



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Hipossuficiência e a Vulnerabilidade do Consumidor

Flávia Petillo Mercado Musella

Rio de Janeiro
2012

FLÁVIA PETILLO MERCALDO MUSELLA

A Hipossuficiência e a Vulnerabilidade do Consumidor

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação Lato Sensu.

Orientadores: Professores: Mônica Areal, Néli Luiza C. Fetzner e Nelson Tavares.

Rio de Janeiro
2012

A HIPOSSUFICIÊNCIA E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Flávia Petillo Mercaldo Musella.

Graduada pela Universidade
Candido Mendes - UCAM.
Advogada.

Resumo: O artigo baseia-se em pesquisa do estudo dos reflexos do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico. Com base na coleta de dados feita nas obras consagradas acerca da disciplina e da experiência adquirida no estágio obrigatório da EMERJ, observou-se que o Código de Defesa do Consumidor pretende deliberar sobre todas as matérias interligadas às relações de consumo na sociedade. Tendo em vista a relação mais representativa da lei, ou seja, a relação contratual entre o consumidor e o fornecedor de bens ou serviços, será analisada a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor.

Palavras-chave: Consumidor, Fornecedor, Vulnerabilidade, Hipossuficiência.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de consumidor e Fornecedor. 2. A Hipossuficiência. 3. A Vulnerabilidade. 4. A proteção do consumidor quando da formação do contrato. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo visa a demonstrar como o direito tutela a justiça social, e ainda, como ao longo dos anos, a máquina judiciária foi fomentada para funcionar como o instrumento capaz de entregar a prestação jurisdicional. O Judiciário tem um fim maior, ou seja, fazer com que a jurisdição seja prestada de maneira justa e equilibrada. Para este fim, o Estado foi compelido a realizar todas as suas normas cogentes, tutelando os valores dos quais os

cidadãos necessitam, a saber, os valores sociais.

Pelos motivos expostos, é notório que as relações humanas mais relevantes devem ser protegidas pelo Direito. Sabe-se que para que essa visão seja contemplada no ordenamento jurídico, deve ser feita a ponderação de valores, sendo esta a forma mais lógica para se chegar a resultados satisfativos. Por isso, esse posicionamento foi o adotado no direito brasileiro. Portanto, quando ocorre do interesse de dois sujeitos que estão no mesmo patamar se chocarem, deve-se assegurar a ponderação, ou seja, como um deles experimentará uma privação na sua liberdade, este cerceamento tem que se operar de modo proporcional e razoável.

Frisa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, dispõe que para que se opere de forma razoável as normas e princípios jurídicos basilares do direito, deve-se garantir o pleno acesso à justiça. Não cabendo a tal inteligência supor que esse acesso ao Poder Judiciário seria então, de forma ilimitada, porém, seria realizado de modo igualitário.

Quanto à seara consumerista, ensina a jurista Cláudia Lima Marques¹ que:

[...] quando da procura do equilíbrio contratual, isso quanto à sociedade de consumo moderna, cabe ao direito grifar o papel que a lei desempenha como limitadora e como legitimadora da autonomia da vontade.

De acordo com o conceito tradicional atribuído aos particulares, foi minimizado o direito deles se auto-regularem, fomentando-se, cada vez mais, as normas imperativas como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, o Código Consumerista, ou seja, a Lei 8.078/90, trouxe uma série dessas normas cogentes, priorizando, a começar, a positivação do princípio da boa - fé objetiva. Ressaltando que

¹ MARQUES, Cláudia Lima - *Contratos no código de defesa do consumidor*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002, p129.

esse dispositivo deve ser preservado, inclusive, na fase pré-contratual, ou seja, antes mesmo de ter início a relação de consumo.

Desta relação contratual consumerista, preserva-se, ainda, a idéia de que o credor possui uma vantagem maior que o devedor numa relação, pois, ele tem uma relação de poder, sendo vedados os casos em que restar comprovado que a relação de consumo trouxe dificuldades excessivas que impedem o cumprimento da prestação jurisdicional e der azo ao descumprimento da obrigação.

E, finalmente, tem que ser verificada e preservada, a qualidade dos serviços prestados, bem como dos produtos colocados à disposição do consumidor. A intenção é utilizar o Poder Judiciário, para minimizar a situação de desigualdade que envolve a relação de consumo, na qual, na maior parte das vezes, coloca o consumidor em posição de desvantagem.

