afastar-se da regra que manda interpretar as declarações de vontade atendendo-se mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem, a fim de determinar com precisão a efetiva vontade das partes.

Aqui, cumpre ao intérprete descobrir a real e concreta vontade dos contratantes.

Tradicionalmente, a *interpretação da lei* distingue-se da *interpretação do contrato*.

A interpretação da lei seria a interpretação da vontade do legislador, ou seja, a vontade objetiva e constante que se exprime no texto legal e não a vontade subjetiva das pessoas físicas que o elaboraram. Aqui, a missão do intérprete consiste em determinar o alcance e o sentido da lei.

Na interpretação da lei, admite-se:

1- interpretação restritiva – para as expressões usadas no contrato e que devem, portanto, ser tomadas no sentido que esteja em estrita relação com os fins para os quais as partes se propuseram contratar.

⁶⁵ GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 18ª Edição, Editora Forense, São Paulo. 1998. pp. 453-454, apud A. Von Tuhr, *Tratato de Las Obligaciones*, I, 1982. p. 193.

⁶⁶ GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 18ª Edição, Editora Forense, São Paulo. 1998. p. 455.

2- *interpretação extensiva* – para as expressões que dizem menos do que aquilo que os contratantes quiseram dizer, demonstrando que o verdadeiro sentido do contrato é mais amplo do que aparenta.

Percebe-se que ao intérprete é atribuído poder para livrar-se da vontade dos contratantes; porém não é permitido ao intérprete que imponha às partes contrato diverso do que realizaram.

O juiz não pode desconsiderar a vontade dos contratantes ainda que alegue ter interpretado o contrato do ponto de vista mais favorável ao interesse público. Não é lícito ao juiz invocá-lo para o ajustamento por meio de interpretação.

Cabe ao juiz decretar a nulidade do contrato ou dizer que as cláusulas infringentes estão substituídas pelas disposições legais que prevêm a substituição automática.

3- *interpretação complementar* – para as lacunas verificadas na regulação contratual e que valerão somente para as partes contratantes e para atuações concretas. O intérprete deverá verificar o que os contratantes pretendiam estabelecer se houvessem firmado cláusula específica sobre a questão, ou seja, a vontade hipotética dos contratantes. Essa modalidade de interpretação é muito freqüente nas relações contratuais e interessa mais do que a interpretação da declaração, a da regra.

Na interpretação dos contratos ⁶⁷, dois tipos de interpretação se distinguem:

- *interpretação subjetiva* – é dominada pelo princípio de investigação da vontade real (*voluntas spectanda*), investigação essa que precede a qualquer outra; tem por finalidade verificar a vontade real dos contratantes e, suas disposições legais codificadas são: a) quando da interpretação de um contrato deve-se buscar a intenção comum das partes contratantes; b) deve o intérprete averiguar o espírito do contrato, não devendo limitar-se ao sentido literal da linguagem; c) o contrato deve ser interpretado sistematicamente, tal como a lei, interpretando-se as cláusulas contratuais uma por meio das outras e atribuindo-se a cada uma o sentido que emerge da integralidade das cláusulas contratadas, e; d) as cláusulas predeterminadas – ou de

⁶⁷GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 18ª Edição, Editora Forense, São Paulo 1998. pp 460-461-462.

um contrato de adesão – originárias da vontade de um dos contratantes, devem ser interpretadas, na dúvida, em favor do outro contratante (*interpretatio contra stipulatorem*).

- *interpretação objetiva* – tem que examinar o contrato do ponto de vista da vontade das partes contratantes; objetiva esclarecer o sentido das declarações que estejam obscuras, ambíguas ou dúbias, por não ter sido possível aferir a real vontade ou intenção dos contratantes. A interpretação objetiva é subsidiária, pois suas regras somente serão invocadas se as regras da interpretação subjetiva não surtirem efeito. Suas regras ou os três princípios dominantes são: a) a boa-fé: é elemento indispensável para a interpretação do contrato; b) interpretação: deve privilegiar e conduzir à conservação do contrato, permitindo que as cláusulas contratuais produzam os efeitos desejados; c) se ainda permanecer questão obscura depois de observadas as regras hermenêuticas estabelecidas, o contrato deve ser interpretado no sentido menos gravoso (*extrema ratio* – menor peso e equilíbrio das prestações) para o contratante que estiver na posição de devedor (no caso de contrato gratuito), enquanto que (no caso de contrato oneroso) a interpretação deve conduzir ao maior equilíbrio das prestações.

O jurista, Silvio de Salvo Venosa⁶⁸, esclarece que deve ser entendido o sentido de interpretação do contrato, buscando sempre o sentido de manifestação de vontade do contratante.

Para Venosa⁶⁹, na relação contratual, cumpre sempre realçar os dois elementos que integram qualquer manifestação de vontade:

- *elemento externo* – palpável e perceptível pelos sentidos –: que deve ser entendido como a declaração contratual propriamente dita, e que materializa-se pela palavra escrita ou falada, ou até mesmo por gestos ou condutas dos contratantes. Assim, tem-se como declaração de vontade contratual, tanto a escritura pública com todo o seu tradicional formalismo, como o gesto de mão de um licitante em um leilão.

- *elemento interno*: que representa a vontade real, o raciocínio, ou seja, o que foi realmente pensado, pretendido e raciocinado pelo contratante.

⁶⁸ VENOSA, Silvio de Salvo, *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, Vol. 2, 2ª Edição, Editora Atlas – São Paulo. 2002, pp. 447-453.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 453.

Não deve haver, portanto, interpretação ou exame de apenas uma vontade, sob pena de se estabelecer um conflito interpretativo contratual, e ao surgir um litígio, cada contratante procurará cumprir a avença, ou exigir cumprimento do outro, de acordo com seu interesse maior. Esse comportamento é da natureza humana, mormente quando envolve a sociedade negocial, cujo comportamento que mais se apresenta nessas ocasiões é o egoísta.

Em se tratando de um negócio bilateral, há necessidade de se harmonizar as vontades contratadas, e que haja coincidência na interpretação, de tal modo que os contratantes percebam e sintam que, o que foi desejado por eles corresponde efetivamente com o que foi manifestado.

Na hipótese de haver colocações ou palavras dúbias que provocam dificuldade para sua compreensão ou até mesmo existir situações omissas, o contrato deverá ser interpretado no sentido que melhor se adapte à necessidade ou à vontade dos contratantes, aplicando-se então o Direito no caso concreto.

Para a aplicação do Direito, na maioria das vezes deverá existir a figura do juiz que, por se defrontar com uma lide, terá de interpretar a vontade contratual, porque existe a resistência de um dos contratantes.

O juiz então, como intérprete, deverá elaborar um trabalho jurídico-processual, para fixar o verdadeiro sentido da vontade contratual com sua atividade jurisdicional. O juiz não pode descurar-se que a vontade expressa deve ser traduzida como a garantia primeira das partes contratantes. Assim, para que a sentença judicial estabeleça lei entre as partes, é necessário que nela exista equilíbrio na interpretação e mais, que todas as regras doutrinárias e legislativas tenham sido observadas.

5.1.1.d Subsídios preciosos para a interpretação dos contratos em geral

Como observado antes, a carência de dispositivos legais específicos pátrios, fazem com que as legislações estrangeiras que descrevem regras interpretativas sirvam de suplementação e orientação para os nossos parcos regramentos que envolvem o assunto.

Silvio de Salvo Venosa citando Pothier (*Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*) lembra as decantadas 12 regras de interpretação das convenções, incluindo as já estabelecidas por Domat, que vieram a fazer-se presentes, em sua maioria no Código francês. Tais regras são adminículos preciosos para a interpretação dos contratos em geral, razão pela qual serão citadas neste trabalho:

Nas convenções mais se deve indagar qual foi a intenção comum das partes contraentes do que qual é o sentido comum das palavras.

Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito; e não naquele em que não teria efeito algum.

Quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, deve entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato.

Aquilo que em contrato é ambíguo interpreta-se conforme uso do país.

O uso é de tamanha autoridade na interpretação dos contratos que se subentendem as cláusulas do uso ainda que se não exprimissem.

Uma cláusula deve interpretar-se pelas outras do mesmo instrumento, ou elas precedam, ou elas sigam àquela.

Na dúvida, uma cláusula deve interpretar-se contra aquele que tem estipulado uma coisa em descargo daquele que tem contraído a obrigação.

Por muito genéricos que sejam os termos em que foi concebida uma convenção, ela só compreende as coisas sobre as quais parece que os contraentes se propuseram tratar, e não as coisas em que eles não pensaram.

Quando o objeto da convenção é uma universalidade de coisas, compreende todas as coisas particulares que compõem aquela universalidade, ainda aquelas de que as partes não tivessem conhecimento.

Quando em um contrato se exprimiu um caso, por causa da dúvida que poderia haver, se a obrigação resultante do contrato se estenderia àquele caso, não se julga por isso ter querido restringir a extensão da obrigação, nos outros casos que por direito se compreendem nela, como se fossem expressos.

Nos contratos, bem como nos testamentos, uma cláusula concebida no plural se distribui muitas vezes em muitas cláusulas singulares.

O que está no fim de uma frase ordinariamente se refere a toda a frase, e não àquilo só que a precede imediatamente, contanto que este final da frase concorde em gênero e número com a frase toda.⁷⁰

⁷⁰VENOSA, Silvio de Salvo, *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, Vol. 2, 2. Ed., Editora Atlas – São Paulo. 2002. pp. 453-457.

As regras de interpretação das convenções citadas se amoldam as fontes acontratuais das obrigações e são adminículos valiosos para a interpretação dos contratos em geral, até porque, o Código Civil brasileiro não traz em seu bojo um sistema de interpretação do negócio jurídico.

A experiência de julgados embasados nas regras dos artigos 112, 113 e 114 do NCC criará outras regras interpretativas que contribuirão para que as cláusulas contratuais sejam interpretadas com maior acerto e justiça. A título de exemplo, a prática jurídica já demonstrou que as instituições financeiras brasileiras, aproveitando-se da dependência de uma legislação volátil e cambiante, e também da inexistência de uma legislação segura emanada dos órgãos oficiais, elaboram contratos cujas cláusulas não são suficientemente claras à clientela.

Sob tal aspecto, a regra inserta no artigo 46, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro é bastante elucidativa ao estabelecer que “os instrumentos redigidos de modo a dificultar sua compreensão e alcance não obrigarão o consumidor”. E o artigo 47, do mesmo CDC complementa no sentido de que, “as cláusulas contratuais sejam interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Essas regras são corolário daquela que estatui que nos contratos de adesão, em havendo dúvidas em alguma das cláusulas, a interpretação deve favorecer o aderente.

O artigo 423, do novo Código Civil brasileiro segue a mesma linha, ao determinar que perante cláusulas ambíguas ou contraditórias no contrato de adesão, a interpretação deverá ser mais favorável ao aderente.

O Código Civil italiano, em seu artigo 1.370 estabelece que: “As cláusulas inseridas nas condições gerais de contrato ou em módulos ou formulários predispostos por um dos contraentes se interpretam, na dúvida, a favor do outro”.

O intérprete poderá se valer de um conjunto de regras interpretativas, que lhe permitirá variar sua interpretação de acordo com a natureza do contrato e dos contratantes.

Por sua vez, o juiz ao interpretar um contrato, deverá se posicionar perante o contrato como se contratante fosse e não como jurista.

A propósito, Washington de Barros Monteiro ensina que:

[...] em lugar dos contratantes em dissídio, substituindo-os, colocará ele (o juiz) duas pessoas sensatas; o que estas achariam, do negócio, aí estará a interpretação feliz. Ao intérprete cumpre não esquecer, nesse passo, de que nada vale, na hermenêutica dos contratos, a presunção de que as partes conheciam a lei.⁷¹

Vários aspectos não devem ser esquecidos na interpretação do contrato e dentre eles destaca-se o de que todo trabalho hermenêutico parte do princípio da boa-fé nos contratos, até porque não se pode presumir a participação de um contratante imbuído de má-fé.

5.1.1.e Integração do Contrato

Antonio Menezes Cordeiro⁷² menciona que o Código Civil português dispôs de modo expreso sobre a integração do negócio jurídico e, portanto, foi mais longe do que os seus congêneres – que apenas tratam da interpretação –, obrigando, desse modo, a doutrina a construir, sozinha, os esquemas destinados a preencher eventuais lacunas contratuais.

A lei civil portuguesa manda proceder à integração negocial nos moldes preconizados no artigo 239, ou seja, de acordo com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis e, em função dos ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

A referência a uma vontade hipotética das partes ocorre em diversas ocasiões, na lei civil portuguesa, ainda que sob formulações diferenciadas, o que exige busca de métodos adequados para lidar com elas no seu conjunto.

⁷¹MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*, 15 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1980, v. 5, 2ª parte p. 36.

⁷²CORDEIRO, Antonio Menezes, *Tratado de Direito Civil português*, Secção IV. p 562.

Para os portugueses, a integração dos negócios jurídicos, tal como a interpretação, é uma questão de direito. Nessa medida, ela pode ser apreciada pelo Supremo Tribunal de Justiça português.

Focando o tema dentro da concepção brasileira, não é raro surgir um vazio deixado pelos contratantes no conteúdo contratual. Quando isso ocorre o intérprete deve valer-se de fontes externas ao contrato para preencher o vazio deixado, podendo atingir o conteúdo negocial não imaginado pelos contratantes. E isso é necessário para o deslinde do caso concreto, que não pode ficar sem solução.

Custódio da Piedade Ubaldino Miranda ao analisar o assunto menciona que, “a integração tem a ver, antes de mais nada, com os efeitos do negócio; é a integração dos efeitos jurídicos, não previstos, nem expressa, nem implicitamente pelas partes, mediante o recurso a normas supletivas ou dispositivas”.⁷³

Nesse sentido, o que se procura é a vontade presumida dos contratantes, tendo em vista a finalidade e a natureza do contrato.

Paulo Nader⁷⁴ diz que no contrato, as partes nem sempre regulamentam inteiramente os seus interesses, deixando lacunas que devem ser preenchidas na fase de execução das obrigações. A legislação pátria nada dispõe a respeito, devendo os interessados buscar respostas no âmbito doutrinário e no Direito Comparado. A jurisprudência há de se apoiar, necessariamente, nestas duas fontes indiretas.

As normas legais supletivas preenchem vazios e, na falta destas, a integração haverá de fazer-se com as fórmulas que mais se harmonizam com as cláusulas gerais. Neste caso, o intérprete haverá de presumir a vontade das partes com fundamento nas disposições contratuais.

A integração se faz com observância da teleologia geral do contrato, quando se destaca o fim econômico que aproximou as partes e as induziu à prática do ato negocial.

⁷³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 209.

⁷⁴ NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, Contratos*, Vol. 3, Editora Forense, São Paulo, 2005, p. 90.

Importante considerar, que a regra de integração do contrato se revele acorde com os princípios da boa-fé e dos usos do lugar da celebração.

Oportuno citar ainda que, na integração do contrato, quaisquer que sejam os efeitos alcançados, devem estar de acordo com os preceitos legais. Tampouco o intérprete deve se descuidar dos usos e costumes, lembrados antes quando da citação do Código Comercial brasileiro.

Na interpretação do contrato, o emprego da equidade tem relevância, porque visa ao justo equilíbrio dos direitos das partes contratantes. Mas a equidade referida não é a *lato sensu*, mas sim a equidade contratual, embasada na justa aplicação do Direito no contrato em concreto.

Deve ser lembrado que, como o Direito brasileiro somente admite a aplicação da equidade pelo juiz – nos casos mencionados no artigo 127 do Código de Processo Civil -, em sede de integração do contrato, a equidade somente poderá funcionar como uma forma de raciocínio do juiz na aplicação das regras de interpretação e na busca de outras fontes externas.

5.1.1.f Interpretação Integrativa do Contrato

Na vigência de um contrato podem surgir situações imprevistas pelas partes que não serão solucionadas através de uma simples interpretação das cláusulas ou disposições do contrato. Nessas situações, passa a existir então uma atividade psíquica diferente da do hermeneuta, ou seja, surgem a interpretação integrativa e a integração propriamente dita do contrato.

