

VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: INSTITUTOS CONTROVERSOS

HIPOSSUFICIÊNCIA VULNERABILITY AND UNDER THE CODE OF CONSUMER PROTECTION: CONTROVERSIAL INSTITUTES

Adriana Martins Silva

Advogada na área empresarial. Professora de Direito Civil na FACINTER e na UNICURITIBA. Orientadora do Grupo de Pesquisa: Direito da Personalidade no âmbito Global na FACINTER. Mestra em Direito Empresarial pela UNICURITIBA. Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ.

Willian Padoan Lenhardt

Acadêmico de Direito e integrante do grupo de pesquisa Direito da Personalidade da Faculdade Internacional de Curitiba – FACINTER.

Resumo

O presente artigo apresenta um breve panorama sobre institutos intrínsecos à esfera consumerista: a *vulnerabilidade* e a *hipossuficiência*. Destarte, com o auxílio doutrinário e jurisprudencial, serão discutidos alguns pontos fundamentais sobre tais faculdades, de modo a aclarar sua eficácia diante do anseio em se efetivar a tutela do cidadão no mercado de consumo.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Vulnerabilidade. Hipossuficiência.

Abstract

The following text presents a short panorama on consumerism's intrinsic characteristics: vulnerability and insufficiency. Fundamental points related to those faculties will then be discussed, clarifying their efficiency in the search for the protection of the citizen in the consumption market.

Keywords: Consumer Law. Vulnerability. Insufficiency.

Sumário: Introdução. 1. A Natureza Constitucional e o Princípio da Isonomia como Fundamentos da Proteção do Consumidor. 2. Espécies de Interesse na Esfera Consumerista. 2.1. O Interesse Público e a Tutela do Consumidor. 2.2. Fornecedor. 2.3. Consumidor. 2.4. Base Objetiva da Relação de Consumo: Contrato de Adesão. 2.5. Fato do Produto e do Serviço: Defeito e Vício. 2.6. A Concepção dos Interesses *Metaindividuais*. 3. Sobre Vulnerabilidade e Hipossuficiência. 3.1. O Reconhecimento da Vulnerabilidade do Consumidor e Seus Efeitos. 3.2. Hipossuficiência. 4. Convergência entre os Institutos: Plano da Eficácia. 4.1. Do Pré ao Pós-Contrato. 4.2. Acesso à Justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito do consumidor é dos mais jovens no ordenamento jurídico nacional. Tal premissa se dá não pelo fato da vigência vintenária do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), mas pela acirrada discussão sobre inúmeras instituições peculiares e ainda em solidificação. Ainda assim, a hábil intenção do constituinte em introjectar de forma expressa a proteção do consumidor no ordenamento trouxe o relevo necessário ao seu assente vigor.

Destarte, há de se considerar que o comércio serve de base não apenas para a transmissão de bens, serviços e capital. Sua estrutura, atualmente acompanhada do fluxo constante de informações, expressa, além da alocação econômica, a representação política e ideológica que acomete boa parte das ações humanas (FORGIONI, 2009, p. 194). Nesse sentido, a subtração da personalidade humana é prática comercial constante, a qual descaracteriza o cidadão e levanta a ínfima consideração deste enquanto breve fundo lucrativo, maculando seus anseios de acordo com os interesses do mercado (SANTOS, 2002, p. 35).

Igualmente, assim como o cidadão é observado pelo mercado sob uma ótica padronizada, embasada na despersonalização, algumas instituições jurídicas também foram massificadas em prol da mobilidade mercadológica. Não há que se olvidar, principalmente, das transformações contratuais que ascenderam à modalidade adesiva. Trata-se de um movimento dialógico multidisciplinar estabelecido no cenário contemporâneo (NALIN, 2007, p. 113).

Desse contexto decorre a necessidade de se proteger o sujeito quando numa relação jurídica de consumo, na qual o cidadão se vê, muitas vezes, confuso diante da cena ampla e obtusa construída sob o mercado global. Por esse motivo a tutela do consumidor recebeu atenção especial, a qual lhe foi expressivamente

reservada apenas no ambiente jurídico contemporâneo, apesar da presença histórica do consumo nas relações comerciais (FORGIONI, 2009, p. 132).