Dessa forma, fica cristalino que a prestação jurisdicional está sendo exercida de forma justa e igualitária, como impõe a Carta Maior.

O foco desse artigo será a diferenciação do aspecto econômico dos consumidores que chegam ao Judiciário e muitas vezes estão em posição de inferioridade naquela relação jurídica, sendo notório a hipossuficiência e a vulnerabilidade que cercam o mesmo. Partindo dessa premissa, o Código Consumerista adotou a presunção relativa de que o consumidor é a parte hipossuficiente quando da relação de consumo.

Nesse passo, são fomentadas as relações consumeristas, servindo como meio de reparação daquele consumidor que foi lesado, apresentando meios coerentes e razoáveis para a resolução de conflitos, uma solução pacífica e eficaz, conforme dispôs a nossa Constituição Federal, que previu a elaboração de um Código que tratasse dessa relação, desde que as partes fossem tratadas com justiça.

1. O CONCEITO DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

Atualmente, o conceito de consumidor elencado na Lei 8.078/1990 vem sendo bem explorado no ordenamento jurídico. Primeiramente, o legislador brasileiro definiu, objetivamente, o consumidor no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Nesses termos, consumidor seria: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Ocorre que, há duas correntes doutrinárias para definir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, sendo a primeira delas os finalistas e em segundo lugar, os maximalistas.

Segundo a professora Cláudia Lima Marques²:

[...]. os finalistas sustentam que o conceito de consumidor é a base capaz de sustentar a tutela que é fornecida aos consumidores.

Essa corrente foi pioneira no consumerismo. Defendem que na relação jurídica, o consumidor é a parte vulnerável. Assim, é plausível delimitar quem merece tal tutela e a quem esta será dispensável. Logo, interpretam o destinatário final de modo restrito. Entende-se por consumidor aquela pessoa que adquire e utiliza um produto em nome próprio e de sua família.

É neste sentido, de fomento a corrente finalista, que há muito tempo e até hoje o Superior Tribunal de Justiça³ decidiu:

Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, **não** se podendo

² Ibidem, p190.

³ BRASIL. STJ, Resp 218505/ MG, DJ 14.02.2000, Rel. Min. Barros Monteiro, J. 16.09.1999

qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, os maximalistas defendem a tese de que as normas trazidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) são o novo regulamento do mercado de consumo fomentado em nosso ordenamento jurídico. Para eles, o CDC nada mais é do que um Código geral sobre o consumo. Desta forma, a leitura do artigo 2º do CDC será feita extensivamente, abrangendo o maior número de pessoas possível, independentemente de ser pessoa física ou jurídica.

Essa segunda corrente também possui entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴ e é adotada até os dias de hoje:

A expressão destinatário final, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, **não** sendo objeto de transformação ou beneficiamento.

Ressalta-se que essa divergência das correntes leva à análise do direito comparado, para definir a interpretação que nos parecer mais razoável. E assim, a aplicação deve se dar de acordo com a norma mais protetiva ao consumidor.

Trata-se de um mecanismo simples, a proteção consumerista, que a Constituição consagrou, por isso, traduz-se como direito constitucional. Nesse sentido, o renomado professor Luís Roberto Barroso entende que⁵:

Quando uma pretensão jurídica funda-se em uma norma que não integra a Constituição - uma lei ordinária, por exemplo-, o intérprete, antes de aplicá-la, deverá certificar-se de que ela é constitucional. Se não for, não poderá fazê-la incidir, porque no conflito entre uma norma ordinária e a Constituição é esta que deverá prevalecer.

⁴ BRASIL. STJ, Resp 208793/MT, DJ 01.08.2000, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva 2006; p89.

Logo, partindo-se da premissa de que o consumidor é sujeito protegido pelo ordenamento, devem-se pontuar suas classificações. Caso seja consumidor em relação contratual, divide-se o conceito de consumidor entre os consumidores definidos no artigo 2º do CDC e em pessoas equiparadas a consumidor. Contudo, na seara extracontratual, as normas serão aplicadas a todos os sujeitos que foram vítimas de evento danoso.