Na interpretação integrativa, mesmo havendo pontos omissos no contrato, a intenção dos contratantes deve surgir da idéia geral, ou seja, do espírito do contrato, obedecendo, os princípios da boa-fé, dos usos sociais, do que já foi cumprido pelas partes. Assim, o intérprete poderá concluir, de acordo com as entrelinhas do contrato, o que foi desejado pelos

contratantes. Desse modo, exemplificando, se os contratantes estabeleceram para os pagamentos parcelados, um índice de correção monetária, e esse índice deixou de existir, o intérprete pode encontrar um outro índice substitutivo ou próximo daquele que deixou de existir, para ser aplicado no contrato, ainda que assim não esteja expresso no contrato, porque a equidade e o princípio da boa-fé, regem os contratos e determinam que não haja enriquecimento ilícito ou injusto, diante da desvalorização da moeda.

Custódio Miranda estudando sobre o trabalho mental de interpretação integrativa diz: “não se cuida, como é bem de ver, a investigação da vontade hipotética, presumível ou real, que jamais existiu, mas da reconstrução de uma declaração incompleta, na medida em que se disse menos do que a idéia que se presidiu à elaboração do conteúdo”.⁷⁵

O Código Civil português segue a mesma linha de raciocínio, tanto que, o artigo 239 expressa o seguinte: “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.

Da interpretação do dispositivo acima citado extrai-se não somente a metodologia de interpretação integrativa, mas também a própria integração do contrato, cujo trabalho do hermenêuta é mais amplo, porque deverá preencher lacunas existentes no contrato.

⁷⁵ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 135.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL, PRÉ-CONTRATUAL E PÓS-CONTRATUAL

6.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo *responsabilidade* pode ter vários significados. A palavra é de origem latina, do verbo – *respondere* –, querendo dizer aproximadamente o ter alguém se constituindo garantidor de algo. Traduzido para o vernáculo, significa obrigação de responder pelos seus atos ou pelos de outrem.

Sourdat definiu a responsabilidade civil como sendo “a obrigação de reparar o dano resultante de um fato de que se é autor direto ou indireto”.⁷⁶

Por sua vez, Pirson e de Villé conceituaram responsabilidade civil como “a obrigação imposta pela lei às pessoas no sentido de responder pelos seus atos, isto é, suportar, em certas condições, as conseqüências prejudiciais destes”.⁷⁷

Apesar da teoria da culpa ser entendida por autores contrários, como precedente histórico, a noção de responsabilidade civil ainda é calcada na idéia de culpa, tanto que a regra codificada é no sentido de que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187 do NCC), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo” (artigo 927 do CC brasileiro, vigente). O parágrafo único do mesmo artigo é incisivo ao decretar que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Então, o princípio geral dominante é no sentido de que todo fato doloso ou culposos, que cause prejuízo injusto á outrem, obriga o autor desse fato a ressarcir o dano causado,

⁷⁶SOURDAT, *Traité de la Responsabilité Civile*, 6ª ed., t. 1º nº 1, citado por Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil. Fontes Acontratuais das Obrigações: Responsabilidade Civil*, Vol. 5, 5ª Edição, Freitas Bastos Editora, p 159.

⁷⁷PIRSON e DE VILLÉ, *Traité de la Responsabilité Civile, Extracontractuelle*, Bruxelles, Ed. Émile Bruyland, 1935, t. 1º, pág. 5, citado por Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil. Fontes Acontratuais das Obrigações: Responsabilidade Civil*, Vol. 5, 5ª Edição, Freitas Bastos Editora, p 159.

salvo nas exceções quanto ao estado de necessidade e no caso de legítima defesa, quando o Juiz poderá fixar uma indenização equânime para o prejuízo sofrido

Como o propósito deste capítulo é o de focar a responsabilidade civil contratual, pré-contratual e pós-contratual, os estudos seqüenciais serão direcionados aos temas citados.

6.1.1 Responsabilidade Civil Contratual

O direito das obrigações impõe deveres de conduta, resultantes de um dever geral de conduta segundo o Direito e os bons costumes ou de obrigações voluntárias, emanadas de contratos.

O dever de conduta é o pressuposto inicial do dever de indenizar, portanto da responsabilidade em geral. Em princípio, exclui-se do Direito, a transgressão a um dever exclusivamente moral.

Esse posicionamento vai contra a regra do artigo 186 do Código Civil brasileiro em vigência: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Existem situações em que, o contrato explicita claramente sua função, como por exemplo, no contrato de locação, onde os direitos e deveres dos contratantes estão bem definidos e caracterizados.

Outras situações existem nas quais surge a responsabilidade civil pela transgressão de um dever geral de conduta, como por exemplo, a de um motorista, dirigindo seu veículo em velocidade incompatível para o local e desrespeitando o semáforo, atropela várias pessoas que atravessavam a faixa de pedestres. A ação desse motorista evidencia infração a um dever geral de conduta.

Em outras situações, a preexistência de um contrato pode não trazer segurança contratual e, por conseguinte, dificultar a caracterização da responsabilidade civil contratual.

E isso ocorre porque tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual, se interpenetram, ou correm paralelas. É o que ocorre, por exemplo, nas denominadas responsabilidades profissionais.

Silvio de Salvo Venosa menciona que:

[...] a responsabilidade civil em geral parte, pois, de princípios fundamentais idênticos, quer esse dever de indenizar decorra do inadimplemento contratual, quer decorra de uma transgressão geral de conduta. Na prática, quando pedimos indenização por perdas e danos, seu montante poderá ter pouco a ver com o correspondente benefício almejado pelo contrato.⁷⁸

A lição de Regis Fichtner Pereira⁷⁹, também demonstra que a responsabilidade civil é dividida, pela sua natureza, em dois grandes grupos:

1. A responsabilidade civil contratual – “que pressupõe a existência de um dever jurídico primário, caracterizado pela obrigação de uma pessoa de prestar a outra algum bem da vida e pelo descumprimento dessa obrigação, ou pelo seu mau cumprimento” -.
2. A responsabilidade civil extracontratual – “caracterizada pelo fato de uma pessoa causar um dano injusto à outrem, sem que tenha havido entre as partes relação jurídica anterior ao fato danoso e que com ele tenha qualquer vinculação juridicamente relevante”-.

Regis Fichtner Pereira⁸⁰ explica que cada tipo de responsabilidade civil possui tratamento específico, pelo que, as normas reguladoras da responsabilidade civil contratual e da extracontratual não são, nem poderiam ser, as mesmas. As diferenças vão surgir especialmente no que se refere ao ônus da prova, à prescrição e à necessidade de demonstração ou não de culpa da pessoa a quem se imputa a responsabilidade pelo dano.

⁷⁸ VENOSA, Silvio de Salvo, *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, Vol. 2, 2ª Edição, Editora Atlas – São Paulo. 2002. p. 472.

⁷⁹ PEREIRA, Regis Fichtner, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, Cap. IX, Editora Renovar, São Paulo, 2000, p. 213.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 214.

A responsabilidade civil contratual pressupõe a existência de um dever jurídico primário, caracterizado pela obrigação de uma pessoa de prestar a outra algum bem da vida e pelo descumprimento dessa obrigação, ou pelo seu mau cumprimento.

6.1.2 Requisitos da Responsabilidade Civil

De tudo quanto foi estudado, é de se admitir unicidade de tratamento básico das duas modalidades de responsabilidade civil, pelo que, os requisitos das modalidades estudadas são comuns:

- a) *antijuridicidade*: este requisito é apurado no exame de uma transgressão de um contrato, de uma técnica profissional ou da diligência de um homem normal. A regra do artigo 186 do NCC se mostra de fundamental importância. Não decorre o dever de indenizar se não existir a conduta injurídica. É necessário o agente responsável praticar uma conduta contra o Direito, contratual ou em geral.
- b) *imputabilidade*: a responsabilidade civil somente estará caracterizada se esta puder ser imputada a um agente, ainda que terceiro responda por essa conduta. Se, porém, a falha de conduta decorrer de caso fortuito ou força maior, não existirá o dever de indenizar.
- c) *nexo causal*: aquele que concorreu para o evento danoso deve indenizar. Entre o dano e a conduta do agente é que existe o nexo causal. A teoria da causalidade deve ser adequada, pelo que, exige um nexo preciso e uma estreita relação entre a ação do agente e o dano.

Especificamente, quanto a Responsabilidade Civil Contratual, que nasce do descumprimento total ou parcial de um contrato ou de alguma de suas cláusulas, os requisitos são:

- a) *existência de um contrato*: esse requisito – que parece ser elementar – pode apresentar suspeitas, porque o intérprete poderá ter dúvidas acerca da existência de um contrato entre as partes. Em cada caso deverá ser examinado se houve ou não a intenção de contratar.
- b) *contrato válido*: a validade do contrato deve estar presente, porque o contrato nulo não gera direitos e nem obrigações. É oportuno mencionar que o contrato anulável é válido e gera efeitos, enquanto não for decretada sua nulidade.

c) *descumprimento da obrigação*: deve se originar do contrato onde está expressada a obrigação descumprida. Deve ser analisado se o descumprimento decorre de um dever geral de conduta – nesse caso o estudo se desloca para a responsabilidade aquiliana - ou de um dever contratual.

d) *prejuízo*: o descumprimento de uma cláusula deve ocasionar prejuízo ao outro contratante, que só será indenizável se restar devidamente provado. Quando não existe prejuízo, pode o contratante inocente pedir rescisão do contrato. Se o prejuízo for ocasionado por terceiros, que não tenha qualquer relacionamento com o contratante e nem com a avença, contra aqueles não será possível atribuir o dever contratual de indenizar. Responderão sim nos termos do artigo 186 do NCC.

6.1.3 Responsabilidade Pré-contratual

Antonio Chaves defende que “[...] a seriedade que se exige no cumprimento de um contrato, não há razão para não demandá-la na fase preliminar, em que cada um confia na lisura, na lealdade, na sinceridade da outra”.⁸¹

Bem se observa que, ainda que em fase não contratual, a questão se relaciona com as regras gerais de convivência e com os princípios de boa-fé e dos bons costumes.

Nelson Nery Junior⁸² menciona que, recentemente houve algumas alterações na legislação civil alemã, incluindo as figuras do *consumidor* (“Verbraucher” – BGB § 13) e do *fornecedor* (“Unternehmer” – BGB § 14), bem como uma portentosa reforma no Direito das Obrigações, que provocou alterações nos cinco livros do Código Civil, mexendo em mais de duzentos dispositivos. Trata-se de Lei para a Modernização do Direito das Obrigações (“Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts”), de 26.11.2001 (Bundesgesetzblatt – BGBl). (Diário Oficial Federal), Seção I, p. 3.138), que entrou em vigor em 1º.1.2002. Com ela foi introduzida no BGB a AGB-Gesetz (BGB §§ 305 a 310), bem como adotada expressamente a teoria da *culpa in contrahendo* (BGB § 311), de *Jhering*, que já era admitida pela doutrina e

⁸¹ CHAVES, Antonio, *Tratado de Direito Civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 263.

⁸² NERY JUNIOR, Nelson, *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais, O Novo Código Civil*, Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale, Editora LTR – São Paulo, p. 419.

jurisprudência alemãs, que se fundamenta na boa-fé *objetiva* (BGB § 242) para propiciar, por exemplo, a responsabilidade pré e pós-contratual.

O que se observa é que, a preocupação do direito civil ocidental moderno não é saber se determinada lei por ser boa (ou não), deve-se aplicar ao setor financeiro. Pelo contrário, o moderno direito privado centra-se no capitalismo com ética, que deixou de lado o individualismo extremado e a liberdade ilimitada de contratar, e dá ênfase aos princípios contratuais da função social, igualdade material, boa-fé objetiva e equivalência contratual.

Disso decorre a certeza de que, novas leis, novas concepções sociais e novos ajustamentos estão ocorrendo e, a matéria ganha cada vez mais relevo, não só pelos novos princípios surgidos, como os estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro, como também pela orientação social que deve preponderar em todos os negócios, sejam contratuais ou não.

Dentro desse novo horizonte, surgem as questões relativas a promessas não cumpridas ou simples recusa – injustificada – de contratar. Essa ocorrência é denominada pela doutrina como “dano de confiança”, dentro do que se entende por “interesse negativo”, assim denominado porque o interessado deseja que o ato ou negócio jurídico em questão nunca tivesse existido.

Em qualquer situação que se analise a hipótese de uma responsabilidade antes do contrato, deve preponderar o exame da quebra da confiança. A jurisprudência brasileira ainda não é profícua nesse campo.⁸³

Apesar da fragilidade jurisprudencial, como comentado antes, os princípios do artigo 186 do NCC são aplicados, para àquele que se recusa a contratar, pura e simplesmente, ou quem, injustificadamente, desiste de contratar, depois de iniciadas de forma eficiente as tratativas, ou seja, este ou àquele pode ser obrigado a indenizar.

⁸³VENOSA, Silvio de Salvo, *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, Vol. 2, 2ª Edição, Editora Atlas – São Paulo. 2002, p. 476.

Uma hipótese bem nítida existe quando, depois de muitos ajustes, vendedor e comprador culminam por designar o dia, hora e local para a lavratura da escritura de venda e compra. Na data marcada, o proponente deixa de comparecer, sob a singela alegação de que houve por bem desistir do negócio.

Essa conduta contraria os princípios da boa-fé, da moral, dos bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma e caracteriza ato abusivo, ocasionando ao seu agente, a responsabilidade civil pelos danos causados e, a indenização deve obedecer a seus princípios. Aliás, o abuso de direito deve ser indenizado como um ato ilícito, até porque, a legislação civil brasileira coloca na esfera do ato ilícito todo aquele que “titular de um direito, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, V, expressa que os danos exclusivamente morais devem ser indenizados; a indenização decorre somente dos prejuízos efetivamente comprovados; a responsabilidade decorre da recusa arbitrária de contratar ou de prestar serviço.

A recusa de contratar não se enquadra como uma modalidade de responsabilidade contratual. Ela se situa no plano geral da responsabilidade aquiliana.

Atos arbitrários e abusivos das tratativas são entendidos como rompimento de negociações preliminares, portanto, são atos verificados fora do contrato, mas que traduzem responsabilidade, desde que, o estágio das preliminares da contratação já tenha imbuído o espírito dos postulantes da verdadeira existência do futuro contrato. Resulta assim, a frustração da contratação, que gerará frustração moral e até material.

Porém, nem todos os casos geram responsabilidades, eis que, o desistente poderá ter razões relevantes, como por exemplo, a falta de idoneidade que vem a ser conhecida quanto ao outro contratante ou a morte de um parente próximo.

Quanto á indenização, esta nem sempre será naquele valor que seria objeto do contrato. Até poderá sê-lo. Todavia, a regra é no sentido de se indenizar ás perdas e danos, levando em consideração a situação fática e o efetivo prejuízo da vítima. Deve haver

ponderação no pedido de indenização, como também deve haver ponderação na decisão judicial.

6.1.4 Responsabilidade Pós-contratual

A responsabilidade pós-contratual ou *culpa post factum finitum*, decorre primordialmente das observações oriundas do complexo geral da boa-fé objetiva, que circunda os negócios jurídicos.

Pode ser entendida como um dever acessório de conduta dos contratantes, depois de terminadas as relações contratuais, que se despreende do sentido individualista do contrato que imperou até o Século XX, e que, conforme propõe o novo Código Civil brasileiro, se traduz em um sentido social das relações negociais.

Poucas doutrinas existem a respeito do assunto, em virtude da dificuldade de delimitar exatamente no tempo os efeitos de um contrato. Uma vez cumprido o contrato, pode haver reflexos residuais, pois, a exemplo do período anterior ao contrato, pode o antigo contratante praticar ações ou omissões responsabilizáveis.

Essa ocorrência pode ser concebida como pós-eficácia das obrigações, do rescaldo do contrato.

Mauricio Jorge Mota menciona que, de qualquer forma as partes contratantes devem guardar os princípios da boa-fé, até mesmo quando concluído o contrato e diz mais,

A pós-eficácia das obrigações constitui, portanto, um dever lateral de conduta de lealdade, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do término da relação contratual, omitam toda conduta mediante a qual a outra parte, se veria despojada ou essencialmente reduzidas as vantagens oferecidas pelo contrato. Esses deveres laterais de lealdade se consubstancializam primordialmente em deveres de reserva quanto ao contrato concluído, deveres de segredo dos fatos conhecidos em função da participação na relação contratual e deveres de garantia de fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído.⁸⁴

⁸⁴ MOTA, Mauricio Jorge, apud Tepedino, coord. 2000, p. 204.

Mauricio Jorge Mota bem observa a questão, cujos princípios de responsabilidade são os mesmos que regem a responsabilidade pré-contratual e, portanto, se situam no campo dos atos ilícitos, na falta de dispositivo expresso a esse respeito.