Em consideração ao breve cenário exposto, pretende-se discutir a respeito dos institutos que transmitem as faculdades preferenciais ao consumidor em meio à conturbada cena mercadológica de consumo, os quais o munem da tutela especial concedida pelo Estado, concretizada principalmente por meio da Lei 8.078/90.

Isto posto, para promover a leitura serão organizadas inicialmente algumas concepções sobre a qualidade constitucional que coroa tal dinâmica: a *isonomia*. Por conseguinte, serão estudados alguns elementos de natureza jurídica inerentes aos interesses que transitam pela órbita consumerista. Finalmente, serão examinadas as instituições que fundamentam este trabalho, sendo a *vulnerabilidade* e a *hipossuficiência* classificadas em suas nuances peculiares, de modo a se demonstrar o âmbito de sua eficácia, aclarando-se a pragmática tenaz à tutela consumerista, corolário desta obra.

1. A NATUREZA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Ao expressar a proteção do consumidor nos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Constituição de 1988, e ao ordenar, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 48, a imediata promulgação do CDC o constituinte reconheceu a posição de submissão (EFING, 2003, p. 51) do cidadão frente à amplitude do mercado, bem como, o risco que tal condição acentuara (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 29), ofertando-lhe merecida tutela.

Assim, ressalta-se, o berço jurídico do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e, mais amplamente, da Política Nacional das Relações de Consumo, é a Constituição. Subentende-se então que qualquer fratura, objetiva ou moral, ligada às relações de consumo, cometida no bojo de um negócio jurídico, ou mesmo, por consequência das práticas do mercado, corresponde à subversão do mais alto compêndio legislativo (DINIZ, 1997, p. 15). Isto é, falta grave a todo o ordenamento, por se tratar de insulto à “Lei Fundamental do Estado”, nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 39).

Portanto, com a promulgação do CDC o legislador atendeu aos anseios dos cidadãos, pautado nos princípios do Estado Democrático de Direito, inovando a sistemática jurídica até então afirmada (COLLOSSAL, 2007, p. 21). Para suportar essa importante tutela, o legislador dispôs de normativa peculiar e de instituições norteadoras das relações de consumo, apontando diretrizes basilares a esse liame, com ênfase nos princípios atinentes à esfera consumerista.

Tais elementos principiológicos significam um mandamento fundamental para a realização do direito (LENHARDT; SILVA, 2010, p. 154). Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 34), são “mandamentos de otimização” da norma jurídica. Ressalta-se que os princípios resultam de um processo de abstração sucessiva da norma e são acompanhados por todo o sistema jurídico quando de sua aplicação (BOBBIO, 1995, p. 158). Branco (2006, p. 18) conclui que tais instituições possuem existência “palpável, substancial e real”, pois representam valores e bens constitucionais fundamentais à ordem pública. Dessa forma, não se olvida da força cogente desses elementos enquanto guião jurídico-diretivo, inclusive no plano econômico.

Na esfera consumerista, o Estado movimentou sua estrutura normativa para promover o reconhecimento da *submissão* do cidadão enquanto investido da personalidade de consumidor, por conta da amplitude do mercado e da complexidade das relações comerciais. Tal cena coaduna com a opinião de Melo (1996, p. 140), o qual menciona que a ordem pública necessita de uma visualização apurada dos operadores do direito, já que, atualmente, houve uma ampliação da responsabilidade civil, medida exatamente em relação ao risco criado pelas atividades humanas. Para o autor, tal tendência jurídica deve substituir “as velhas normas que, a pretexto de assegurarem a liberdade, permitem à atividade individual o arbítrio de sacrificar o direito dos outros indivíduos”.