Dessa forma, de acordo com o posicionamento da doutrina, sabe-se que o direito do consumidor não perde sua essência, qual seja ampliar o acesso à justiça, já que o próprio Estado vedou – e condenou a autotutela. Assim, percebe-se pela criminalização do exercício arbitrário das próprias razões, artigo 345, do Código Penal – que o particular aja em nome de seu próprio interesse.

Tendo ultrapassado o conceito de consumidor, passa-se a análise dos fornecedores. O fornecedor é o outro polo da relação. A definição é ampla, sendo trazida no artigo 3º do CDC ⁶ como:

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O conceito é amplo, pois, o fornecimento de produtos, bem como, comercialização e os demais verbos previstos no tipo, são caracterizados pela atividade ser tipicamente profissional. E ainda, o fornecimento, se dá no âmbito do desenvolvimento das atividades de prestação de serviços. Logo, essa cadeia de fornecedores inclui todos esses sujeitos como responsáveis solidários, excetuando-se,

⁶ Consumidor, Código de Defesa – Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990; artigo 3º.

apenas, aqueles que puderem ter sua responsabilidade imputada individualmente.

Porém, apenas as pessoas jurídicas de natureza filantrópica se enquadram, de plano, no artigo 4º do diploma legal, uma vez que não visam ao lucro. As demais pessoas jurídicas farão *jus* à concessão, excepcionalmente, diante da efetiva comprovação de impossibilidade de pagamento das custas judiciais sem prejuízo de seu funcionamento ou administração, ou seja, nos casos de hipossuficiência econômica.

Finalmente, é válido mencionar duas limitações a esse benefício. A primeira diz respeito à pena por litigância de má-fé. Não é possível eximir-se dessa multa, alegando tal benesse, pois esta não está incluída nos termos da Lei nº. 1.060/50. E, a segunda limitação, é referente ao patrono da parte. Quando este recorrer, exclusivamente, para a fixação ou majoração dos honorários sucumbenciais, também não está acobertado pelo manto da justiça gratuita, porque o benefício é para a parte e não se estende ao seu patrono.

2. A HIPOSSUFICIÊNCIA

O artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor informa acerca dos direitos básicos que são resguardados aos consumidores.

Segundo definição de dicionários da língua portuguesa, a palavra hipossuficiente é conceituada como uma pessoa fraca que ocupa uma posição inferior numa relação. Logo, pode-se perceber que ela ocupa um lugar menos favorecido na sociedade.

Primeiramente, a Constituição da República Federativa do Brasil/1988, em seu art. 5º, LXXIV, determina que o Estado deverá prestar assistência jurídica de forma integral e gratuita aos que comprovarem que seus recursos são poucos. Assim, esses

sujeitos muitas das vezes não possuem nem mesmo condições financeiras de arcar com honorários de advogado, custas processuais e taxa judiciária sem afetar a sua economia familiar. Por tal motivo, a Lei 1.060/ 1950 deferiu assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

Em entendimento acerca de tal dispositivo constitucional, o ilustre Pontes de Miranda entendeu que ⁷:

[...]. a regra é bastante em si, *self-executing*, a despeito da alusão “à forma que a lei estabelecer”. Há direito subjetivo à assistência judiciária, pretensões e ações contra o Estado, conforme a percepção dos emolumentos, custas, taxas e selos (União, Estados-membros). Quer dizer: provada a miserabilidade, que é, na espécie, o não poder alguém pagar advogado, emolumentos, custas, taxas e selos, não podem os juízes deixar de processar e julgar os feitos.

Adotou-se, no Brasil, uma evolução imensa quanto a intervenção dos Poderes do Estado aos necessitados, logo, a assistência judiciária passou a ser prestação de assistência jurídica integral. Dessa forma, não bastava prestar a assistência, e sim fazê-la de modo efetivo e integral.

Importante frisar que no ordenamento jurídico é feita a análise da comprovada insuficiência de recursos, nos moldes do artigo 19 do Código de Processo Civil (CPC), pois, quando comprovada a insuficiência de recursos, a assistência jurídica será integral.

No entanto, a gratuidade de justiça tornou-se um escudo. A partir do momento em que se está sob sua égide, buscam-se todas as instâncias judiciais, afinal, o custo será, supostamente, “zero”, mesmo que o direito buscado não tenha sentido.