A regra estabelecida no artigo 422 do Código Civil brasileiro vigente estabelece que, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Essa regra estabelece que os contratantes devem guardar, tanto na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da boa-fé. Resta claro que, essa mesma boa-fé objetiva deve prevalecer antes, durante e depois de cumprido o contrato e tendo em vista os resultados e conseqüências advindas do negócio contratual.

A título de exemplo, a responsabilidade pós-contratual advém para aquele mandatário que pratica atos após a conclusão ou mesmo revogação do contrato. Em outra situação, o empregado de uma empresa deve ser responsabilizado, se, terminada a relação empregatícia, revela os segredos da empresa que atuava para outra concorrente.

Observa-se que, a *culpa post factum finitum* decorre primordialmente do complexo geral da boa-fé objetiva em torno dos negócios jurídicos.

A responsabilidade pós-contratual corresponde a um dever acessório de conduta dos contratantes, depois de terminada as relações contratuais, que se desprende do sentido individualista do contrato que imperava até o Século XX e que, de acordo com a nova proposta estampada no novo Código Civil brasileiro, traduz em um sentido social das relações negociais.

Luis Edson Fachin⁸⁵, em estudo relativo a “Porosidade e Comportamentos Jurídicos: do Século XX ao Terceiro Milênio”, traz o contrato como novo paradigma de análise.

E mostra simpatia no ideário de Francisco Amaral Neto, que motiva a busca de novos caminhos; reconhece que o direito está reafirmando-se como uma categoria ética e como uma

⁸⁵ FACHIN, Luis Edson, *Teoria Crítica ao Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000. pp. 284-322.

prática social; o processo de mudança é fértil, com a proliferação legislativa que, se por um lado representa casuísmo jurídico, por outro atesta a preocupação do político e do jurista com o bem-estar do homem contemporâneo.

O Professor Fachin mostra com clareza a vivência de outro tempo, e propõe novos conceitos. A crise pressupõe idéia de superação, a expressão segmentada que tem como premissa a possibilidade de encontrar sentido em outras perspectivas.

Há a necessidade de um novo mapeamento, cuja descrição não pode ser previamente construída nem se deve antecipar à emolduração do objeto ainda em curso. E encontrar nesse desejo a cartografia do possível, além dos continentes conceituais conhecidos, vencendo a dicotomia: público-privado⁸⁶.

Nesse contexto, importante contar com o Princípio da Boa-Fé, que será objeto de apreciação no item seguinte.

⁸⁶ FACHIN, Luis Edson, *Teoria Crítica ao Direito Civil*, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000. pp. 322.

7. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

7.1 A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO

A Política Nacional de Relações de Consumo prevista no artigo 4º do CDC objetiva atender as necessidades dos consumidores, no tocante a sua dignidade, saúde, segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria de sua qualidade de vida bem assim quanto á transferência e harmonia das relações de consumo.

Dentre os pilares fundamentais encontrados na Lei nº 8.078/90, encontra-se a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica preconizada no artigo 170 da Constituição Federal de 1.988, sempre com base no princípio da boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidor e fornecedor (que devem observar o princípio do inciso III, do artigo 4º e inciso IV do artigo 51, ambos do CDC).

As ponderações acima demonstram que os princípios da boa-fé, equidade e equilíbrio devem estar sempre presentes nas relações de consumo, visando à harmonização dos interesses inerentes.

O princípio da ordem pública e social deve ser lembrado como ponto de equilíbrio das relações de consumo, quer pelo Estado interventor, quer pelas pessoas e por toda a sociedade.

Da mesma forma, o princípio da harmonia nas relações de consumo deve ser lembrado, pois, o inciso III do artigo 4º da Lei nº 8.078/90, citado acima, diz que deve haver harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor, sempre com base no princípio da boa-fé.

Oportuno lembrar que o CDC prevê uma série de práticas comportamentais, que caracterizam abusos da boa-fé do consumidor, e também demonstram sua situação de inferioridade econômica ou técnica. Tais práticas são consideradas ilícitas, independentemente da ocorrência de danos para o consumidor.

Não há qualquer dúvida que, para elas, vige presunção absoluta de ilicitude, independentemente se decorrem de uma contratação ou alheias a esta, ou se advém do armazenamento de informações sobre o consumidor ou ainda mediante utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de dívidas.

Observa-se que no conceito, *lato sensu*, prática abusiva é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor, ou, exercitando outra análise, são práticas que abalam os alicerces da ordem jurídica, quer pela ótica da boa-fé, quer pela ótica dos bons costumes e da ordem pública.

No direito norte-americano, que dispensa grande valor aos contratos baseados no que é *justo* as mais variadas práticas abusivas vêm reputadas como *unfair*.

Nem sempre as práticas abusivas se mostram como atividade enganosa. Muitas vezes, mesmo não ferindo o requisito da veracidade, carregam alta dose de opressão e de imoralidade econômica, causando danos substanciais contra o consumidor.

Notícia publicada⁸⁷, que merece ser citada por apresentar práticas que ao final dos processos poderão ser provadas como abusivas e imorais, foi a abertura pelo Ministério da Justiça, de 46 processos de investigação para apurar suspeitas de maquiagem de preços por 31 empresas e redução das embalagens de alimentos sem que o consumidor tenha sido devidamente informado a respeito.

Essa maquiagem trata-se de um artifício comumente usado por empresas objetivando elevar os preços de forma desleal, porque usam atos de camuflagem para alcançar êxito. Essa prática abusiva se materializa mediante redução do conteúdo das embalagens, sem que o consumidor seja informado disso, e o preço do produto é mantido.

Mesmo que o preço do produto fosse reduzido proporcionalmente, ainda assim a informação teria que ser prestada ao consumidor, de forma clara, precisa e ostensiva, sob pena de caracterizar lesão ao direito de escolha que o consumidor tem.

⁸⁷ O Jornal Diário de São Paulo / Diário fl. 5-A do dia 19 de fevereiro de 2005, publicou que empresas até então insuspeitas estão sendo investigadas pelo Ministério da Justiça: Johnson & Johnson, Danone, Bauducco, Arcor, Carrefour, Kraft (Lacta), Nestlé, Colgate Palmolive, Procter & Gamble e Unilever.

A palavra “consumo” significa literalmente satisfação de necessidade, e não destruição de necessidade, e o que faz saber a necessidade do consumidor é a legítima expectativa do consumo.

Se assim, qualquer artifício ou maquiagem objetivando frustrar a legítima expectativa do consumidor trata-se de prática abusiva, portanto, contrária ao Direito das Relações de Consumo, onde, a boa-fé deve estar sempre presente.

A importância para os consumidores brasileiros das empresas citadas antes é relevante. Tratam-se de empresas tradicionais e que servem inclusive de paradigma de qualidade e quantidade, circunstâncias de grande relevância e significância para o consumidor, tanto que o Código de Defesa do Consumidor brasileiro se baseia na Teoria da Qualidade, com um apêndice na Teoria da Quantidade.

A simples inclusão dessas empresas num procedimento onde se investiga maquiagem de preços e redução das embalagens de alimentos sem que o consumidor tenha sido devidamente informado a respeito exige profunda reflexão a respeito do princípio da boa-fé.

Estariam essas empresas imbuídas de boa-fé ao sonegarem informação aos consumidores de que reduziram suas embalagens de alimentos? A qualidade e quantidade dos produtos oferecidos não foram comprometidas com a redução das embalagens?

Não seria correto apresentar aqui julgamento antecipado. Porém, as respostas das indagações devem ser buscadas e apresentadas com celeridade aos consumidores brasileiros, pelas autoridades competentes e responsáveis pelas investigações. Porém, nada impede que o consumidor brasileiro ao menos pense e desconfie do procedimento adotado pelas grandes empresas acima citadas e se pergunte: Se grandes e tradicionais empresas adotam um procedimento que transparece má-fé ou demonstra provável prática abusiva e ilegal, que dirá pensar nas médias, pequenas e micro-empresas que representam significativo contingente produtor do País?

O Brasil é uma grande e abençoada nação, cujo povo é generoso e dotado sim de um original sentimento de boa-fé, e que precisa perder de vez o medo de sua própria originalidade, rejeitando o entendimento e vontade de querer levar vantagem em tudo. Esse

imperativo deve estar presente nas relações entre os fornecedores e consumidores, notadamente quando empresas multinacionais delas participam.

O mercado de consumo para ser considerado equilibrado e com relações comerciais justas depende que seus agentes demonstrem lealdade, honestidade e boa-fé.

Como revela Oscar Ivan Prux, “a boa-fé é verdadeiro vetor social indispensável para a existência de relações sociais justas, capazes de evitar que o *homem seja lobo do homem*”.⁸⁸

7.1.1 Reflexões sobre o Princípio da Boa-Fé nas Relações de Consumo

As reflexões expostas neste estudo objetivam destacar o princípio da boa-fé nas relações de consumo. Buscando amparo no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, nos princípios constitucionais, nos demais ordenamentos jurídicos, a relação de consumo será enfatizada com base no princípio da boa-fé, necessário para que haja equilíbrio no mercado, e para evitar a manipulação do mercado por parte dos fornecedores, com a prática abusiva do *marketing* e da informática.

Muitos abusos ainda são observados e o consumidor brasileiro ainda não é tratado com dignidade e respeito. Entretanto, há que se reconhecer que, com a vigência da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor -, ocorreram muitas mudanças no cenário de consumo brasileiro. A relação consumerista mudou para melhor, notadamente os fornecedores que adquiriram maior responsabilidade social e maior respeito e compreensão em relação aos consumidores e, principalmente, entenderam que o princípio da boa-fé é inerente a qualquer relação do ser humano.

Estudando sobre o respeito à dignidade da pessoa humana, constata-se a preocupação de se estabelecer uma igualdade, ou seja, que haja uma democracia participativa igual a uma justiça participativa. Constata-se ainda que, na relação contratual, todos os atos praticados

⁸⁸ PRUX, Oscar Ivan, *A Proteção do Consumidor na Prestação de Serviços*. Tese apresentada para obtenção do Doutorado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, p. 191.

pelos seres humanos devem ser pautados pela boa-fé, até porque, a contratação de boa-fé traduz a essência do entendimento entre os contratantes.

Este estudo pretende mostrar que, trilhando pelos caminhos do humanismo, respeitando o direito e o dever, a moral e a ética, as dificuldades ainda existentes na relação consumerista poderão ser superadas com maior celeridade.

O objetivo do Código de Defesa do Consumidor brasileiro não é simplesmente regular as relações de consumo, mas também enfatizar a defesa do consumidor, em busca do necessário equilíbrio no mercado, em perfeita consonância com a visão constitucional inserida no campo dos direitos individuais e coletivos (artigo 5º, inciso XXXII) e nas atividades econômicas (artigo 170, inciso V).

Mesmo com o respaldo da Carta Magna e do próprio CDC, o consumidor brasileiro, que vive no sistema capitalista ainda luta para alcançar uma perfeita equação no que se refere ao acesso a produtos e serviços, adequadamente conjugados entre o preço e a qualidade.

Essa equação traduz a vontade do consumidor em adquirir produtos ou serviços de qualidade sempre pelo menor preço. Mas, nem sempre isso é possível porque o consumidor brasileiro não é tratado com a dignidade e respeito preconizado nas leis referidas antes.

Ainda impera desigualdades na relação consumerista, por conta da manipulação desenfreada do *marketing* e da informática por parte dos fornecedores, que vilipendiam a dignidade dos consumidores, que em sua maioria, desconhecem seus direitos.

Com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, ocorreram muitas mudanças no cenário de consumo brasileiro.

Alguns consumidores passaram a perceber que suas reclamações são ouvidas e algumas instituições governamentais e organizações não-governamentais surgiram para defender seus direitos, o que os tornou mais confiantes.

Os consumidores brasileiros estão entendendo que a Lei nº 8.078/90 veio, diante das relações em que o campo de autonomia de vontade deixou de existir, o que prejudicava

diretamente o consumidor vulnerável ou hipossuficiente; os consumidores brasileiros também estão entendendo que o Código de Defesa do Consumidor veio, para controlar os contratos de adesão, os contratos com cláusulas leoninas, as propagandas enganosas e as práticas abusivas.

O CDC é exemplo de lei que vingou e que serviu de instrumento adequado para transformar costumes sociais. É certo que muitos abusos ainda existem; porém, muita coisa mudou para melhor, como a maior responsabilidade social adquirida pelos fornecedores, ao mostrar maior respeito e compreensão em relação aos consumidores, sem o que inexistia a livre iniciativa e nem atividade lucrativa.

Os fornecedores passaram a entender que deve existir na relação consumerista o espírito de lealdade, merecendo os consumidores toda espécie de esclarecimentos sobre os fatos relevantes e situações atinentes à relação de consumo. Entenderam também que o princípio da boa-fé é inerente a qualquer relação do ser humano.

Todo aquele que destinar suas reflexões ao princípio da boa-fé, concluirá que se trata de um princípio que, por um lado assegura o acolhimento do que é lícito e, por outro lado repugna o que é ilícito.

Essa conclusão conduz para o caminho da honestidade, lealdade, ética e segurança, que deve ser seguido pelos seres humanos. Aliás, todos os atos praticados pelos seres humanos devem ser pautados pela boa-fé, até porque, a contratação de boa-fé traduz a essência do entendimento entre os contratantes.

Immanuel Kant, expressa que “[...] o maior problema para a espécie humana, a cuja solução a natureza a obriga, é alcançar uma sociedade civil que administre universalmente o direito”.⁸⁹ Esse pensamento demonstra bem o objetivo de encontrar o que é justo, o que é legal e racional.

Para alcançar seus objetivos de forma justa, legal e racional, os homens devem seguir o Direito Natural, aplicando sempre o princípio da boa-fé.

⁸⁹KANT, Immanuel, *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. Textos Filosóficos-Edições 70, Edição Bilingüe-Brasiliense, organizado e traduzido por Ricardo R. Terra e Rodrigo Naves, 1985, pp. 12-14 .

A aplicação do princípio da boa-fé traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que integra a norma de direito.

A segurança nas contratações advém da boa-fé dos contratantes.

A boa-fé pode ser entendida como um estado de espírito que, de fato, conduz o contratante a firmar um negócio em clima de segurança.

O problema pontuado por Kant foi observado nos sistemas jurídicos e nos Códigos, que, sem exceção, estão escudados no princípio da boa-fé.

A importância e relevância desse princípio decorrem do espírito de lealdade, da ética, da honestidade e da segurança que devem prevalecer nos atos negociais, no cumprimento das obrigações, na formação, na celebração, na execução e extinção dos contratos.

A adoção do princípio da boa-fé na relação consumidor-fornecedor merece especial atenção, razão pela qual, este estudo abordará a necessidade de se tutelar legal e efetivamente o consumidor.

7.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

A boa-fé de que trata o Código de Defesa do Consumidor, é denominada “boa-fé objetiva”, que deve ser conceituada como a conduta obrigatória a ser observada pelas pessoas que pretendem estabelecer relação de consumo⁹⁰.

O doutrinador Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁹¹ conceitua “boa-fé objetiva” como um comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra.

⁹⁰CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes, *Da boa-fé no direito civil*, Ed. Coimbra: Almedina, 1984, v. 2, p. 54.

⁹¹NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material*, (arts. 1º ao 54). p. 108.

Diante dos conceitos expostos, observa-se que não se trata da tradicional “boa-fé subjetiva” no sentido de desconhecimento de fato que venha violar, modificar ou estabelecer impedimento ao Direito.

O princípio da boa-fé objetiva está previsto, tanto no Código de Defesa do Consumidor brasileiro quanto no novo Código Civil do Brasil, e que deve existir ante a lealdade, a segurança e honestidade que se devem os contratantes em suas tratativas contratuais.

Tanto o fornecedor quanto o consumidor estão vinculados em um contrato, cujo objetivo final é a prática consumista. Como dito antes, consumo significa satisfação de necessidade. E, para atingir essa satisfação de necessidade é imprescindível praticar a boa-fé.

Assim, desde o início os contratantes devem esclarecer todos os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação; devem equilibrar a relação contratual; devem expressar com clareza os termos do contrato de modo a evitar eventuais dúvidas ou interpretações divergentes; devem evitar cláusulas leoninas, de modo a favorecer muito um contratante em desfavor do outro; devem cumprir suas obrigações na conformidade da legislação existente, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; devem evitar enriquecimento indevido e sem causa e, principalmente, devem manter o espírito de lealdade e de boa-fé.