Desse modo, com normativa própria, cercada de autoridade e princípios maciços, a tutela do consumidor recebeu estrutura e força vigorantes, necessárias à eficácia de todo o ordenamento (DINIZ, 1997, p. 28). Sem isso, o consumidor seria continuamente tratado sob a ordem jurídica tradicional, a qual lhe impunha um extremo descaso (VENOSA, 2003, p. 160).

Tal seria o problema com o qual se deparariam os operadores jurídicos se não houvesse um sistema capaz de prover a igualdade entre o consumidor e os demais atores envolvidos no mercado de consumo. Nessa esteira, é certo que o

interesse do constituinte ao sublinhar a tutela consumerista era materializar o *princípio da isonomia* nesse ambiente. Tal significado se exaltou na afirmação da *vulnerabilidade* e da *hipossuficiência* do consumidor. Com isso, facultou a este uma infinidade de benefícios, bem como, impôs inúmeras limitações aos fornecedores de produtos e serviços, visando à manutenção da ordem pública frente às infinitas e conturbadas relações diariamente propostas no cenário consumerista.

A esse contexto se aplicam as expressões mencionadas por José Afonso da Silva (2005, p. 212), ao estudar os conceitos plurais do termo *igualdade*. O renomado autor embasa sua tese na filosofia histórica para compreender que em cada ser há um “sistema de características inteligíveis”, as quais proporcionam a “aptidão para existir” em sociedade. A igualdade se revela, então, na essência de cada ser humano, cuja distinção fenomenológica, ou pragmática, desfaz tal paralelo e acaba por traçar, em fatores econômicos, políticos etc., a sobreposição classística entre os Homens. Tal é a “situação qualificada” que legitima o legislador a autorizar o *discrimen* em favor do consumidor, cujos efeitos jurídicos se mostram “correlatos e, de consequente, desuniformes entre si” (MELLO, 2010, p. 13). Inobstante, “nem sempre a igualdade é negada quando posta diante de sua negativa”, pois, há casos em que o modo mais adequado de materializar tal princípio consiste, justamente, no tratamento desigual (EMERIQUE, 2002, p. 183).

No entendimento do Professor Lima, necessidade do Direito busca uma igualdade material consubstancia contexto histórico remoto. Tal signo – a *desigualdade* – foi por tempos fundamento das relações sociais. No entanto, hoje, por conta do aperfeiçoamento global das relações humanas, não há mais sentido discutir a igualdade formal e material (1993, p. 13 e ss.). A urgente necessidade de efetivação da justiça social não mais admite a discussão filosófica seguidamente renovada. Por isso, a *isonomia* adotada no ordenamento jurídico nacional busca corrigir os persistentes solavancos que ainda escorrem ao consciente humano. O faz tratando cada cidadão, em cada âmbito tutelado, na exata medida de sua vulnerabilidade.

2. ESPÉCIES DE INTERESSE NA ESFERA CONSUMERISTA

A isonomia afirmada pelo constituinte perfaz meta fundamental para o equilíbrio de interesses na esfera do consumo. Na realidade, uma relação de consumo em sua forma é simples: trata-se da participação de um fornecedor e de um consumidor, os quais pactuam, por meio do contrato de adesão, a comercialização de um produto ou serviço. Porém, ao se analisar a contraposição de interesses ali incidentes é possível abstrair possíveis litígios, sendo a principal esteira desses eventuais solavancos o mérito no plano pragmático.

Por conta disso, o legislador decidiu promulgar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), por meio da Lei Federal 8.078/90, visando instituir um fundamento normativo especial para a realização dos negócios jurídico-econômicos no plano do consumo. Em suma, o objeto fundamental da tutela proferida no CDC é o interesse do consumidor. Trata-se de um movimento legal em defesa da “parte mais fraca da relação jurídica” (FONSECA, 1995, p. 59). Inobstante, mais do que isso, o legislador instituiu tal normativa buscando harmonizar o encontro de interesses no plano consumerista.