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1946*, v.III, p.373, Libreria Boffoni. Rio de Janeiro, 1947.

Ocorre que esse instituto não deve desencadear em uma fonte inesgotável de abusos, para o beneficiado extorquir seu adversário, o que alguns autores denominam “abuso do direito de ação”, segundo o qual parte, sabendo que possui razões infundadas, ingressa no Judiciário com a vontade de auferir qualquer vantagem econômica.

Contudo, a finalidade da norma é outra, ela se destina a acolher os que precisam defender-se, mas não possuem recursos para tal.

Infelizmente, munidos de má-fé, muitos advogados trabalham com os institutos processuais erroneamente como, por exemplo, quando ocorre a revelia, etc. O artigo 319, do Código de Processo Civil, trata da ausência de defesa técnica pelo réu, desdobrando-se na presunção de veracidade do que foi alegado pelo litigante.

Nas palavras do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Des. Rogério de Oliveira Souza⁸:

O conceito de hipossuficiência, conforme estabelecido na legislação de consumo, integra, como elemento constitutivo, o direito básico do consumidor de obter a inversão do ônus de produzir a prova de sua alegação; por si, não é suficiente ao tratamento protetivo, impondo também o reconhecimento de suas alegações “verossímeis”.

De acordo com a reconstrução neoconstitucionalista do direito, o instituto da hipossuficiência enseja que a parte hipossuficiente exerça o direito inerente ao consumidor de pedir a inversão do ônus da prova. Somente será aceita nos casos em que envolver relação de consumo tendo como polos da demanda o consumidor e o fornecedor, e tenha como objeto da relação jurídica um produto ou serviço colocado a disposição no mercado de consumo.

Portanto, o conceito de hipossuficiência é auferido dentro das relações de

⁸SOUZA, Rogério de Oliveira. *Da Inversão do Ônus da Prova*, Revista EMERJ, nº 3, Vol.12, Rio de Janeiro, 2000.

consumo. Antes de qualquer outro requisito, o sujeito deve ser consumidor. E, após análise da condição das partes do processo, bem como o objeto da lide, concluindo-se, que nem todo consumidor é hipossuficiente, podendo ser apenas necessitado. Até os dias de hoje, é majoritário na doutrina que o pressuposto de reconhecimento de condição da parte ser hipossuficiente é ser consumidor. Assim, resta preservada a igualdade das partes no processo, mantendo como desiguais as partes que são desiguais nas condições pessoais.

O instituto da hipossuficiência pode ser analisado sob três aspectos, quais sejam: a hipossuficiência econômica, a de informação (também conhecida como técnica) e a jurídica.

Sabe-se que o estudo do instituto em análise, se mostra no ordenamento como um conceito material, devendo ser auferido dentro de uma relação jurídica processual. Tem relação de modo direto com as condições pessoais da parte consumidora. Contudo, a aferição dessas qualidades se dá dentro do processo.

Quanto ao primeiro aspecto, ou seja, deve se auferir a existência de liame entre hipossuficiência e necessitado, pois, a parte, que se apresenta necessariamente como consumidora, não possui meios econômicos. Por tal motivo, a Lei 8.078/1990 trouxe vários dispositivos capazes de demonstrar tal fragilidade, como o artigo 4º, I e o artigo 6º, II. Logo, o direito reservado ao consumidor, por exemplo, de ter a informação adequada sobre produtos e serviços, garante a ele elementos probatórios capazes de defender seus interesses.

De acordo com o que dispõe a Lei 8.078/1990, o consumidor tem o direito de ser bem informado sobre os produtos ou serviços utilizados, pois, quando ocorrerem situações onde esse tenha tido dificuldade para obter as informações necessárias, ele será tratado como hipossuficiente técnico, ou seja, estará garantida sua condição protetiva.

No que tange ao terceiro aspecto, ou melhor, a hipossuficiência jurídica, está relacionada às condições socioeconômicas do consumidor. Assim sendo, quando se dá esse aspecto, observa-se que o consumidor possui poucas condições econômicas, tendo dificuldade para produzir provas, frente a fornecedores tão bem preparados juridicamente.

Ocorre que, a situação financeira não é a única a ensejar esse terceiro aspecto, pois, caso o consumidor tenha um procurador que não seja qualificado o bastante para desenvolver uma boa defesa, ele ainda estará em condições desiguais, ou seja, sua defesa restará deficiente.