O princípio da boa-fé está resguardado no Código Civil Brasileiro vigente, precisamente no artigo 422: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Em interpretação literal do citado regramento, observa-se claramente o resguardo ao princípio da boa-fé objetiva, que implica dever das partes, desde as tratativas iniciais, passando pela formação, execução e extinção do contrato, o que vale dizer que, a boa-fé deve prevalecer mesmo depois de extinto o contrato, para evitar prejuízos ou obtenção de vantagens indevidas.

Outros Códigos Cíveis também resguardam o princípio da boa-fé objetiva, como por exemplo, o Código Civil Português de 1.967, em seu artigo 227, onde está assentado: “Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na

formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

Por sua vez, o parágrafo 242 do Código Civil Alemão (BGB) informa: “O devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes”.

A previsão do artigo 1.337 do Código Civil Italiano de 1.942 é no sentido de que, os contratantes “no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”. Essa regra é complementada pelo artigo 1.375 do mesmo diploma legal, que determina que “o contrato deve ser executado segundo a boa-fé”.

Das reflexões e estudos realizados resulta de forma clara e cristalina a certeza de que, os sistemas jurídicos primam pela observação das normas de Direito Consuetudinário, pautadas, notadamente no Direito Natural, fincados da premissa da boa-fé, que deve estar sempre presente e triunfante e a da má-fé, que deve estar sempre ausente das relações contratuais.

É secular o entendimento de que todo o Direito dos povos obedece ao princípio da boa-fé e repele o da má-fé.

Vale ressaltar que todos os Códigos Civis citados neste trabalho deixaram de cuidar, convenientemente, da boa-fé objetiva. Porém, através da regra inserta no artigo 1.366, o Código Civil Italiano supera esse problema, pelo qual o contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé. Desse modo, todo o contrato deve ser compreendido sob interpretação em que a boa-fé objetiva se faça sentir, tornando o comportamento das partes, nesse estado, importantíssimo, pois, se descumprirem deveres éticos, estarão agindo de má-fé.

O novo Código Civil brasileiro também traz em seu texto, mais propriamente no artigo 113, preceito abrangente, segundo o qual, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A interpretação dada pelo nosso Código Civil vigente elide qualquer intento de má-fé ou ferimento aos deveres de lealdade.

Assim, pois, deve-se pensar e aplicar somente os ditames do princípio da boa-fé.

7.3 A APLICABILIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO

O princípio que pontua a orientação traçada no CDC, e que estende reflexos nas relações processuais, é o da boa-fé objetiva.

De tal forma que, segundo Claudia Lima Marques, “a proteção do consumidor, embasada neste princípio, se revela em todas as fases de um contrato, antes ou depois de sua formação”.⁹²

O magistrado, aplicando o princípio da boa-fé na interpretação e controle das cláusulas contratuais, retoma a realidade social diante de uma cláusula ou avença, o que permite identificar ou mesmo apurar os deveres colaterais daquilo que foi contratado.

Até porque, “[...] o contrato não pode ser operado como uma relação entre indivíduos atomizados, maximizadores de vantagens como se estivessem numa economia formal, antes disso, deve se reportar desde a sua formulação com seus princípios operacionais e às formas concretas de sua efetivação inseridas numa economia substantiva onde o controle e a intervenção no domínio econômico é reconhecido”.⁹³

Seguindo a linha desse raciocínio, Ronaldo Porto Macedo Júnior expressa que, “se a efetivação da boa-fé esteve ausente em qualquer das etapas da realização do contrato, deve o juiz, na demanda trazida a seu conhecimento e deliberação, promover a aplicação daquele princípio, até porque qualquer contrato, notadamente o de relação de consumo, deve ser visto como um meio e não apenas como um fim em si mesmo”.⁹⁴

⁹² MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2002, p. 671.

⁹³ Idem, *Ibidem*, p. 672.

⁹⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, São Paulo: Max Limond, 1998, pp. 223-225.

A aplicação do princípio da boa-fé é matéria imperativa, não importando tratar-se de boa-fé objetiva ou subjetiva.

Resta transparente que, a boa-fé é instrumento de exegese do magistrado, ao decidir matéria contratual envolvendo questão de consumo, e este controle pode e deve ser realizado mesmo que de ofício. E isso se deve ao fato de que, o princípio da boa-fé impregna o melhor ideal do sistema jurídico como um todo, destacando que no CDC, o sistema de proteção aos direitos dos consumidores apresenta extraordinária relevância, tratando-se de verdadeira norma de ordem pública e relevante interesse social, que devido à dimensão coletiva alcançada pelas relações de consumo, atinge um universo significativo de pessoas.

E para que essas pessoas tenham a melhor qualidade de vida, é necessário aplicar o princípio da boa-fé, que se torna instrumento dos mais valiosos. Os fornecedores exercem papel fundamental para implementar o *standard* ideal; basta que cumpram adequadamente seus deveres na relação consumerista.

Certo é que, o princípio da boa-fé, tanto na vertente objetiva quanto na subjetiva, deve estar presente em todas as práticas que envolvam o mercado de consumo, para que haja sempre e sempre, propósito honesto e intenção pura na relação de consumo, seguindo os preceitos legais, da ética, da moral e da justiça.

7.4 A BOA-FÉ SUBJETIVA

Nos dias de hoje, a boa-fé subjetiva continua sendo importante; porém, sua importância não é suficiente para abarcar a boa-fé em seu sentido mais completo.

De Plácido e Silva acompanha a vertente subjetivista, visto que, ao conceituar boa-fé, não o faz em seu sentido mais completo. Diz o eminente jurista: “Quem age de boa-fé, está capacitado de que o ato de que é agente, ou do qual participa, está sendo executado dentro do justo e do legal. É assim, evidentemente, a justa opinião, leal e sincera, que se tem a respeito do fato ou do ato, que se vai praticar, opinião essa tida sem malícia e sem fraude, porque, se diz justa, é que está escoimada de qualquer vício, que lhe empane a pureza da intenção.

Protege a lei todo aquele que age de boa-fé, quer resiliendo o ato em que se prejudicou, quer mantendo aquele que deve ser respeitado, pela *boane fidei actiones*”.⁹⁵

A boa-fé subjetiva denota a idéia de ignorância ou de crença errônea, acerca da existência de uma situação regular, que advém de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de lesão ao direito alheio ou ainda na interpretação egoísta dos termos do contrato.

Deve-se ter presente que, independentemente do grau de consciência ou da intenção do agente ofensor, as condutas que possam causar prejuízos à outra parte devem ser evitadas. Tanto que, os conceitos inseridos na boa-fé subjetiva, só se mostram úteis quando expressam desaprovação àqueles que, conhecendo os malefícios causados, ainda se mantêm na conduta irregular.

No caso das relações de consumo, a boa-fé subjetiva é insuficiente para reger a relação consumerista. Há necessidade de regras claras e precisas, com características próprias e adequadas, que envolvam as relações de consumo, o que será abordado no item seguinte.

⁹⁵ DE PLÁCIDO E SILVA, O. J., *Vocabulário Jurídico*, 7ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp. 326-327.

8. AS CARACTERÍSTICAS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Como expressado antes, o texto constitucional reconheceu que o consumidor brasileiro não poderia ser adequadamente protegido apenas por leis esparsas, contraditórias e evasivas, mas sim, por um código suficiente o bastante para regram correta e devidamente o mercado de consumo, com coerência e homogeneidade, para possibilitar a necessária autonomia entre os fornecedores e consumidores, simplificando e clareando o regramento legal da relação de consumo e favorecendo os destinatários e os aplicadores da norma.

Deve ser lembrado que, o mercado de consumo do Brasil, tem suas peculiaridades e problemas próprios, o que o diferencia de outras leis estrangeiras que regulam a matéria.

A Lei nº 8.078/90 surgiu em contraposição aos instrumentos normativos dos Séculos XVIII, XIX e início do XX, que foram influenciados pelo liberalismo econômico, que regulavam as relações de caráter meramente individual e objetivavam a libertação do indivíduo em relação ao Estado e sua plena liberdade no mercado⁹⁶. Com a edição do CDC, o Brasil seguiu a mesma linha dos países de capitalismo avançado como Itália, França, Alemanha, Japão e EUA⁹⁷.

Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro superou dogmas e apresentou inusitado estilo de fazer direito. Tem sua estrutura e conteúdo em sintonia com a realidade brasileira. Daí que, possível ressaltar algumas das principais características, tidas como inovações contidas na codificação em análise: formulação de um conceito de fornecedor, com inclusão, a um só tempo, de todos os agentes econômicos que, direta ou indiretamente atuam no mercado de consumo; proteção contra a ocorrência de vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação; melhor adequação do regime jurídico que envolve os prazos prescricionais e decadenciais; imposição de regramento

⁹⁶A preocupação com os consumidores teve como marco o discurso proferido por John F. Kennedy, então presidente dos Estados Unidos da América – EUA -, em 1.962, na Organização das Nações Unidas – ONU- quando identificou os consumidores como um grupo econômico carente de proteção.

⁹⁷Os autores do anteprojeto do CDC brasileiro destacam que serviram como instrumentos inspiradores do referido código, a Resolução 39/248, de 09.04.1985, da Assembléia Geral das Nações Unidas, o Projet de Code de la Consommation, a lei geral da Espanha (Lei 26/1984), de Portugal (Lei 29/81), do México e de Quebec. O Direito Comunitário Europeu espelhou-se nas diretivas 84/450 e 85/374, além dos cases e statutes americanos. NERY JUNIOR, Nelson, in, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 10.

quanto ao *marketing*, que envolve a oferta e a publicidade; regras controladoras das práticas e cláusulas abusivas, que via de regra causam prejuízos ao consumidor - parte mais vulnerável da relação de consumo -; permitir fácil acesso à Justiça para o consumidor e, introdução de um sistema sancionador, rígido e eficaz, nas esferas administrativa e penal.

As inovações acima apontadas formam a estrutura básica do nosso Código de Defesa do Consumidor, que colocam o Brasil em posição de destaque, diante da modernidade da estrutura e conteúdo do CDC brasileiro.

Dentre elas, as práticas abusivas e de má-fé, merecerão especial atenção no desenvolvimento destas reflexões, cujo objetivo final é o de mostrar aos leitores que, a boa-fé deve existir sempre, ante a honestidade, lealdade e a segurança, que devem prevalecer entre os contratantes, quer nos atos negociais, quer na formação, na celebração, na execução e também na extinção dos contratos.

O princípio da boa-fé deve prevalecer, até mesmo quando extintos os contratos.

8.1 OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES NA ESFERA EXTRACONTRATUAL E CONTRATUAL

Dentre os direitos básicos do consumidor que se encontram positivados no artigo 6º do CDC, destacam-se dois deles que abrangem mais diretamente a esfera extracontratual e contratual, e que informam “direitos à igualdade nas contratações e proteção contra a publicidade enganosa e abusiva; que inibem métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como a prática e introdução de cláusulas abusivas no fornecimento de produtos e serviços” e permitem “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Os direitos básicos do consumidor previstos no CDC traduzem que, a missão do código é a de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo para possibilitar a efetiva concretização do princípio constitucional da igualdade na relação consumerista.

Pelos dispositivos citados, resta demonstrado que não poderá haver discriminação para com os consumidores. Ao contrário, as cláusulas contratuais prejudiciais aos interesses dos consumidores poderão ser modificadas ou revisadas.

Não deve ser avocada a teoria da imprevisão adotada pelo Código Civil Brasileiro, pois a questão em debate trata-se de um direito autônomo do consumidor, que permite a intervenção judicial para modificação das cláusulas contratuais que expressam prestações desproporcionais e que configurem ofensa ao princípio da isonomia.

A norma antes citada não se refere a fatos imprevisíveis, mas sim, a cláusulas supervenientes a contratação e, segundo Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano, “[...] não se aplica a chamada teoria da imprevisão, pois a interpretação literal do dispositivo não permite dúvidas, indicando somente dois requisitos necessários: 1) a onerosidade excessiva, 2) que tenha fundamento em fato superveniente. (...) Mais uma vez, o Código de Defesa do Consumidor está a apontar o desejo de equilíbrio nas relações de consumo, rendendo a oportunidade à intervenção judicial para a definição de conteúdo de uma cláusula contratual”.⁹⁸

A lição apontada acompanha a regra positivada no princípio da “conservação do contrato”, segundo o qual, a revisão de cláusula pactuada com a manutenção do liame contratual, é garantida ao consumidor.

Havendo a ocorrência de fatos supervenientes ou estabelecimento de prestações desproporcionais que ocasionam onerosidade excessiva ao consumidor, a revisão contratual é garantida, objetivando o restabelecimento do necessário equilíbrio que deve existir nos contratos.

O próprio CDC, em seu artigo 47 estabelece a necessidade de interpretar os contratos de consumo, da forma mais favorável ao consumidor.

Desse juízo, extrai-se outras interpretações favoráveis aos direitos dos consumidores na esfera extracontratual e contratual, quais sejam: deve-se atender mais à intenção das partes

⁹⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano ; SERRANO, Yolanda Alves Pinto, *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. 1998. p. 38.

do que a literalidade da manifestação de vontade; a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do contrato; havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá o direito do consumidor sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; nos contratos de adesão as cláusulas contraditórias ou ambíguas se resolvem “*contra stipulatorem*”, em favor do consumidor; sempre que possível, os contratos de consumo serão interpretados com base no princípio da conservação, de modo a fazer com que as cláusulas tenham aplicação, extraindo delas a máxima utilidade.⁹⁹

O consumidor, sendo a parte mais vulnerável, deve ser favorecido, razão pela qual, serão abordados adiante, os aspectos e garantias jurídicas existentes e que poderão existir, para alcançar o necessário e desejado equilíbrio na relação consumerista.

⁹⁹ NERY JUNIOR, Nelson, *Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. v. 3, 1992, p. 63.

9. ASPECTOS E GARANTIAS JURÍDICAS PARA SUPERAR A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

9.1 A POSIÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL (E DIREITO COMPARADO) E UM POSSÍVEL DIÁLOGO DAS FONTES COM O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

O Novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406 de 10.01.2002) apresenta os mesmos princípios já existentes no Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº 8.078 de 11.09.1990), como por exemplo, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, dentre outros.

Essa convergência de princípios entre as leis citadas é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com equidade, objetivam harmonizar as relações civis em geral e nas relações de consumo ou as especiais.

Como citado por Eliana Calmon, “O Código de Defesa do Consumidor é diploma legislativo que se amolda aos novos postulados, inscritos como princípios éticos, tais como, boa-fé, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações”.¹⁰⁰

Não haveria entre estas leis possibilidade de conflito de “princípios”, somente de “normas”, o que torna decisivo o campo de aplicação de ambas as normas, visto que, só há conflitos de normas quando o campo de aplicação das leis é o mesmo no caso concreto.

Hoje em dia, a convergência de princípios é vista como um fato extremamente positivo para o diálogo das novas leis e das antigas no mesmo sistema jurídico, como está a ocorrer com o CDC e o NCC/02.

Existem tipos de diálogos possíveis entre as duas importantíssimas leis da vida privada, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor – CDC – e, o Novo Código Civil – NCC – em vigor desde janeiro de 2.002.

¹⁰⁰ CALMON, Eliana, *As gerações do direito e as novas tendências*. Rev. de Direito do Consumidor, jul-set. 2001. pp. 39-45.

Um dos tipos possíveis, na aplicação simultânea das duas leis, trata-se do diálogo sistemático de coerência, ou seja, uma lei poderá servir de base conceitual para a outra, notadamente se uma lei é conceituada como geral e a outra especial.

Outro tipo conhecido como diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais é observado na aplicação coordenada das duas leis. Esse tipo de diálogo indica a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber ou subsidiariamente.

Existe ainda o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, ou seja, de coordenação e adaptação sistemática, como no caso de uma redefinição do campo de aplicação de uma lei para a outra.

O que se observa é que, subjetivamente, o campo de aplicação do CDC é especial, posto que regula a relação entre fornecedor e consumidor ou a relação consumerista; por outro lado, o campo de aplicação do NCC/02 é geral, eis que regula toda a relação privada não privilegiada por uma lei especial.

Dessa observação se extrai a impossibilidade de haver colisão entre as duas leis, aliás, como previsto expressamente no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC/42), que continua em vigor.

Claudia Lima Marques¹⁰¹, define que: A LICC/42 e o próprio Código Civil de 2002 prevêm a aplicação conjunta (lado a lado) das leis especiais, como o CDC, e a lei geral, como o NCC/2002. Será subsidiária a aplicação da lei geral nova, seja como base conceitual ou como norma complementar no que couber, e não contrariar o espírito protetor da lei tutelar, seja como norma mais favorável ao consumidor naquele caso (art. 7º do CDC).