Destarte, segundo Santos (2001, p. 127) o *interesse* representa uma utilidade ao indivíduo, utilidade essa que corresponde a uma *vantagem* almejada (PASSARELI, 2002, p. 1). De maneira mais complexa, o mestre Miguel Reale (2002, p. 253), embasado na teoria subjetiva de Jhering, complementa que o *interesse* é a essência do direito, pois representa o núcleo que é envolvido pela tutela jurídica. “Daí a definição sucinta dada por Jhering: ‘direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido’” (REALE, 2002, p. 254).

Relevando-se os antagonismos ideológicos, é sensato considerar o interesse como o primeiro passo ao se buscar uma vantagem, ou mesmo, um direito. Pois, quando se tem interesse se almeja algo. Se possível e lícito, para materializar esse interesse, o sujeito realiza um *ato de vontade*: que pode ser um negócio jurídico, como comprar um produto por certo preço. Assim, o interesse demonstra o princípio do *ato de vontade*.

Na esfera consumerista é possível perceber o trânsito constante de interesses, os quais são representados nos inúmeros atos de vontade diariamente

produzidos entre os atores do mercado global, cidadãos, empresas e mesmo o Estado, por meio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

2.1. O Interesse Público e a Tutela do Consumidor

Por conta do alvoroço causado com a explosão econômica, esta provinda certamente do aperfeiçoamento das relações de troca, o Estado foi obrigado a intervir também na esfera do consumo, transformando essa relação numa instituição jurídico-econômica (ALMEIDA, 2003, p. 2). Pois, como já mencionado, a imagem dessas relações se reflete em vários campos sociais, influenciando transformações e intensificando tendências em todo o mundo.

Para Almeida (2003, p. 3) essas transformações identificaram as espécies de interesses coletivos e difusos, ou metaindividuais (PASSARELLI, 2002, p. 5-7), no meio econômico, o que avultou a atenção quanto à sua existência e manutenção. Em verdade, tal disposição proporcionou uma ampliação epistemológica do termo “interesse”, este avaliado além da breve expressão semântica do *querer*, levando em consideração mais do que a relação econômica e atingindo os atritos sociais que tais relações podem gerar.

Essas nuances correspondem ao interesse social motivado nas relações comerciais, mantido pelas vontades humanas convergentes. Santos (2001, p. 175) diz que a *ordem pública* corresponde ao “bom funcionamento geral da sociedade”. No entanto, para que esse funcionamento ocorra de forma regular é necessário respeitar o *interesse público* vigente, o qual corresponde ao que se pretende realizar para alcançar o *bem comum*.

Em verdade, com a proteção do consumidor mercado e sociedade, como um todo, passam a ser tutelados. Isso ocorre por conta da *qualidade* almejada para os produtos e serviços distribuídos, seja na oferta ou na execução do objeto contratado, desde o *pré* ao *pós-contrato*. Tal é o âmbito no qual o próprio fornecedor é amparado pela norma consumerista, já que o agente mal-intencionado acabará eventualmente punido pela imprudente precariedade na mercancia.

Nesse sentido, pode-se dizer que o interesse consumerista deixa de ser singular e passa a representar um dever do Estado, o dever de tutelar a condução e

o aperfeiçoamento da ordem econômica e social (FONSECA, 1995, p. 175). Ademais, a presença do Estado no mercado de consumo ocorre para harmonizar os interesses ali concentrados, inclusive os do próprio Estado, ao participar da relação de consumo e ao conscientizar os demais participantes sobre suas faculdades. Em suma, as principais diretivas em torno da política consumerista correspondem às práticas contratuais, sob o manto da função social. Pois, a boa-fé deve permear a relação, principalmente ao se tratar de uma situação na qual um dos contratantes se encontra vulnerável (EFING, 2003, p. 206). Portanto, pode-se dizer que, no ambiente consumerista, a transparência e lealdade concentram a realização da finalidade maior almejada na materialização do interesse público.

2.2. Fornecedor

Os personagens do liame jurídico de consumo estão expressamente descritos na Lei 8.078/90, bem como, seus direitos e deveres. Assim, definido no artigo 3º do CDC está o fornecedor. De acordo com Allemar (2003, p. 60) o conceito legal é amplo para abranger quase a totalidade dos “tipos de prestação de serviços e fornecimento de bens ou produtos”. Complementando, ainda, a cadeia de fornecedores o artigo 13 do CDC expressa a figura do comerciante, ao qual também se dirige a responsabilidade pela comercialização de produtos e serviços no mercado de consumo, ainda que em determinadas situações.