Desta forma, o juiz precisa dispensar toda a atenção possível quanto aos aspectos da hipossuficiência. Não se pode confundir moderação, razoabilidade e bom senso com clemência ou deixar que circunstâncias exteriores influenciem trazendo um tratamento com excesso de rigor, que são qualidades estranhas a uma decisão judicial justa. Deve-se observar a repercussão na vida da parte.

Ressalta-se, ainda, que deve ser analisado pelo magistrado o dever de cuidado para afastar o enriquecimento ilícito. E ainda, que a função do Judiciário não seja lesada, fazendo com que a Justiça fique desacreditada, que os sujeitos tenham dissabores ao pensar no Judiciário, bem como obstar que as pessoas enxerguem a Justiça como solução para seus problemas financeiros.

Na modalidade jurídica, é vedado ao magistrado substituir o advogado. Mas, caso ele observe esse desequilíbrio, ele poderá, de ofício, inverter o ônus da prova, ainda que tal instituto não tenha sido pleiteado pela parte. Nesse sentido, fica garantindo ao consumidor a intervenção do juiz, nos casos de deficiência de seu procurador, para que haja a facilitação de defesa de seus direitos, garantindo direito básico do consumidor.

Por todas as modalidades explanadas da hipossuficiência do consumidor, o ordenamento jurídico consagrou que o consumidor, na maior parte das vezes, é a parte vulnerável da relação de consumo. Por esse motivo, as situações tem que ser dirimidas pelos direitos básicos que foram criados a fim de proteger o consumidor. Essa foi à função básica do Código de Defesa do Consumidor.

Caso o magistrado observe que o caso concreto apresenta as três modalidades de hipossuficiência, ele deverá analisar a verossimilhança das alegações com a finalidade de inverter o ônus da prova, promovendo a igualdade jurídico-processual de interesses.

Por todo o exposto, é correto o entendimento de que o fornecedor deve prestar todo o esclarecimento necessário ao consumidor, discorrendo, inclusive, sobre as características intrínsecas e extrínsecas que cercam aquela relação de consumo. Ficou demonstrado que o reconhecimento da hipossuficiência se dá para que seja preservada a igualdade entre as partes.

3. A VULNERABILIDADE

Além dos aspectos analisados acerca da hipossuficiência, o Código de Defesa do Consumidor ainda está cercado por outro princípio basilar, qual seja o princípio da vulnerabilidade. Quando se analisa a vulnerabilidade, o que se pretende é tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. Para manutenção dos direitos do consumidor, é necessário o reconhecimento de que o consumidor é vulnerável no mercado de consumo, nos moldes do artigo 4º, I, da Lei 8.078/1990.

A Constituição de 1988 elencou o direito do consumidor como direito fundamental, nos moldes do artigo 5º, XXXII, consagrando que o Estado promoverá a defesa do consumidor, da maneira como a lei dispuser.

Uma solução que foi adotada por vários juristas, foi tutelar o princípio da vulnerabilidade, como foi o caso de Antonio Herman V. e Benjamin ao prefaciar o livro de Moraes⁹:

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica (...). A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor.

Assim, em análise acurada ao posicionamento da doutrina e jurisprudência, observou-se que por vulnerabilidade entende-se o estado do sujeito, que está vulnerável, ou seja, está correndo risco de sofrer ataque. É um sujeito fraco. Sendo que essa fraqueza independe da classe econômica que o indivíduo se encontra na sociedade.

A vulnerabilidade, assim como a hipossuficiência, pode se apresentar de várias formas, sendo elas: técnica, jurídica, política ou legislativa, biológica ou psíquica, ambiental, econômica e social.

Quanto à vulnerabilidade técnica, entende-se o fato do consumidor não possuir nenhum tipo de conhecimento específico sobre aquele determinado produto ou serviço, o que se desdobra em possibilidade de lesão a incolumidade física e patrimonial do consumidor.