O CDC não foi incorporado ao NCC/2002 e fica preservado como lei especial, anterior e hierarquicamente superior à maioria das normas do NCC/2002. As antinomias devem ser resolvidas após um exame profundo do campo de aplicação plural, subjetivo e material do

¹⁰¹MARQUES, Claudia Lima, *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, n. 45.2003, São Paulo. pp. 98/99.

CDC. Com a entrada em vigor do NCC/2002, fragmenta-se ainda mais o combate às cláusulas abusivas.

São três os tipos de regulamentação: a aplicação pura do CC/2002 para as relações puramente civil, a aplicação do CC/2002 e das leis especiais comerciais nos casos de contratos entre comerciantes ou inter-empresários, e a aplicação prioritária do CDC – Código de Defesa do Consumidor -, nas relações mistas entre um civil e um empresário, isto é, entre um consumidor e um fornecedor.

Uma visão de diálogo das fontes pode ajudar a transpor conquistas de um micro-sistema para o sistema geral e vice-versa.

Em conclusão, o CDC tende a ganhar com a entrada em vigor do NCC/2002, se o espírito do diálogo das fontes aqui destacado prevalecer. É necessário superar a visão antiga dos conflitos e dar efeito útil às leis novas e antigas!

Mister preservar a *ratio* de ambas as leis e dar preferência ao tratamento diferenciado dos diferentes concretizado nas leis especiais, como no CDC, e assim respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, sobretudo coordenando e adaptando o sistema para uma convivência coerente!

A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o NCC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1.988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos nas relações contratuais. O desafio é grande, mas o jurista brasileiro está preparado¹⁰².

9.2 MEDIDAS ADMINISTRATIVAS E TUTELA JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Durante o período que envolveu o final do Século XIX e início do Século XX, quando o mercado industrial suplantou a atividade rural – que até então predominava -, tempo em que

¹⁰² MARQUES, Claudia Lima, *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, n. 45.2003, São Paulo. p. 99.

as Ordenações regiam a economia do Brasil, foi destinada maior atenção a uma política de serviços, quando, a prestação de serviços e a relação de consumo ganharam contornos significativos exigindo dos governantes estudos freqüentes, culminando com a implantação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro – CDC - (Lei nº 8.078 de 11.09.1990).

Desde então, a nova realidade sócio-econômica e as relações de consumo ganharam novos aspectos na área jurídica brasileira, notadamente as garantias introduzidas pelo artigo 6º do CDC, conferindo ao consumidor direitos tidos como fundamentais para a sua boa saúde, segurança e à vida. Além desses direitos, o consumidor se beneficiou de outros que traduzem segurança contra serviços nocivos, contra cláusulas abusivas contratadas, contra publicidade abusiva e enganosa e, contra relações comerciais com metodologia desleal ou coercitiva.

O CDC reconhece ser o consumidor a parte vulnerável da relação consumerista e por tal razão, garante ao consumidor a reparabilidade indenizatória dos danos patrimoniais e morais sofridos, e um tratamento diferenciado.

As regras insertas nos artigos 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor são significativas e bem demonstram as possibilidades administrativas e legais de como superar a vulnerabilidade do consumidor. Em referidos artigos estão estampadas: a política nacional das relações de consumo, visando o atendimento efetivo das necessidades do consumidor; o respeito a sua vida, saúde, segurança e dignidade, como também a proteção de seus direitos básicos como consumidor e de seus interesses econômicos.

José Luiz Ragazzi ¹⁰³ diz que “nem sempre o consumidor se utiliza, de serviços e produtos porque deseja. Há ocasiões e certos produtos e serviços de que o consumidor necessita, ou seja, não tem o poder de escolha. Essa condição, por si só, justifica a intervenção do Estado no domínio econômico e a proteção extrema”.

De forma explicita, os incisos do artigo 4º do CDC demonstram como superar a vulnerabilidade do consumidor, porque, neles, estão expressos os pilares fundamentais e capazes de equacionar essa vulnerabilidade do consumidor, e dentre eles se destaca a

¹⁰³ RAGAZZI, José Luiz, *Tutela Antecipada nas Relações de Consumo*. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo. 2002. pp. 44-45.

imperatividade do governo agir no sentido de proteger de forma efetiva e eficaz o consumidor.

Mesmo com todas as regras já existentes, é preciso denunciar que, o governo pode – e deve cada vez mais - incentivar a criação de Associações Representativas, de Agências Reguladoras, de Delegacias de Proteção ao Consumidor, de Juizados Especiais, de Tribunais Especializados.

Existem regras na Constituição Federal (artigos 5, XXXII e, 170, V) e no próprio CDC (artigos 4, 5, 55), que expressam e determinam que o próprio Estado deve se fazer presente, e de forma intensiva no mercado de consumo e na fiscalização, garantindo os produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, durabilidade, segurança e desempenho. O Estado pode ainda aprimorar sua legislação específica – CDC – através de adesão a tratados internacionais, em prol da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, permitindo a viabilização dos princípios nos quais se funda a ordem econômica estampada no artigo 170 da Constituição Federal, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio da relação consumerista, que, para tanto deve haver equidade e boa-fé objetiva.

Ao presente estudo, devem ser agregados, os incisos do artigo 6º do CDC, cujos dispositivos tratam de forma mais abrangente os direitos básicos do consumidor - direito à proteção da vida, da saúde e da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos -.

Referidos direitos se coadunam com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como também com os princípios gerais da política nacional das relações de consumo.

O governo deve destinar maior atenção ao direito que o consumidor tem de evoluir, nos aspectos, social e cultural. É sabido que o consumidor tem direito à educação e à divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações. Esse dispositivo não vem sendo lembrado pelos governantes, apesar de sua grande relevância, porque assegura a concretização do princípio

constitucional da igualdade e esclarece que não poderá haver discriminação para com o consumidor. Se observado, será de grande valia para a superação da vulnerabilidade comentada.

José Luiz Ragazzi ¹⁰⁴ observa ser necessária a ação governamental protegendo os consumidores. Lembra referido doutrinador que o inciso II do artigo 4º do CDC estabelece que o Governo agirá no sentido de proteger efetivamente o consumidor, alicerçado pelo inciso I do artigo 4º do mesmo diploma legal, o qual reconhece a vulnerabilidade do consumidor. As ações do Estado devem se dar de várias formas, ora agindo diretamente, através de órgãos públicos instituídos especificamente com o fim de proteger o consumidor, ora incentivando a criação e desenvolvimento de associações representativas que protejam os consumidores em geral.

Os direitos do consumidor não se resumem nos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Outros direitos existem, decorrentes de Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil seja signatário.

Novas medidas administrativas e legais, somadas à legislação interna ordinária, aos regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes e aos princípios gerais de direito, servem de parâmetros para viabilizar o melhor direito e proteção do consumidor, conforme preconiza o artigo 7º do CDC: “a proteção do consumidor pode ser estendida além do âmbito da lei consumerista”.

O artigo comentado foi inspirado no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal que trata dos direitos e garantias fundamentais, já que a defesa dos consumidores constitui cláusula pétrea, traduzindo ao Estado o dever de proteger o consumidor, sob pena de ser responsabilizado objetivamente por conduta omissiva e por dano decorrente do mau planejamento.

9.3 A PRÁTICA DO CONSUMO SUSTENTADO

¹⁰⁴ RAGAZZI, José Luiz, *Tutela Antecipada nas Relações de Consumo*. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo. 2002. pp. 47-48.

Não há dúvida nenhuma que o CDC causou verdadeira revolução no direito brasileiro. Porém, só a existência do Código de Defesa do Consumidor não põe fim aos abusos ainda verificados nas relações de consumo.

É preciso que o consumidor tome consciência de seus direitos e lute por eles e, o governo coloque em prática, e de forma eficaz, o melhor modelo de consumo sustentado.

A Política Nacional de Relações de Consumo, estampada no artigo 4º e incisos do CDC, indica os princípios basilares para o atendimento das necessidades dos consumidores, através de ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor.

E para que se alcance o equilíbrio necessário na relação consumerista, é dever do Estado intervir nas relações de consumo, através de sua máquina governamental, representada pelos órgãos administrativos, como a Superintendência Nacional do Abastecimento (Sunab), os Procons ou o Serviço de Vigilância Sanitária.

Porém, a intervenção estatal, não pode negar os princípios gerais de uma economia de mercado. Deve sim, traduzir-se como incentivo ao desenvolvimento econômico e tecnológico e possibilitar que os próprios fornecedores ou empresas criem seus próprios meios de controle de qualidade e mecanismos para solucionar os conflitos, visando a prática ideal e natural do consumo sustentado.

O Poder Público já dispõe de meios legais (artigo 5º e incisos do CDC) para executar a Política Nacional das Relações de Consumo. Ainda, o Poder Público, por mandamento constitucional, está obrigado a colocar à disposição dos consumidores um serviço de atendimento jurídico gratuito, com isenção das custas processuais, inclusive.

Todas essas possibilidades, somadas as atitudes e ações, tanto dos fornecedores, consumidores e Poder Público, poderão criar meios de uma rápida e efetiva adaptação à prática de consumo sustentado, no que resultará em um equilíbrio das relações de consumo.

9.4 A BOA-FÉ E ASPECTOS RELATIVOS A RESPONSABILIDADE CIVIL

A harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo é tida como um dos pilares fundamentais do CDC, cuja finalidade é a de proteger o consumidor e possibilitar o necessário desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica preconizada no artigo 170 da CF/88, sempre com base no princípio da boa-fé e no equilíbrio nas relações entre consumidor e fornecedor.

Tanto que, o próprio legislador estabeleceu dever de observância ao princípio do inciso III, do artigo 4º e, ao inciso IV do artigo 51, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Obrigações e princípios existem no CDC, como o princípio da boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, que devem ser observados pelos governos e fornecedores na defesa dos consumidores, sob pena de responsabilização civil pelos danos provocados.

9.4.1 A Prática da Boa-Fé e a Responsabilidade Civil Objetiva para o Fabricante

Em decorrência da dificuldade e árduo encargo processual que o consumidor tinha – em razão de um acidente de consumo – para provar a culpa pelo produto defeituoso que provocou o dano, não só por desconhecer o processo de industrialização, bem como impossibilidade, pela destruição do produto danoso, de saber o que efetivamente aconteceu ou como aconteceu, é que surgiu no Brasil a Lei nº 8.078/90 – CDC -, com observância à prática da boa-fé e à responsabilidade civil objetiva para o fabricante, produtor e fornecedor de serviços.

Alberto Trabucchi explica que “[...] reparar é um conceito mais amplo do que responsabilizar, porque, responsabilizar não consagra uma vontade absoluta de indenizar; depende, para que isso aconteça, da prova da culpa, para que o réu possa ser compelido a satisfazer o dano que sua ilicitude concretizou”.¹⁰⁵

¹⁰⁵ TRABUCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, v. I, p. 229.

Essa explicação permite concluir que, por vezes, um dano poderá se eternizar sem que seja indenizado, e nesses casos costuma-se confortar o consumidor, informando-lhe de que foi escolhido pelo destino para purgar a infelicidade, uma fatalidade a cujos efeitos deve resignar-se.

Ênio Santarelli Zuliani em trabalho destinado à responsabilidade civil fundada em erro médico: inversão do ônus da prova, complementando o pensamento de Trabucchi diz:

A reparação de danos prioriza, com racionalidade, a posição do lesado. Os cientistas do Direito inventam técnicas e mecanismos para que a regra *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (não lesar a ninguém) torne-se realidade. Reparar significa, na técnica moderna do direito das obrigações, uma espécie de ato de império ou submissão do risco da atividade desenvolvida ao dano provocado, independentemente da prova da culpabilidade. Compreende-se a distinção, conferindo-se o teor do parágrafo único do artigo 927 do CC/02: ‘Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem’.¹⁰⁶

Observa-se que a norma citada não contém a ressalva de exoneração de responsabilidade caso o fornecedor prove ter adotado as medidas idôneas para evitar o dano da atividade.

Sobre isso, o eminente jurista, Carlos Roberto Gonçalves, enaltece o texto brasileiro e chega a qualificá-lo como sendo: “[...] mais avançado e rigoroso que o direito italiano, por não prever a possibilidade de o agente, mediante inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano”.¹⁰⁷

Dentro da sistemática vigente, o que se observa é a firme intenção de proteger o consumidor contra os danos causados pela falta de qualidade dos serviços e produtos oferecidos pelos fornecedores e, o grande avanço trazido pelo CDC para regram a responsabilidade civil dos fornecedores e proteger a saúde e segurança do consumidor foi a adoção da teoria da responsabilidade objetiva, o que sem dúvida, veio contribuir para estabelecer a necessária justiça na relação consumerista.

¹⁰⁶ ZULIANI, Ênio Santarelli, *Responsabilidade civil fundada em erro médico: Inversão do ônus da prova*. 2000. p. 137.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, 5. Ed. São Paulo, Editora Saraiva. 1994. p. 254.

Para que o princípio da boa-fé esteja presente nas relações de consumo, necessário que haja entre as pessoas físicas ou jurídicas, atuação social límpida, sem intenções camufladas, engodo ou má-fé contra a outra parte contratante.

Essa observação é direcionada mais à conduta do fornecedor, que, por ser a parte que toma as iniciativas na relação de consumo, tem a liberdade de escolha quanto a forma de atuar no mercado. E, nem sempre, o fornecedor se mostra ético em seu propósito, fazendo do consumidor, presa fácil, diante de sua típica vulnerabilidade.

Por ser o consumidor vulnerável, a tutela do consumidor passou a ser uma questão pública, e a dimensão coletiva existente na relação de consumo passou a ser fator preponderante, merecendo estudos dos doutrinadores e operadores do direito, no sentido de buscar responsabilidades civis para àqueles que não atuarem dentro do princípio da boa-fé.

O tema que envolve a responsabilidade civil, ainda nos dias atuais apresenta significativo grau de dificuldade e complexidade, em razão dos aspectos que compõem a problemática dos serviços. Porém, os estudos prosseguem, no sentido de fixar ou definir bem a importância do papel que a responsabilidade civil desempenha para o correto e adequado convívio social.

Desde os primórdios do direito, a aplicação da boa-fé era ajustada através da máxima *neminem laedere*, regra que exprimia o desejo de não fazer mal a ninguém, que exigia respeito à esfera jurídica alheia, respeito ao direito de todos e propiciar o equilíbrio necessário para o adequado convívio social.

O que se buscava era evitar o dano, que, com o passar dos tempos e diante do desenvolvimento natural verificado, com o aumento do número de tipos de serviços, aquela intenção de evitar o dano sucumbiu.

Diante do surgimento do dano, emergiu a necessidade de atribuir responsabilidade civil ao seu causador, para possibilitar a reposição do equilíbrio injustamente rompido. E, o consumidor, parte mais vulnerável, via de regra, era quem sofria o dano e, por conseguinte, para quem se buscava recuperar o equilíbrio rompido, em razão do descumprimento praticado pelo prestador do serviço.

E o CDC brasileiro apresenta os vetores que direcionam o equacionamento da responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços, onde, na Seção II, do Capítulo IV, estão estabelecidas as regras inerentes a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, e, na Seção III, do mesmo Capítulo IV, constam as regras relativas a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro apresenta nova configuração, separando a responsabilidade pelos acidentes de consumo, da responsabilidade pelos incidentes de consumo, dando mostras de sua modernidade, de onde se destaca a prioridade de proteger o lesado, abandonando os preceitos antigos que estavam impregnados pela teoria da culpa.

Mesmo diante da modernidade apresentada pelo CDC, a variedade do fornecimento do serviço, tornou a relação entre o fornecedor e o consumidor, bastante complexa, e as conseqüências negativas, atingiram mais o consumidor, provocando uma reação no sentido de destinar maior proteção ao consumidor, parte mais vulnerável da relação consumerista.

Então o Código de Defesa do Consumidor reconheceu e considerou necessário adotar uma postura que claramente busca a socialização entre os consumidores de todos os custos dos maus fornecimentos, de tal forma que, mesmo que de forma indireta, o destinatário final da produção é quem deve arcar com os custos decorrentes do mau fornecimento do produto, de uma postura inadequada ou de má-fé.

É importante mencionar que, independentemente da espécie de responsabilidade civil prevista para o fornecedor, o CDC expressa de forma precisa que, todo aquele que contribuir para a ofensa a direito do consumidor, terá o dever de indenizar, conforme preceito contido no parágrafo único do artigo 7º do referido Código.