Ressalte-se, ademais, a questão da *habitualidade*. Pois, não é considerado fornecedor aquele que exerce uma atividade cujo objeto seja diverso daquele usual ao seu ramo. Tal elemento, segundo Efig (2003, p. 55), apesar de abstrato no CDC, é de suma importância para a caracterização da relação de consumo. Habitual é, pois, a atividade constante ou sucessivamente exercida. Em hipótese jurisprudencial, aclara Luiz Carlos Figueirêdo, na decisão do Agravo de Instrumento n. 0097121-9, na 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco (j. em 29/09/2009), que a mera atividade eventual realizada pela empresa que aliena aparelho celular não caracteriza relação de consumo, visto que essa não é a atividade cujo objeto está registrado no Contrato Social. Portanto, nesse caso não se está diante de uma relação de consumo, por conta da descaracterização de um de seus sujeitos: o fornecedor.

O interesse fundamental do fornecedor nessa relação é a conquista do lucro. Em contrapartida, pretende ele coaduná-lo com a maior economia possível, de modo a *ganhar muito e gastar pouco*. Chegará ao lucro, certamente, comercializando a maior quantidade possível de produtos e serviços. Quanto à economia, deverá administrar a produção de materiais suficientemente qualificados para o mercado. Pois, ao se aproveitar de seu domínio sobre a produção e prestação dos serviços para fraudar os materiais que utiliza, em prol de um menor empenho pecuniário, correrá o risco de ser responsabilizado por eventual fato motivado por sua desídia.

2.3. Consumidor

Por sua vez, o consumidor é aquele que representa a *demanda*. Desde aí ocorre sua massificação mercadológica. Por isso, dispõe a Lei 8.078/90 dos direitos absolutos deste ente jurídico, o qual vem definido no artigo 2º da mencionada normativa. Importante frisar, o parágrafo único do citado artigo dispõe sobre a consideração da coletividade abstrata diante da aquisição de produtos e serviços. Isto é, basta que um número x de pessoas intervenha numa relação de consumo para caracterizar a legitimidade tutelar ali impressa (EFING, 2003, p. 52).

Da mesma forma, a pessoa jurídica será tutelada pelo CDC se caracterizada a sua posição de consumidora. Tal se dá quando a pessoa jurídica, mesmo que fornecedora em outras relações se prestar como qualquer outro consumidor em determinado negócio, sem que possua poder de barganha ao aderir ao conteúdo contratual (EFING, 2003, p. 49). Conforme expõe Herman Benjamin no julgamento Recurso em Mandado de Segurança n. 27.541/TO, na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a cena de consumo expõe inclusive a vulnerabilidade da pessoa jurídica frente às práticas do mercado, atraindo a incidência das normas consumeristas em seu favor.

Igualmente, não se olvida dos dispositivos expressos nos artigos 17 e 29 do CDC, os quais dispõem sobre a *equiparação* à qualidade de consumidor. Segundo Efig (2003, p. 53), o primeiro dispositivo é aplicado quando da ocorrência de um acidente de consumo. Nesse caso, olvida-se da condição de *destinatário final* do cidadão exposto aos danos causados. Isto é, não importa se ele participava, ou não, da relação de consumo. Sua situação incorre na qualidade de *vítima do evento*.

Portanto, pode ele pleitear, com base na legislação consumerista, a reparação dos danos. Já no caso do artigo 29 do Diploma Consumerista, o legislador pretendeu englobar os cidadãos expostos às práticas publicitárias e àquelas eventualmente abusivas, como a cobrança de dívidas e a exposição de informações pessoais dos consumidores (CDC, arts. 30 a 44); bem como, aqueles sujeitos expostos às práticas contratuais abusivas (CDC, arts. 46 a 54).