Segundo a melhor doutrina, no que concerne à jurídica, esta representa a avaliação das dificuldades que o consumidor se depara para defender seus interesses tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

Por vulnerabilidade política ou legislativa entende-se a desorganizações dos

⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: ATLAS 2004,p112.

consumidores que antagonicamente aos fornecedores, estão desprovidos de força coercitiva para demandar no Judiciário. Sabe-se que muitas vezes, o Congresso sofre, inclusive, com o forte *lobby* feito pelos grandes fornecedores.

A psíquica ou biológica está relacionada aos estímulos que o consumidor sofre, sejam visuais, auditivos, enfim, fatores que influenciam o consumidor a tomar a decisão de adquirir o produto. Logo, essa motivação, atrelada ao marketing, faz com que o consumidor seja conduzido a essa grande mercado de consumo.

No que concerne à econômica e social, é fruto da discrepância de forças entre fornecedores e consumidores. Aqueles têm diversos mecanismos de coerção para impor sua vontade. Um dos exemplos do que acontece nesse tipo de vulnerabilidade, são os contratos de adesão. Esta situação fomenta a indispensabilidade do Estado participar dessas relações.

Por fim, decorre diretamente da relação de consumo, ou seja, como o homem é sujeito que integra o meio ambiente, fica sujeito às alterações que modificam seu meio, assim, o uso irracional de recursos prejudica o indivíduo. O consumo destrutivo do meio ambiente tem participação de toda a sociedade de consumo.

Constatou-se que desde o momento em que as relações de consumo deixaram de caracterizar relações pessoais e diretas, o equilíbrio referente às partes nas relações de consumo foi abalado. Assim, com o consumidor desassistido, as proteções desse sujeito devem ser cada vez mais fomentadas.

4. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR QUANDO DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

As relações de consumo, objeto das políticas de proteção ao consumidor, tem o escopo de resolver as carências às quais estão submetidos esses sujeitos, melhorar a qualidade e as condições que esses produtos são inseridos no mercado, e destacar o consumidor como sendo sujeito ativo.

O Código de Defesa do Consumidor inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro como ramo específico do direito. Nesse sentido, constatou-se o desequilíbrio existente nas relações contratuais entre fornecedor e consumido, destacando-se a seara civil.

A principal análise a ser feita é acerca dos elementos que compõem a relação jurídica, e segundo o professor Carlos Alberto da Mota Pinto ¹⁰:

Toda relação jurídica existe entre sujeitos; incidirá normalmente sobre um objeto; promana de um fato jurídico; e a sua efetivação pode fazer-se mediante recurso a providências coercitivas, adequadas a proporcionarem a satisfação correspondente ao sujeito ativo da relação, isto é, a relação jurídica está dotada de garantia.

Ora, se os sujeitos estão inseridos numa relação de consumo, por óbvio, serão consumidor e fornecedor, e tais conceitos já foram trabalhados no presente artigo.

Quanto ao objeto, na relação de consumo, é a prestação por parte do fornecedor, conforme ratifica o artigo 3º, *in fine*, do Código de Defesa do Consumidor. Cabe ressaltar que essa prestação pode se dar como um produto ou serviço.

Com efeito, o Código Consumerista trouxe no artigo 3º, parágrafo 1º, o conceito de produto como sendo qualquer bem, podendo este ser móvel ou imóvel, e ainda, material ou imaterial. De acordo com o Código Civil vigente, a qualificação do produto é muito ampla, portanto, engloba qualquer produto que seja fruto de atividade

¹⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Portugal: Coimbra, 1988. Vol.1.p.168

empresarial em série de transformação econômica. Por outro lado, o serviço está disposto no artigo 3º, parágrafo 2º do Código em comento, e dispõe: que serviço será qualquer atividade que seja colocado à disposição no mercado de consumo, com remuneração, inclusive, de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo os decorrentes das relações que envolvem a seara trabalhista.

E, quanto a fato jurídico, pode-se conceituar como o fato ou até mesmo um complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica. Frisando que o fato mais importante aqui é o fato novo.

Por garantia entende-se um conjunto de providências genéricas que possuem um caráter coercitivo à disposição do titular de uma relação jurídica de modo que satisfaça aquele seu direito que foi lesado. O Código Consumerista é uma gama de direitos do consumidor que coloca várias garantias a disposição dos mesmos. A mais comum delas, por exemplo, é a prevista no artigo 18, que versa sobre a responsabilidade pelo fato ou vício do produto ou serviço, sendo, portanto, de cunho alternativo.