A adoção da boa-fé e a intenção de não lesar o direito de outrem, devem ser observadas como regras fundamentais da vida social, devendo cada um evitar a violação dessas obrigações, sob pena de ser responsabilizado pelos danos decorrentes, mesmo que não tenha tido a intenção de prejudicar.

9.5 DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÕES

A regra inserta no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal afirma com clareza que o Estado e os prestadores de serviços públicos devem responder objetivamente pelos danos causados a terceiros, sem considerações acerca da culpa ou dolo.

A moderna corrente doutrinária, com algumas exceções, tem afirmado que para configurar a responsabilidade objetiva do Estado e, por conseguinte, o dever de indenizar, basta que o ofendido comprove a existência do dano e o nexo causal entre este dano e a atividade estatal.

É conveniente reprimir que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira não pacificaram entendimento acerca da natureza da responsabilidade objetiva do Estado por conduta omissiva, em razão da divergência sobre a revogação tácita, ou derrogação, do artigo 15 do CC. de 1916 (artigo 43 do Código Civil vigente), frente ao regramento preconizado no § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

São duas posições distintas que se observam sobre o assunto: uma que defende que a responsabilidade do Estado por conduta omissiva tem natureza subjetiva, com base no artigo 15 do CC. de 1916, o que conduz a idéia de que, apenas a responsabilidade por condutas comissivas é que teria a natureza objetiva; a outra posição admite que, tanto para a conduta comissiva como para a omissiva, deve ser aplicada a regra do artigo 37, § 6º da Constituição Federal vigente, portanto, o Estado será responsabilizado com base na teoria da responsabilidade objetiva.

Em pleno Século XXI, o que transparece é que, a finalidade da responsabilização civil está esquecida no Brasil, até mesmo pela Suprema Corte do Poder Judiciário, que vem concedendo oportunidades á políticos, cidadãos e partidos políticos¹⁰⁸, com indícios fortes de

¹⁰⁸ Os ex-ministros do Governo Luiz Inácio Lula da Silva, José Dirceu e Antonio Palocci; os ex-dirigentes do Partido dos Trabalhadores, Silvio Pereira e Delúbio Soares; o publicitário Marcos Valério, dentre outros, prestaram depoimentos nas CPIs, protegidos por decisões do STF que lhes concederam a prerrogativa de não responder perguntas formuladas pelos membros das Comissões Parlamentares, formadas para investigar os porões do PT e do próprio governo Lula.

terem causado danos morais e materiais á sociedade brasileira, de zombarem perante Comissões Parlamentares de Inquéritos –CPI’s - instaladas no Congresso Nacional.

É sabido que, a responsabilidade civil tem por finalidade precípua o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano.

Por isso, há em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade civil não só abrangida pela idéia do ato ilícito, mas também, há o ressarcimento de prejuízos em que não se cogita da ilicitude da ação do agente ou até da ocorrência de ato ilícito, o que se garante pela Teoria do Risco, haja vista a idéia de reparação ser mais ampla do que meramente o ato ilícito.

O princípio que sustenta a responsabilidade civil contemporânea é o da *restitutio in integrum*, isto é, da reposição do prejudicado ao *estatus quo ante*. Neste diapasão, a responsabilidade civil possui dupla função na esfera jurídica do prejudicado: a) mantenedora da segurança jurídica em relação ao lesado e, b) sanção civil de natureza compensatória¹⁰⁹.

Em sede de responsabilidade civil do Estado, a moderna doutrina tem sustentado que, tanto a teoria da responsabilidade objetiva – entendido, risco administrativo – quanto á teoria da responsabilidade subjetiva da culpa anônima – reservada aos atos omissivos -, são aplicáveis em nosso sistema jurídico.

Entretanto, a partir da vigência da Constituição Federal de 1.988, do ponto de vista eminentemente técnico, não há como sustentar a responsabilidade subjetiva, mesmo que a culpa seja anônima, eis que, o artigo 37, § 6º da CF afirma que, tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Assim, resta evidente o dever do Estado de indenizar, independentemente de culpa ou dolo, seja em face de condutas omissivas ou comissivas.

¹⁰⁹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A Responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. Jus Navigandi, <http://www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id=4365>. Teresina, 7, n. 106, 17 out. 2003.

Não se pretende aqui dizer que o Estado deva assumir um dever geral de indenizar, transformando-se na chamada “seguradora universal”.¹¹⁰ A pretensão é a de afirmar que a responsabilidade do Estado, em face da Constituição Federal vigente é sempre objetiva, mesmo na ocorrência de atos omissivos. Essa afirmação não implicaria colocar o Estado dentro da teoria do risco integral, e mesmo que assim fosse, seria necessária a comprovação, por parte do ofendido, da existência de dano e de nexo causal.

O artigo 174 da Constituição Federal expressa que, o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica tem as funções de fiscalizar, incentivar e planejar as atividades sociais e econômicas.

Por outro lado, o artigo 170 da CF. prescreve que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos, existência digna, observando o princípio da defesa do consumidor (inciso V do mesmo artigo).

Essa responsabilidade objetiva decorrente de atos omissivos do Estado alcança as regras inseridas no Código de Defesa do Consumidor, que nada mais é que um sistema especial, direcionado a proteger o consumidor. Em assim sendo, como todo sistema move-se em torno de algum princípio essencial e, o princípio mais importante inserido no CDC é o da vulnerabilidade do consumidor (inciso I do artigo 4º), o Estado deve responder por suas omissões que causam danos aos consumidores.

9.6 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANO DECORRENTE DO PLANEJAMENTO

Almiro Couto e Silva,¹¹¹ explica que nos regimes de corte democrático, o primeiro problema jurídico que o planejamento projeta no plano lógico – o da admissibilidade em face da Constituição Federal – é hoje, senão uma indagação de valor puramente histórico, pelo menos uma questão de simples medida.

¹¹⁰ Expressão preconizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes Ferreira, em artigo denominado: *Perplexidades acerca da Responsabilidade Civil do Estado: União seguradora universal?*. 2005.

¹¹¹ COUTO E SILVA, Almino. *Responsabilidade por dano decorrente de planejamento*. RDP 63/129, item 4, Revista Trimestral de Direito Público – 11, pp. 13-16.

Efetivamente, não se discute mais que o planejamento seja possível dentro dos regimes democráticos. O que se pode discutir é se determinado plano, sob suspeita de violar, direitos e garantias individuais, será ou não conciliável com a Constituição.

Sobre o tema, Couto e Silva¹¹² conclui que o Estado não pode deixar de indenizar quando, através de ato lícito ou ilícito, causa dano ao administrado por descumprir planos incitativos ou estimulativos; por descumprir planos imperativos, como *verbi gratia* o malfadado Plano Cruzado adotado no Brasil, em 1986, durante o governo Collor e também por descumprir planos meramente indicativos, cogentes para a pessoa pública, artigo 174 da Constituição Federal: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Para entender o tema proposto por Couto e Silva¹¹³, importante conceituar, Plano Indicativo como sendo aquele em que o Governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada. Por outro lado, Plano Incitativo é aquele em que o Governo não somente sinaliza, mas pretende também o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesse plano há não apenas a indicação como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, quer por meios de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore. Nessa hipótese, contam os administrados que ao plano aderem com a confiança, a boa-fé e a lealdade da administração. Portanto, se modificações ocorrerem, certamente, em casos concretos existirão prejuízos. Por sua vez, o Plano Imperativo, fala por si, ou seja, a própria palavra o define. Imperativo é o que deve ser observado.

Lembrando lição do jurista Celso Antonio Bandeira de Mello¹¹⁴, todo Direito Administrativo se constrói sobre duas pilastras: de um lado as competências do Estado, as funções estatais, e de outro, as garantias dos administrados. Desse postulado, constrói-se o regime jurídico administrativo, com o desdobramento dos princípios.

¹¹² COUTO E SILVA, Almino. *Responsabilidade por dano decorrente de planejamento*. RDP 63/129, item 4, Revista Trimestral de Direito Público – 11, p. 14.

¹¹³ Op. cit. p. 15.

¹¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed. revista e ampliada, Malheiros Editores, 1995, pp.15-42.

O princípio da boa-fé, de importância vital para o Direito Administrativo, foi estudado por Jesús Gonzáles Peres¹¹⁵, e sua tese segue a mesma linha de pensamento, antes exposto.

Por sua vez, Ruy Cirne Lima¹¹⁶, ao falar sobre a responsabilidade do Estado como decorrência do Estado Democrático de Direito define que, aos princípios do Estado de Direito deve corresponder necessariamente a obrigação de se responsabilizar o Estado por condutas que atinjam os administrados, sejam estas lícitas ou ilícitas.

O estudo realizado comprova a importância do Estado para equilibrar a relação, fornecedor/consumidor, através de planejamento ideal, sob pena de ser responsabilizado objetivamente, por suas omissões. Em busca do equacionamento dessa problemática, no próximo item será demonstrado que o Estado é elemento fundamental para sanear o mercado consumerista e a vulnerabilidade do consumidor.

¹¹⁵ PERES, Jesús Gonzáles, *El Principio de la Buena Fé em Derecho Administrativo*, Madri, Civitas, 1983, p. 46.

¹¹⁶ LIMA, Ruy Cirne. *Principios de Direito Administrativo*. 5ª ed. Editora RT, São Paulo, 2000. p. 51.

10 O EQUACIONAMENTO DA PROBLEMÁTICA DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

10.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE SE APLICAM ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

A idéia de Princípio designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por um pensamento normativo, de onde as demais idéias ou normas se subordinam¹¹⁷.

Carmem Lúcia Antunes Rocha¹¹⁸ define que, no Princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normativo.

De fato, através dos Princípios Constitucionais é possível equacionar a vulnerabilidade do consumidor brasileiro, já que, “o Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”.¹¹⁹

Os Princípios Constitucionais disponibilizados na Constituição Federal de 1.988, formam verdadeira constelação de Princípios Gerais das Relações de Consumo: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Princípio da Isonomia; Princípio da Liberdade; Princípio da Informação; Princípio do Controle da Publicidade e, Princípio da Eficiência.

O Princípio da **Dignidade da Pessoa Humana**: (artigo 1º, inciso III da CF) trata-se de um fundamento que se encontra presente em todo sistema jurídico, e que fala da dignidade enquanto pressuposto da vida humana, da vida digna que se concretiza com a realização dos mandamentos constitucionais do caput do artigo 6º e do artigo 225. Importante lembrar que a dignidade da pessoa humana se faz sentir quando observado realmente o direito que toda pessoa tem de viver num ambiente equilibrado ecologicamente; de ter boa saúde, trabalho remunerado dignamente, educação pública e de qualidade, moradia, lazer, segurança, proteção à maternidade, infância e assistência social.

¹¹⁷ ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 47.

¹¹⁸ ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, 2004, p. 21.

¹¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, 6ª edição, Malheiros Editores, 1995, p. 415.

A Lei 8.078/90 – CDC – em seu artigo 4º, caput, evidencia o princípio da dignidade humana, inserido que está na Política Nacional das Relações de Consumo, que tem por objetivo o atendimento das necessidades básicas dos consumidores (respeito a sua dignidade, saúde, segurança e proteção de seus interesses econômicos e a melhoria de sua qualidade de vida). Aliás, o próprio artigo 170 – caput – da CF. estabelece que a ordem econômica deve assegurar a todos a existência digna.

Quanto ao Princípio da **Isonomia**, não é correto pensar que a Lei 8.078/90 é inconstitucional por estabelecer a defesa do consumidor, ferindo com isso o princípio constitucional da isonomia, eis que, o CDC só faz cumprir e de forma fiel o mandamento da isonomia, determinado no artigo 5º, inciso XXXII – *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor* –; no artigo 170, inciso V, ambos da Constituição Federal de 1.988 e ainda, o artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, buscando a igualdade real e não a formal. Ao proteger o consumidor com os instrumentos de defesa disponibilizados, o CDC só faz equilibrar a balança da relação consumerista, estabelecendo assim a igualdade real.

O Princípio da **Liberdade** (artigos 1º, inciso IV; 3º, inciso I; 5º, incisos IV, VI, IX, LIV e LXVIII, e 170 todos da CF.) é aplicável sob diversos aspectos às relações de consumo, como por exemplo, aos fornecedores que têm liberdade de exercer atividade lucrativa, denominada por livre iniciativa, porém, essa liberdade tem limites como os estabelecidos pelo artigo 170, inciso V da CF., que objetivam a defesa do consumidor, através de garantias de preço, de qualidade e também de segurança.

Por outro lado, o CDC, de forma indireta coíbe a prática de concorrência desleal, servindo de regra legal protetora da livre concorrência, concedendo liberdade, ao consumidor, de contratar serviços ou adquirir produtos, muito embora essa liberdade esteja restrita, pois o contrato de adesão é a regra nas relações de consumo.

O Princípio da **Informação** tem ampla aplicação nas relações de consumo, eis que, o artigo 5º, inciso IX e o artigo 220, ambos da CF. expressam que os fornecedores têm o direito de informar o consumidor e divulgar seus serviços e produtos. O mesmo artigo 5º, em seu inciso XIV concede ao consumidor o direito de se informar e de ser informado sobre os

serviços e produtos, informação essa tida como direito fundamental para o consumidor manifestar a manifestação de sua vontade real na aquisição.

O Controle da **Publicidade** é tido como um dos principais princípios em favor dos fornecedores, porque permite a apresentação dos serviços ou produtos ofertados pelos fornecedores ao mercado consumidor. A publicidade detém alto poder de persuasão, podendo atingir e orientar a vontade do consumidor.

Tamanha relevância da publicidade fez com que a própria Constituição Federal (artigo 220, inciso II, §§ 3º e 4º) expressasse competência à Lei Federal nº 9.294, de 15 de julho de 1996, regulamentada que foi pelo Decreto nº 2.018, de 1º de outubro de 1996, para estabelecer meios legais para garantir que os consumidores se defendam de propagandas de produtos ou serviços nocivos ao meio ambiente, à saúde, como as publicações de produtos agrotóxicos, bebidas alcoólicas e de cigarros, em horário impróprio, cujas publicidades devem conter as advertências claras e legíveis sobre os malefícios em caso de uso.

Para os objetivos desta pesquisa, o Princípio da **Eficiência** é de fundamental importância, pois, o Estado é um dos principais fornecedores no mercado de consumo de produtos e serviços e, portanto, com dupla responsabilidade para evitar a hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor e alcançar o equilíbrio necessário na balança consumerista.

Esse princípio (previsto no CDC - artigo 4º, inciso VII – positivando como princípio geral da política nacional das relações de consumo a *racionalização e melhoria dos serviços públicos*), foi inicialmente introduzido na CF através da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, e encontra-se inserido em seu artigo 37.

Os citados princípios constitucionais, analisados conjuntamente com as regras do Código de Defesa do Consumidor, permitem entender que a relação, fornecedor/consumidor, tem um sistema legal moderno e adequado às demandas; entretanto, o campo de autonomia de vontade deixou de existir, cedendo espaço aos chamados contratos de adesão, contratos com cláusulas de exclusão da responsabilidade contratual, com prevalência dos fornecedores sobre os consumidores, e o domínio do *marketing*¹²⁰.

¹²⁰ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*, São Paulo, RT, 1993, passim.

Inexistindo autonomia de vontade, há o favorecimento da parte mais forte da relação consumerista – o fornecedor -, condição que fere os objetivos do CDC, qual seja, regular as relações de consumo com ênfase a defesa do consumidor, para a manutenção do equilíbrio do mercado em perfeita consonância com a CF. de 1988, quer como direito individual e coletivo, quer como princípio da atividade econômica.

Não foi por acaso que o CDC instituiu um microssistema próprio de intervenção no mercado de consumo cujas regras - de ordem pública e interesse social -, objetivam sempre a proteção e a defesa da parte mais vulnerável, ou seja, o consumidor.

É possível afirmar que o CDC é motivado pela convicção de que a relação de consumo não pode ser deixada ao arbítrio individual, porque acarretaria graves prejuízos a sociedade.

Mesmo com todo esse respaldo legal, o consumidor continua sendo hipossuficiente e vulnerável, fragilidade que decorre da carência de três aspectos: **o técnico, o jurídico e o fático**.

Poderá estar **tecnicamente** vulnerável o consumidor perante o fornecedor quando não conhece as informações técnicas ou não tem domínio sobre conhecimentos particulares, não tendo, portanto, condições de entender adequadamente as qualidades técnicas do serviço ou produto que está adquirindo.

O consumidor estará **juridicamente** vulnerável quando não tem conhecimento das regras legais e econômicas.

Essa presunção vale para as pessoas físicas e para os não profissionais, eis que, os indivíduos profissionais e as pessoas jurídicas devem ter conhecimentos, jurídicos e econômicos para exercitarem a contento suas funções.