Nesses moldes, o interesse cabal do consumidor é a aquisição de produtos e a contratação de serviços. Porém, antes disso, se diluído o paradigma do consumo, a maior importância no liame é o respeito ao cidadão revestido da personalidade consumerista.

2.4. Base Objetiva da Relação de Consumo: Contrato de Adesão

A ultrapassada intenção liberalista, absolutamente assente na ideia do Estado como um mal necessário, oposto ao indivíduo, demonstra-se relativamente esgotada no auge contemporâneo. Assim o é, como a ideia de uma *igualdade orgânica* entre os Homens, seguida de equivalentes faculdades para todos. Pois, a partir do momento no qual o sujeito exprime sua vontade e tal ação acomete uma relação arcada a um de seus polos – principalmente por conta do fator econômico – há a necessidade de repensar tais afirmativas e se buscar um apoio que dê conta dessa disparidade.

De acordo, a base objetiva para sustentar as atuais relações de consumo é o *contrato de adesão*. Assim chamado porque em tal modalidade as cláusulas se apresentam predispostas por uma das partes (fornecedor). O aderente (consumidor) possui as meras alternativas de aceitar ou repudiar os termos ali transcritos. O consentimento é demonstrado, assim, pela simples aceitação às cláusulas contratuais, sem o poder de discuti-las (VENOSA, 2006, p. 380).

Por tais condições o legislador dispôs no CDC algumas diretivas sobre o estabelecimento do contrato de adesão, a exemplo do que consta no artigo 54 da Lei 8.078/90. No caso de o fornecedor olvidar de qualquer das regras incidentes na produção do contrato, suas cláusulas podem ser consideradas *não escritas*, ou nulas de pleno direito (CDC, art. 51). Trata-se de uma expressão objetiva, chancelada pelo Estado, visando garantir a boa-fé diante pacto firmado.

Assim, o legislador consagrou o interesse de equalizar os interesses contratuais das partes. Com isso, da mesma forma como o consumidor se vê numa relação de submissão, o fornecedor se depara com uma fiscalização especial ao estipular o contrato, principalmente em relação às suas obrigações.

2.5. Fato do Produto e do Serviço: Defeito e Vício

Em suma, o acidente de consumo significa o fato do produto ou do serviço, o qual é ocasionado por defeito que “eterniza suas conseqüências” (EFING, 2003, p. 136). Isto é, por conta de um defeito ocorre um fato que gera conseqüências jurídicas além das limitadas aos interesses das partes contratantes, consumidor e fornecedor, respaldando eventuais vítimas a pautarem demanda embasada na legislação consumerista para reparação de danos.

O elemento nuclear para caracterizar a existência do defeito é encontrado quando do exame da *insegurança legítima* esperada em determinado produto ou serviço (ALMEIDA, 2003, p. 66). Assim, se houver *carência excessiva de segurança* integra o objeto o âmbito de periculosidade *adquirida* ou *exagerada*, além daquela *inerente*, ou esperada (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 125). Tal é a cena que cria o excesso de risco tenaz ao produto ou serviço, sugerindo, eventualmente, maior possibilidade de ocorrência do acidente de consumo.

Segundo Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 125) o legislador pátrio seguiu os passos diretivos da Comunidade Europeia ao expressar, no artigo 12 da Lei 8.078/90, o elenco genérico dos defeitos juridicamente relevantes a servirem como fundamento da demanda, sendo tais condições de ordem de criação, produção, montagem, distribuição e informação.

O *vício*, diferente do defeito, ocasiona uma desconformidade, ou inadequação, da oferta em relação ao produto ofertado. De acordo com Almeida (2003, p. 69-70) os vícios podem ser elencados na esfera da *qualidade* e da *quantidade*. Segundo o autor, os vícios de qualidade são aqueles que tornam os produtos impróprios ao consumo e os serviços impróprios à fruição, por conta do decurso do prazo de validade ou pela fraude quando de sua produção ou comercialização (ex.: o rompimento do lacre num invólucro). Nesse sentido, cabe averiguar as hipóteses constantes no § 6º do artigo 18 do CDC.