Depois de constituída essa relação válida de consumo, a proteção válida que será dada ao consumidor é uma forma de processo, segundo nos informa o renomado Professor Clóvis Couto e Silva¹¹:

A proteção contratual do consumidor brasileiro, apresenta-se como um processo, uma vez que possui várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência. A proteção contratual vista como um processo compõe-se, em sentido lato, do conjunto de atividades necessárias a satisfação do interesse do credor, que neste caso é o consumidor.

A relação contratual de consumo se apresenta como um processo dividido em

¹¹ SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como um processo*. São Paulo: Bushatsky, 1979.p.10

várias fases: a pré-contratual antecede o vínculo da publicidade e, por isso, não é mais vista como um meio. A contratual abrange a formação do vínculo, seu desenvolvimento e adimplemento, e, a pós-contratual, se opera após o adimplemento do dever principal. Nesta seara, desdobram-se as três fases: a fase pré-contratual, a contratual e a pós-contratual.

Na fase pré-contratual, predomina o princípio da transparência, isso é, a informação deve ser prestada da melhor forma possível, de modo claro acerca dos dispositivos que regem o contrato. E mais, deve existir e ser respeitada a lealdade entre consumidor e fornecedor.

Nessa fase, a informação surge antes mesmo da formação do contrato, é uma forma de dever imposto ao fornecedor, sendo uma espécie de obrigação vinculada. Os principais deveres nesta fase são o dever de informação e a publicidade.

Após essa fase analisada, forma-se o vínculo que visa ao equilíbrio contratual.

Na fase seguinte, a contratual, as cláusulas contratuais são impostas, em favor do mais fraco, assim como são vedadas as condutas que não forem equitativas. Assim sendo, rege-se a relação pela norma mais favorável ao consumidor. No caso da cláusula ser abusiva, será nula de pleno direito.

Por fim, na fase pós-contratual, o Código Civil vigente no ordenamento jurídico, prevê que nos casos regidos pelo Código Consumerista, a responsabilidade civil se dá de forma objetiva, ou seja, independentemente de culpa ou não do agente, quanto aos danos que foram causados ao consumidor.

Assim sendo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, desenvolveu-se a ideia de filtragem constitucional¹²:

Tomou como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a

¹² SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p.160.

necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição.

Finalmente, percebeu-se que há todo um sistema organizado para proteção e defesa dos direitos do consumidor. A proteção a esses sujeitos se dá tanto para assegurar o equilíbrio econômico entre as partes contratantes, bem como para proteger a relação contratual, e ainda, zelar pela integridade dos consumidores.

Para que o Código de Defesa do Consumidor sirva de base para reger a relação, faz-se necessário que haja um destinatário fático e econômico, que não seja profissional e que ocupe o polo mais fraco da relação jurídica. Além do que, deve firmar negócio com um fornecedor de produtos ou serviços.

O processo de proteção contratual do consumidor no Brasil sofreu um grande impacto no que tange ao alcance efetivo da lei, por via de diversos órgãos que foram criados para proteger o consumidor. Esses órgãos, como, por exemplo, o PROCON, atuam não só na solução dos problemas como se presta a informar os consumidores prestando assessoria jurídica e encaminhando demandas ao Judiciário.

A Lei 8.078/1990 fez uma releitura da Teoria Geral dos Contratos, relativizou a autonomia da vontade, bem buscou equilibrar as relações contratuais que possuíssem em um de seus polos uma parte mais fraca, tutelando as relações de consumo e preservando o equilíbrio, fomentando o avanço da cidadania.

CONCLUSÃO

É cediço que a escola pós-positivista que visa a proteger os hipossuficientes.

Ainda que os ideais da justiça gratuita tenham sido idealizados vislumbrando o fomento do acesso à justiça, assim como ocorreu com diversos outros institutos jurídicos, sua utilização, conforme comprovam os estudos tratados neste artigo, vem sendo destorcida.

Uma forma de se afastar a concessão nefasta e a conseqüente onda de abusos acerca do benefício da justiça gratuita é a diminuição na sua concessão pelos juízes.

Não se pode deixar que a distorção desenfreada do instituto modifique o Judiciário para que esse seja visto como uma grande instituição financeira, buscado com as intenções ilícitas de se auferir vantagens, aproveitando-se das lacunas legais.