E do ponto de vista **fático**, o consumidor poderá ser vulnerável, na relação que implica diretamente a condição de seu fornecedor quanto ao aspecto econômico ou essencial do serviço prestado ou do produto vendido, já que, sabidamente, o fornecedor detém situação de superioridade em relação ao consumidor.

Oportuno lembrar a lição de Nelson Nery Junior que ensina:

[...] devem os consumidores ser tratados de forma desigual pela lei, a fim de que se atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao dogma constitucional da isonomia (art. 5º, caput, Constituição Federal), pois devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades (isonomia real, substancial e não meramente formal).¹²¹

10.2 ESTADO: ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA SANEAR O MERCADO CONSUMERISTA E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Como já observado nesta pesquisa, apesar da relevância do Código de Defesa do Consumidor, a prática da relação consumerista tem demonstrado que, só a existência do CDC não põe fim aos abusos que continuam sendo praticados contra os consumidores. Não obstante suas regras modernas, atualizadas - e que expressam vontade real de corrigir as desigualdades existentes no mercado consumerista, sejam de caráter informativo ou de poder de barganha -, ainda não alcançou os anseios do consumidor, quer pela incapacidade ou falta de vontade do mercado de consumo em proteger, com suas próprias leis, o consumidor de forma adequada, quer pela omissão ou falta de planejamento do Estado em assuntos de sua exclusiva responsabilidade e competência envolvendo a relação consumerista.

Nesse pensamento, interessante observar o papel do CDC na modernização do capitalismo brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor não é simplesmente um instrumento de revolução social, mas sim, importante e verdadeiro caminho para a modernização do capitalismo brasileiro.

A razão maior do CDC é a busca de uma condição compatível entre os interesses dos consumidores e dos fornecedores, observando sempre o fortalecimento da livre iniciativa. Aliás, o artigo 170, inciso V da CF. expressa que a defesa do consumidor é um dos princípios informadores da economia de mercado.

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson, *Os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n. 07. 1992. p. 53.

Nesse sentido, a figura do Estado surge como elemento fundamental para se alcançar o saneamento do mercado: extinguindo a vulnerabilidade do consumidor, cura-se o problema específico do consumidor e, por conseguinte, chega-se à cura do mercado.

Mas, para isso, é necessário o Estado atuar de maneira exemplar, tanto na condição de fornecedor, como de agente fiscalizador implacável aos regramentos existentes.

Como agente administrador, o Estado deu um passo importante criando órgãos públicos e entidades que poderiam ser muito mais úteis ao consumidor, se operassem em prol dos consumidores e não com intenções políticas, como está a ocorrer em grande parte dos órgãos e entidades públicas.

O Estado criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – para solucionar problemas relacionados com telefonia.

Acredita-se que o consumidor brasileiro esteja insatisfeito com a barganha praticada pelo Estado brasileiro com empresas estrangeiras, dos serviços telefônicos antes realizados por empresas estatais - mais satisfatórios do que os prestados atualmente pelas empresas estrangeiras -. Qualquer consumidor dos serviços telefônicos hoje em dia padece, na vã tentativa de fazer uso dos serviços dos 0800 disponibilizados pela maioria das entidades bancárias, empresas, indústrias, hospitais, serviços de emergências, serviços públicos federais, estaduais e municipais em geral, de médio e grande porte. Essa prática caracteriza verdadeira propaganda enganosa, sem que, nenhuma atitude tenha sido tomada pelos agentes estatais competentes.

Apesar da criação da ANATEL, os serviços telefônicos oferecidos continuam insatisfatórios.

O Estado criou várias outras agências e órgãos públicos¹²², que estão relacionados como disponíveis, ao consumidor.

Existem organizações não governamentais – ONGs -, por vezes sem qualquer vínculo com empresas estatais, governo ou partidos políticos, cuja função primordial é a de educar e conscientizar os consumidores a respeito da defesa de seus direitos, bem como a exigência de uma postura ética nas relações de consumo. Uma dessas ONGs que merece citação é o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC -, membro do Fórum Nacional das Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor brasileiro e da Consumers International, organização que congrega cerca de 200 associações de consumidores em mais de 100 países.

Como visto, existem muitos Órgãos, Agências, Associações, Conselhos, Departamentos, Institutos, Organizações, Serviços, Secretarias, Leis e Códigos, disponibilizados em favor dos consumidores, que desconhecem muitos deles e suas funções, por falta de divulgação correta e adequada e também de planejamento por parte do Estado. Se não bastasse, nem sempre as regras da relação consumerista são obedecidas.

Exemplo a ser citado é o que ocorre com as Agências Reguladoras, que foram criadas pelo governo para receber reclamações de consumidores e fiscalizar a prestação dos serviços

¹²² Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL -, *para solucionar os problemas originários com energia elétrica*; Agência Nacional de Petróleo – ANP – *que recebe denúncias de consumidores e fiscaliza a qualidade dos combustíveis*; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS -, *que recebe denúncias de abusos de planos de saúde e seguros-saúde*; Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA -; Banco Central do Brasil – BACEN – *cuj a função relacionada ao consumidor é a de prestar informações referentes à fiscalização dos serviços bancários e das operações de crédito, além de informações gerais sobre o Sistema Financeiro Nacional*; Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundo – CCF – do Banco Central; Comissão de Valores Mobiliários – CVM – *que regulamenta e fiscaliza as atividades de mercado de valores mobiliários, como operações nas Bolsas de Valores; recebe denúncias sobre as operadoras e esclarece dúvidas sobre os investimentos dos consumidores*; Conselho Monetário Nacional – CMN -; Conselho Nacional de Saúde Suplementar – CONSU -; Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN -; Conselho Regional de Medicina – CRM -; Departamento de Aviação Civil – DAC – *para solucionar problemas com transporte aéreo*; Departamento Estadual de Polícia do Consumidor – DECON -; Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN -; Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor – DNPDC – *para instaurar processos administrativos nos casos em que há lesão ao interesse ou direito coletivo dos consumidores*; Instituto Brasileiro de Turismo – EMBRATUR -, *que substituiu a antiga Empresa Brasileira de Turismo*; Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO -; Instituto de Pesos e Medidas – IPEM -; PROCONS – *para atender e encaminhar todo tipo de queixa relacionada ao direito do consumidor; receber denúncias com relação a direitos individuais e encaminhar a reclamação no âmbito administrativo*; Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME -; Serviço de Compensação de Cheques e Outros Papéis – SCCOP -; Centralização dos Serviços dos Bancos S/A. – SERASA -; Serviço de Inspeção Federal – SIF-; Serviço de Proteção ao Crédito – SPC -; Superintendência de Seguros Privados – SUSEP; Secretaria – Centros - de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde – SVS/MS -, *para receber reclamações sobre problemas de saúde pública, objetivando a interdição do estabelecimento ou fornecedor de produtos deteriorados produzidos, vendidos ou fornecidos*.

públicos e também de outras atividades relevantes, cuja importância exige acompanhamento contínuo para aferir se estão sendo praticadas com regularidade. No entanto, o que se observa é que, muitas vezes, essas Agências desconsideram as regras do próprio Código de Defesa do Consumidor, causando resultados danosos à parte vulnerável da relação de consumo – consumidor –, em decorrência dos atos, portarias e resoluções baixadas, com interesses maiores voltados não para os consumidores, mas sim, para o ajustamento de interesses políticos. O mesmo ocorre em relação ao BACEN e a SUSEP, órgãos governamentais que desempenham importante papel na regulamentação das atividades bancária e securitária, de grande relevância para os consumidores.

A regra inserta no artigo 22 do CDC explicita que:

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. (g.n.).

Parágrafo único: Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas, compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

O artigo citado obriga o Estado fornecer os serviços de forma correta, eficiente e segura, inclusive os de atendimento ao consumidor que forem criados e mantidos pelo Poder Público. E, se esses serviços forem essenciais, como fornecimento de água, luz e telefone, devem ser prestados sem interrupção, sob pena do Estado sofrer ação judicial que o obrigará a prestá-lo, conforme determina o CDC, arcando o Poder Público com os danos eventualmente sofridos pelo consumidor.

O Estado vem dando oportunidades de ser alvo de críticas severas, como nunca antes haviam sido feitas, como ocorreu em um Recurso Especial julgado pelo E. STJ do Estado de Santa Catarina, que a guisa de exemplo foi selecionado para servir de exame do problema.

A ementa de referido recurso diz textualmente:

A Companhia Catarinense de Água e Saneamento negou-se a parcelar o débito do usuário e cortou-lhe o fornecimento de água, cometendo ato reprovável, desumano e ilegal. Ela é obrigada a fornecer água à população de maneira

adequada, eficiente, segura e contínua, não expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento”. (Resp. 201.112/SC – 1ª T. – STJ – j. 20.04.1999).¹²³

É certo que, em mais de quinze anos de vigência, o CDC desestimulou muitas práticas predadoras envolvendo a relação consumerista, mas, outras apareceram, como o *marketing* invasivo, agressivo ou hostil. Há um esgotamento desse tipo de abordagem contra o consumidor, como ocorre com os *tele-marketing*, convidando o consumidor a trocar de aparelho, de plano ou de operadora. É necessário que os consumidores se organizem e pressionem o Estado no sentido de conseguir mecanismos que regulem a matéria com eficiência.

A maioria dos consumidores carece de informações úteis e necessárias e desconhecem os benefícios e direitos que o CDC pode trazer no dia-a-dia. Decisões judiciais, como a decorrente do Recurso Especial 201.112/SC antes citado, julgado que foi pelo Superior Tribunal de Justiça, do Estado de Santa Catarina, devem ser divulgadas e explicadas pelo Governo aos consumidores.

Os Procon's e Juizados Especiais recebem muitas reclamações e processos contra empresas de telefonia, faculdades e instituições financeiras, tidas como as campeãs da insatisfação. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal – STF – reconheceu que a relação de um cliente com sua instituição financeira, trata-se de uma relação de consumo e que deve obediência às regras do CDC.¹²⁴

Esses acontecimentos devem ser divulgados e maiores informações devem ser disponibilizadas à população. A informação é um dos Princípios Constitucionais disponibilizados na Constituição Federal de 1.988, e que tem ampla aplicação nas relações de consumo, eis que, o artigo 5º, inciso IX e o artigo 220, ambos da CF. expressam que os fornecedores têm o direito de informar o consumidor e divulgar seus serviços e produtos. O mesmo artigo 5º, em seu inciso XIV concede ao consumidor o direito de se informar e de ser informado sobre os serviços e produtos, informação essa tida como direito fundamental para o consumidor.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 20 de abril de 1999. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, pp. 244-245, jul/set. 1999.

¹²⁴ Revista da Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano, 25 de junho de 2006. p. C 4. O STF no início do mês de junho de 2006, julgou improcedente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin –, que pretendia livrar as instituições financeiras da obediência ao Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, o papel do Estado, como agente fiscalizador, deve ser eficiente e, a eficiência é um dos Princípios Constitucionais de fundamental importância, pois, o Estado também é um dos principais fornecedores no mercado de consumo de produtos e serviços e, portanto, com dupla responsabilidade para evitar a vulnerabilidade do consumidor e alcançar o equilíbrio necessário na relação fornecedor-consumidor, mostrando-se como o maior interessado e respeitador dos direitos dos consumidores que com ele se relacionam, até porque, o respeito á boa-fé objetiva na contratação, faz parte do contexto que impele o fornecedor a contribuir para que seus contratos de fornecimento venham a cumprir sua função social.

CONCLUSÃO

Diante da problemática aqui discutida, uma vez tecidas as considerações e argumentações, tem-se em conclusão, que a concepção a ser acolhida deve pautar-se no sentido de entender que, a vulnerabilidade do consumidor ainda existente, para deixar de existir ou estar em condições de equilibrar a relação consumerista, deve ter a participação do consumidor, mas, principalmente do Estado.

O próprio Estado deve se fazer presente, e de forma intensiva no mercado de consumo e na fiscalização, garantindo os produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, durabilidade, segurança e desempenho. O Estado pode ainda aprimorar sua legislação específica – CDC – através de adesão a tratados internacionais, em prol da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, permitindo a viabilização dos princípios nos quais se funda a ordem econômica estampada no artigo 170 da Constituição Federal, sempre com base na boa-fé e no equilíbrio na relação fornecedor-consumidor: equidade, equilíbrio e boa-fé objetiva.

Os incisos do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor indicam outros dispositivos para tratamento mais específico aos direitos básicos do consumidor, dentre eles merecendo destaque: o direito à proteção da vida, da saúde e da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Os direitos acima comentados se coadunam com os princípios gerais da política nacional das relações de consumo e principalmente com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O consumidor tem direito à educação e à divulgação sobre o consumo adequado, dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; esse dispositivo garante a concretização do princípio constitucional da igualdade e esclarece que não poderá haver discriminação para com o consumidor.

É preciso mencionar que os direitos do consumidor não se esgotam naqueles estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, pois, outros decorrentes de Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil seja signatário são observados (como por exemplo, a Resolução nº 39/248, de 10.04.1985, das Nações Unidas, que versa sobre a proteção do consumidor e que serviu de inspiração para o nosso CDC). A legislação interna ordinária, os regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes e os princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade servem de parâmetros para viabilizar a melhor proteção dos direitos do consumidor. Aliás, o próprio CDC, em seu artigo 7º expressa que a proteção do consumidor pode ser estendida além do âmbito da lei consumerista. Citado dispositivo foi inspirado no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal que trata dos direitos e garantias fundamentais, já que a defesa dos consumidores constitui cláusula pétrea.

A conjuntura que envolve a vulnerabilidade do consumidor, apesar das leis e regras existentes, merece maior atenção do Estado Brasileiro, porque, considerando que todos os caminhos da modernidade levam á uma globalização, e a fragilidade do consumidor faz parte de uma problemática á ser equacionada a nível internacional, necessário que o consumidor brasileiro esteja preparado e protegido para não ser tolhido de um direito fundamental para sua boa qualidade de vida, assegurada constitucionalmente.

Com o advento da Lei nº 8.078/90, o sistema jurídico brasileiro sofreu profundas modificações, pelo estabelecimento de um sistema codificado moderno, mais adequado às demandas da atualidade. Dentre as regras do CDC, destaca-se os instrumentos da jurisdição coletiva, entendendo o consumidor como membro de uma coletividade e, o objetivo de regular as relações de consumo, para permitir real equilíbrio no mercado, em perfeita consonância com a Carta Magna, seja como direito individual e coletivo (inciso XXXII do artigo 5º), seja como princípio da atividade econômica (inciso V do artigo 170).

No tocante as obrigações e responsabilidades decorrentes dos danos sofridos pelos consumidores, sabiamente o legislador fez constar no CDC, a teoria do risco integral, através da qual a apuração da responsabilidade civil de dano ao consumidor será dada objetivamente, eliminando o tormentoso caminho da verificação da culpa do agente, condição probatória que era muito difícil para o consumidor obter.

Com a teoria do risco integral da atividade, que adveio em nome do princípio da equidade constitucional e da vulnerabilidade do consumidor, o fornecedor de produto ou serviço, assume integralmente os riscos pelos danos causados decorrentes de sua atividade, conforme previsão contida entre os artigos 12 ao 18 do CDC – é a chamada responsabilidade objetiva, através da qual caberá ao consumidor provar somente o dano e o nexo de causalidade do agente -.

Relativamente aos danos, de se observar que a indenização decorrente do dano moral, busca a satisfação dos interesses do lesado, com vistas a restaurar o seu patrimônio ou compensar o seu sofrimento, conforme o caso.

O dano moral ocorre na esfera da subjetividade, e deriva de práticas atentatórias à personalidade, traduzindo-se em sentimento de pesar íntimo do ofendido, capaz de gerar alterações psíquicas ou prejuízo ao aspecto afetivo ou social do seu patrimônio moral. Como observado, existem duas espécies de dano, o de cunho material e o de cunho moral; eles têm como principal diferença o fato de que o primeiro se resolve em indenização, ocorrendo, nesse caso, a eliminação do prejuízo e das conseqüências da conduta lesiva, enquanto que o segundo possui natureza eminentemente compensatória, pois não é possível o retorno ao *status quo ante*.

Para a configuração do dever de reparar os danos morais, não há se cogitar da prova do prejuízo, como ocorre em face da indenização por danos materiais. Regra geral, basta à constatação do nexo de causalidade entre o dano e a conduta lesiva do ofensor.