Nesse sentido, um dano maior que a negativa de acesso ao Judiciário será dentro um lapso temporal muito curto, sua completa inviabilidade. A máquina judiciária, como é uma estrutura para atendimento à sociedade e prestação do serviço público ao povo, tem alto custo de manutenção.

A partir do momento dogmático principialista pós-positivista, poucos usuários da máquina pagam pela utilização do serviço, tornando insustentável sua manutenção. Nos dias de hoje o cenário jurídico faz acreditar que gratuidade é recorrer todas as vezes em que isso for possível, o que gera um grande desfalque no sistema que se arrasta desde o primeiro grau até as instâncias superiores.

Portanto, já que os destinatários da norma não souberam usufruir dela da melhor forma, o certo é almejar que a solução dos conflitos seja gratuita apenas aos casos que os sujeitos que realmente sejam dignos.

A começar, ressaltou-se que a vulnerabilidade do consumidor e a hipossuficiência no mercado de consumo, possuem elementos distintivos, que são confundidos por grande parte dos estudantes de direito e, também, por alguns profissionais que militam na área. Contudo, os conceitos apresentam realidades jurídicas diferentes, bem como conseqüências jurídicas distintas, merecendo a releitura dada pela

reconstrução neoconstitucionalista do direito. E mesmo assim, ainda encontramos quem utilize esses institutos como sinônimos.

Partindo dessa premissa, afirma-se que o princípio da vulnerabilidade é inerente a todo consumidor, conforme restou corroborado em várias passagens e citações do presente artigo. Por outro lado, a hipossuficiência é uma forma de marca pessoal de cada um dos sujeitos, ou melhor, dos consumidores, que será auferida pelo juiz na análise do caso concreto. Logo, não se pode dizer que todos os consumidores têm o direito à inversão do ônus da prova, mas somente aqueles que comprovarem ser contemplados por tal instituto.

E, finalmente, pode-se discorrer que os princípios são os pilares básicos que regem as relações consumeristas. Princípios são à base da Ciência Jurídica. Há inclusive doutrinadores que afirmam que quando violado um princípio, incorre-se em violação mais grave do que se dispositivo legal fosse. Sua violação é uma tentativa de descumprimento de pilares de onde nascem as regras jurídicas.

Logo, percebe-se a importância do princípio da vulnerabilidade como alicerce da seara Consumerista. O sistema de proteção ao consumidor necessita de uma aplicação equânime da aplicação da lei, funcionando a vulnerabilidade como alicerce dessa relação.

Em verdade, ficaram demonstradas que o sistema jurídico possui várias espécies de hipossuficiência e de vulnerabilidade. Essas várias possibilidades que os institutos oferecem nada mais são do que uma forma de exploração do sistema, que está demonstrando a importância dessa tutela legal.

O ordenamento jurídico é um sistema. E como todo sistema, pressupõe-se que haja ordem e unidade, devendo as partes conviver de modo harmonioso e equilibrado. Portanto, a supremacia da Constituição, que revela uma posição hierárquica mais elevada dentro do sistema deve ser preservada, sendo o fundamento de validade de todas as

demais normas. E, como a Carta Maior dispôs que o consumidor deve ter sua lei própria que tutele a sua defesa, que assim seja.

Conclui-se, portanto, que tanto a hipossuficiência quanto a vulnerabilidades são figuras que consagram mais uma oportunidade aberta aos jurisdicionados de obter a tutela pretendida, funcionando como figuras capazes de salvaguardar o acesso à Justiça imposto pela Constituição Federal vigente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2006.

BRASIL. STJ, Resp 218505/ MG, DJ 14.02.2000, Rel. Min. Barros Monteiro.

BRASIL. STJ, Resp 208793/MT, DJ 01.08.2000, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição federal de 1946*. v.III, p.373, Libreria Boffoni. Rio de Janeiro. 1947.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Portugal: Coimbra, 1988. v.1.

SILVA, Clóvis Couto e. *A obrigação como um processo*. São Paulo: Bushatsky, 1979.

SOUZA, Rogério de Oliveira. *Da inversão do ônus da prova*, Revista EMERJ, n° 3, Vol.12, Rio de Janeiro, 2000.