A fixação do *quantum* compensatório é tema delicado para o Direito, pois se exige certa sensibilidade do julgador, pois, como visto, diferentemente do que ocorre com relação aos danos materiais, não se volta à recomposição patrimonial do ofendido, com o restabelecimento puro e simples do *status quo ante*; mas sim, persegue a compensação das dores e aflições da vítima.

O valor reparatório, a título de dano moral, deve ficar ao prudente arbítrio do magistrado, único legitimado a aferir, a partir de seu convencimento a extensão da lesão e o que a esta corresponda.

Há quem tema tamanha liberdade conferida ao julgador, e defenda a implantação de um arbitramento de valores por parte da lei, a fim de coibir excessos que porventura possam ocorrer, mas, isso não apresenta como a melhor alternativa.

Sabe-se que os interesses subjetivos de cada vítima são sempre diferentes, e diversos são os efeitos causados pelos danos cometidos, o que impossibilita a dosimetria equivalente. Esse sistema estaria a igualar realidades desiguais, o que não é admitido.

Entretanto, a prudência e a sensibilidade devem ser tomadas como base na apuração do dano moral e da indenização devida em função do mesmo.

O ponto de partida inicial que o juiz deve seguir ao fixar o *quantum* é o valor pedido pelo ofendido, que, em tese, inicialmente seria o único capaz de mensurar o *quantum* suficiente, devido o caráter compensatório da reparação. Mas não se pode esquecer que a reparação pecuniária do dano moral não indeniza de maneira satisfatória, a agressão sofrida pelo lesado.

Num segundo momento, cabe a intervenção do juiz, apreciando a gravidade e a extensão do dano, as circunstâncias (objetivas e subjetivas) do caso, a situação pessoal e social do ofendido e a condição econômica do ofensor.

Nesse plano, é que o juiz deve preponderar à idéia de sancionamento do ofensor, fixando um valor reparatório razoavelmente expressivo, como forma a evitar a reiteração de casos futuros. Deve ainda o julgador atentar, quanto à possibilidade do enriquecimento do ofendido, que somente se admite em situações excepcionais, desde que, não se identifiquem especulações desonestas.

Somente considerados todos esses aspectos pelo Juiz é que estaria assegurada a quantificação da indenização devida por dano moral de forma a punir o ofensor na proporção da gravidade da lesão por ele cometida, o que poderia não ocorrer se o valor fixado fosse simbólico ou tabelado, impedindo com isso, que o *quantum* seja expressão de arbitrariedade e se alcançando um ideal de justiça.

Dentro da atual conjuntura, é necessário lutar por um novo sistema de fixação de valores mais significativos, como se dá no sistema jurídico norte-americano, onde há o reconhecimento dos danos punitivos (*punitive damages*). Para os norte-americanos, reconhecer os danos punitivos importa na aplicação de uma sanção econômica exemplar, onde se tem um aumento do ressarcimento do dano, com o fim de castigar o causador do evento danoso. Esse aumento de ressarcimento é conhecido como “ressarcimento exemplar”, ou seja, o valor excedente que o ofensor estará obrigado a pagar, será somado à indenização que foi pleiteada pela vítima, mostrando assim a finalidade exemplar de punir firmemente a conduta antiética do demandado.

Para superar a vulnerabilidade do consumidor sanções administrativas foram fixadas para regular o poder de polícia da Administração Pública na fiscalização do cumprimento das regras inerentes à defesa do consumidor.

O Estado tem responsabilidade, dentro de sua competência, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa: editar as normas relativas e que se fizerem necessárias à produção industrial, distribuição e consumo de produtos e serviços; fiscalizar e controlar a produção, industrialização, publicidade e distribuição de produtos e serviços; fiscalizar o mercado de consumo; oferecer as melhores condições pela preservação da vida, da segurança, da informação, do bem estar do consumidor e, principalmente da preservação da vida.

Podem e devem ainda, os órgãos estatais expedir notificações aos fornecedores para prestarem informações sobre questões de interesse do consumidor, sob pena de desobediência e aplicação de multas milionárias, a exemplo das condenações que se verificam nos EUA, em casos análogos, que seriam destinadas em favor dos próprios consumidores.

Cabe mencionar que, o Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, que ao regulamentar o CDC, complementou o rol das práticas infrativas e regrou as competências do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC – e, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – Ação Civil Pública -, na qual existe um fundo social, onde deverão ser revertidas as multas aplicadas, mediante procedimento administrativo, nos termos da lei, estão esquecidas ou suas aplicabilidades não estão sendo informadas pelo Estado, como deveria, o que acaba

gerando um sentido de impunidade, favorecendo até a prática de atividades impositivas e agressivas em desfavor da parte mais vulnerável e hipossuficiente.

Se o Estado atuasse com maior vigor no mercado de consumo, com medidas administrativas, tutelando judicial e extrajudicialmente o consumidor, criando agências reguladoras, órgãos especializados na defesa do consumidor, certamente, a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor seria menor.

Questão relevante é a observância do princípio da boa-fé. Se a conduta entre fornecedor e consumidor não estiver pautada no princípio da boa-fé, não há como assegurar relação de consumo bem constituída.

A boa-fé está amplamente incorporada no CDC, tanto que, é entendida como a regra que mais orienta e norteia os princípios do referido Código.

De fato, o princípio da boa-fé orienta, sem exceções, todas as condutas pertinentes a relação consumerista e, sua importância é tão significativa, que não pode ser ignorado em nenhuma relação social.

Nesse sentido, as condutas nas relações de consumo devem ser justas, equilibradas e honestas e, as práticas contratuais e pré-contratuais não podem ser deturpadas ou desequilibradas, mas sim, compostas de um profundo sentimento ético, dando cumprimento efetivo ao dever de boa-fé, que pertence de forma igualitária a todos os participantes, notadamente aos que compõem a relação: fornecedor-consumidor.

Todavia, para que a relação consumerista esteja escorada nos princípios e deveres de boa-fé, é de fundamental importância que o fornecedor adote o princípio da boa-fé de início, ou seja, quando oferece seu produto ou serviço, porque é ele quem inicia a relação consumerista, através da oferta, o que facilitará a introdução e manutenção do princípio da boa-fé no mercado, visto que, diante da reconhecida vulnerabilidade do consumidor, dificilmente, este trará obstáculo à impregnação da boa-fé nas relações bilaterais de consumo, que devem estar escoradas também no direito, nos bons costumes, na moral e na ética.

É importante lembrar que, o princípio da boa-fé objetiva para orientar adequadamente as relações de consumo, não pode desprezar a validade ou a tradição do princípio da boa-fé subjetiva, mas sim, deve incorporar novas formas ou características adequadas à realidade, para cumprir efetivamente o seu importante papel social.

O respeito, a transparência, a lealdade, os bons costumes, devem estar sempre presentes entre os bens intencionados que pretendem estabelecer uma relação de consumo límpida, cuja conduta, nas contratações ou mesmo nas práticas de mercado devem ser pautadas por atitudes que obedecem à lei própria. Tratam de elementos essenciais do princípio da boa-fé, e que devem ser observados primeiramente pelo fornecedor, por ser ele quem toma as primeiras iniciativas para estabelecer a relação de consumo.

Se o fornecedor se portar de forma honesta, correta e ética, estará dando um passo importante e decisivo para que a relação de consumo seja produtiva e justa.

O princípio da boa-fé é considerado de relevância social e traduz o ideal do sistema jurídico em geral, notadamente nas relações de consumo.

Não se deve esquecer que o Estado caracteriza-se não só pelas importantes funções de fiscal das relações de consumo e guardião das leis, mas também, por ser um dos principais fornecedores no mercado de consumo, pelo que, os órgãos públicos, por si ou suas concessionárias, permissionárias, autarquias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a prestar serviços adequados, seguros e com maior grau de eficiência e, quanto aos serviços essenciais, deve prestá-los de forma contínua (artigo 22 do CDC).

No caso de descumprimento de qualquer das obrigações a que está vinculado, o Estado deve ser compelido a cumpri-lo, e ainda reparar os danos causados, nos termos preconizados na Constituição Federal (§ 6º do art. 37).

Mas não é isso que se observa no dia a dia. O que se observa é que o Estado não está sendo responsabilizado por suas condutas omissivas.

São observadas situações constrangedoras por que passam os cidadãos brasileiros – leia-se, consumidores brasileiros -. Como já apreciado nesta pesquisa, ao conceituar Plano

Incitativo, Couto e Silva informou que o Governo não somente sinaliza, mas também incita o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins. E assim procede, iludindo o consumidor com promessas de que vai adotar várias medidas, quer por meios de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore.

E, os consumidores brasileiros, aculturados e hipossuficientes, acabam acreditando nas promessas e aderem em massa ao plano, contando com a confiança, a boa-fé e a lealdade da administração, que nem sempre acontece.

Alcançado o objetivo, o Estado deixa de fornecer adequadamente os serviços públicos, e de fiscalizar a prestação de serviços e fornecimento de produtos, brindando com sua omissão, as desagradáveis buscas de informações por que passam os consumidores, através dos 0800; pelas cobranças indevidas por empresas de telefonia de valores relativos a “assinatura mensal”, serviço que até pouco tempo era estatal e que foi repassado para a atividade privada, sem a anuência e concordância do consumidor; cobranças de taxas de ERP, XTR e outras siglas quaisquer, desconhecidas como os são as inseridas nos extratos bancários, permitindo enriquecimento indevido aos Bancos; cobranças de pedágios, sem a contraprestação devida, ou seja, sem que as rodovias estejam em condições mínimas de trafegar; cobranças de taxas de iluminação pública; fornecimento e corte de água; coleta de lixo; segurança; educação e saúde, sem que forneça correta ou adequadamente esses bens de necessidade extrema para a própria vida.

O Poder Legislativo vem utilizando, de manobras sem qualquer ética e respeito aos consumidores, quebrando o contrato firmado, através do voto, concedido com absoluta boa-fé e esperança.

O Estado não se preocupa em expor seu planejamento aos cidadãos, e por vezes deixa de protegê-los. Não se apagou da memória dos brasileiros, a maxidesvalorização do cruzeiro – moeda vigente à época – ocorrida nos idos de 1979. Naquela época, havia o Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico em vigor. O Estado, reafirmava pelos jornais e televisões, sua intenção de manter a minidesvalorização, ou seja, de não promover modificação na política adotada.

Entretanto, apesar dos desmentidos, o Estado promoveu a maxidesvalorização da moeda, causando graves conseqüências às empresas, que haviam buscado investimentos com base na moeda americana – dólar -.

Também está na memória dos consumidores brasileiros, o confisco das aplicações, que foi praticado pelo Governo Collor, modificando o plano que havia anunciado antes de sua eleição, trazendo insegurança ao princípio da segurança jurídica, ferimento ao princípio da lealdade e da boa-fé, que são primordiais para verificação de ter a Administração Pública permanecido dentro dos lindes de sua competência discricionária ao tomar decisões administrativas de cunho político-social.

Esses acontecimentos demonstram que, cabe aos fornecedores e consumidores se ajustarem em busca da adequada relação consumerista, mas, maior responsabilidade cabe ao Estado, verdadeiro guardião das leis e defensor do interesse público.

E não é difícil alçar novos e promissores vôos em busca de adequadas e modernas regras sociais, para aplicação efetiva em favor dos consumidores, valendo lembrar que é necessário um novo paradigma de análise das regras legais; das obrigações do Estado.

É necessário buscar novos caminhos, permitindo que o direito se reafirme como uma categoria ética e como uma prática eminentemente social; que o processo de mudança seja fértil, justo e adequado às necessidades do consumidor.

O Estado não se apercebeu, que se vive novos tempos, e que a crise institucional, ética e moral que se instalou nos três Poderes, exige imediata superação, no sentido de se encontrar outras perspectivas.

Há necessidade de um novo planejamento e vontade de cumprir as regras legais existentes, inclusive o próprio Estado, que não vem cumprindo sua função de órgão fiscalizador das relações consumeristas e, como fornecedor de serviços.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ASSIM Larenz, *Metodologia*. 2002. pp. 53 e 59.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2.002.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direitos do Consumidor e Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2.002.
- BOLSON, Simone Hegele apud REYS Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1.998.
- CÓDIGO DE HAMURÁBI – CÓDIGO DE MANU – Exertos (livros oitavo e nono), São Paulo: Supervisão Editorial Jair Lot Vieira, 1994.
- CALMON, Eliana. *As gerações do direito e as novas tendências*. Rev. de Direito do Consumidor 39/45, jul-set. 2001.
- CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 263.
- CORDEIRO, Antonio Manuel. *Da boa-fé no Direito Civil*, Editora Coimbra: Almedina, 1984, v. 2, p. 54.
- _____ *Tratado de Direito Civil Português, Secção IV*.
- DENARI, Zelmo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro, 1.998.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: Conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1.993.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2000.
- FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Plano de Saúde e Direito do Consumidor*. Belo Horizonte: Atlas, 2.002.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle, Apud, Doutrina: *O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano decorrente do Planejamento*. Revista Trimestral de Direito Público – 11, p. 10.
- GAMA, Hélio Zaghetto, *Curso de Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro, Forense, 2.002.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A Responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva*. *Jus Navigandi*, Teresina, 7, n. 106, 17 out. 2003.

GIERKE, Otto von. *Lãs raices del contrato de servicios*. Madrid: Civitas. 1989. p. 23.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 18. Ed., São Paulo: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 5. Ed. São Paulo, Editora Saraiva. 1994. p. 254.

KANT, Immanuel, *Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. Textos Filosóficos- Edições 70, Edição Bilingüe-Brasiliense, organizado e traduzido por Ricardo R. Terra e Rodrigo Naves, 1985, pp. 12-14 .

LARA, Silvia Hunold, *Ordenações Filipinas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, 5. ed. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. Fontes Acontratuais das Obrigações: Responsabilidade Civil; Vol. 5, 5. Ed.Freitas Bastos.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Cap. XV, 1999.

MACEDO JR. Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, São Paulo: Max Limonad, 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Sumaríssimo: solução ou entrave?*, Júris Síntese Millenium. Síntese São Paulo.

MANDELBAUM, Renata. *Contratos de Adesão e Contratos de Consumo*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1996.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, O novo regime das relações contratuais, 3. ed., Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2002.

MARQUES, Claudia Lima, *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*, n. 45, São Paulo.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed., Editora: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

MEIRA, Silvio. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: LTr, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 6. ed. Revista e ampliada, Malheiros Editores, 1995.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, *Interpretação e integração dos negócios jurídicos* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MOTA, Mauricio Jorge, citando Tepedino, coord. 2000, (TEPEDINO, apud MOTA, Mauricio Jorge)

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*. 15. ed. v. 5, 2ª parte, São Paulo: Saraiva, 1980.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, Contratos*, Vol. 3, Editora: Forense, São Paulo 2005.

NASCIMENTO, Walter Viera Lopes. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NERY JUNIOR, Nelson. *Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. 1992.

NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais, O Novo Código Civil, Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*, Editora LTR – São Paulo.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material* (arts. 1º ao 54).

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano ; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*.

PEREIRA, Regis Fichtner, *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*, Cap. IX. Editora: Renovar, São Paulo, 2000.

PRUX, Oscar Ivan. *A Proteção do Consumidor na Prestação de Serviços*. Tese apresentada para obtenção do doutorado na PUC de São Paulo, 2001 – (não publicada).

PIRSON e DE VILLÉ, *Traité de la Responsabilité Civile, Extracontractuelle*, Bruxelles, Ed. Émile Bruyland, 1935, t. 1º, pág. 5, citado por Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil. Fontes Acontratuais das Obrigações: Responsabilidade Civil*; Vol. 5, 5. Edição., Freitas Bastos Editora.

RAGAZZI, José Luiz, *Tutela Antecipada nas Relações de Consumo*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2002.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 4. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira. *A Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo Fato do Produto no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Almiro Couto e. *Responsabilidade por dano decorrente do planejamento econômico*. RDP 63/129, item 4.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulo Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v.3, p. 111.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. São Paulo, Editora Saraiva, 2.002, p. 102.

SOURDAT, *Traité de la Responsabilité Civile*, 6. ed., t. 1º nº 1, citado por Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil. Fontes Acontratuais das Obrigações: Responsabilidade Civil*; Vol. 5, 5ª Edição, Freitas Bastos Editora.

TUHR. A. Von, *Tratato de Las Obligaciones*. Apud GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 18. Edição, Editora: Forense.

TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil*, vol I/229.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria Geral dos Contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, Vol. 2, 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2002.

ZULIANI, Ênio Santarelli, *Responsabilidade civil fundada em erro médico: inversão do ônus da prova*.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)