Quanto aos vícios de quantidade, representam uma disparidade inerente ao seu conteúdo comparado às indicações constantes na mensagem publicitária ou invólucro, respeitadas as variações da própria natureza do produto (ex.: os casos de fraude nos postos de gasolina, os quais abasteciam menos combustível comparado à informação da bomba).

Qualquer espécie de vício gera prejuízo ao consumidor. Contudo, o vício de quantidade não interfere, em regra, na esfera da qualidade do produto. Nesse caso, é prudente observar o contido nas hipóteses dos incisos I, II e III, do § 1º, do artigo 18, bem como, dos incisos I a IV, do artigo 19, ambos da Lei 8.078/90.

Elencados nos artigos 18 e 20 da Lei 8.078/90 estão as consequências dirigidas ao fornecedor pela comercialização de produtos ou prestação de serviços viciados. A jurisprudência pátria aclara a responsabilidade objetiva e solidária contida nesses dispositivos, com ênfase no brocardo extraído da decisão proferida na Apelação Cível n. 2007.71.07.005257-7/RS, na 4ª Turma do TRF da 4ª Região, na qual Sérgio Renato Tejada Garcia relata inclusive a participação do comerciante no polo responsável. Nesse sentido, esclarece Efig (2003, p. 59) que se houver a ocorrência de *produto anônimo* (CDC, art. 13), aquele cuja identificação seja imprecisa ou inexistente, o comerciante será diretamente responsabilizado por eventual fato do produto ou serviço.

Ao consumidor cabe, nos prazos expressos no artigo 26 do CDC, reclamar pelas vias administrativas, requerendo diretamente do fornecedor, quando possível, a manutenção do produto ou serviço viciado. No caso de impossibilidade ou negligência do fornecedor, cabe ao consumidor escolher alternativamente uma das faculdades expostas nos artigos 18 e 19 da mesma Lei. Ainda, o consumidor poderá reclamar em juízo a reparação por perdas e danos provenientes da relação de consumo, respeitando o lapso temporal prescritivo constante no artigo 27 do CDC.

2.6. A Concepção dos Interesses *Metaindividuais*

É certo que a Política Nacional das Relações de Consumo protege os interesses individuais daqueles que participam das relações de consumo. No entanto, mais amplamente, a tutela consumerista ultrapassa a clássica ideia individualista e absorve um novo contexto jurídico, este pautado na proteção de toda

a coletividade (CDC, art. 81). Trata-se da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou *transindividuais*, conforme termo legal.

Inicialmente, por conta da abstração tenaz à subjetividade concernente à natureza coletiva dessas modalidades de interesse, a Lei determina a legitimidade ativa para interposição de demandas que os versem, por se tratar de espécie normativa genérica voltada à plena e justa tutela dos interesses sociais. Assim, o CDC expõe tal legitimidade no artigo 82 e seguintes. Ainda, há outros exemplos normativos que podem ser enumerados enquanto dispositivos de defesa dos interesses do consumidor, como a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), cabendo, em todo caso, a observância do Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) enquanto tangente processual genérica (ALMEIDA, 2003, p. 184).

Destarte, o direito difuso possui natureza coletiva e indivisível, emergindo por conta de um fato do produto ou serviço, sem que haja uma relação jurídica entre os agentes, estes indetermináveis. De acordo com Passarelli (2002, p. 6), é o “conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos”. A característica coletiva que macula tal instituto advém da fruição do objeto do consumo por um número indeterminável de pessoas (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 386).

Por sua vez, os direitos coletivos também detêm natureza indivisível. A principal diferença entre estes e os direitos difusos está no fato de os direitos coletivos serem determináveis quanto aos sujeitos ligados ao direito objeto (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 387).

Em suma, a ilustração assente no saneamento da dúvida entre as espécies de direito difuso e coletivo é a seguinte: no caso dos direitos difusos, os sujeitos que se agregam à hipótese jurídica não detêm um vínculo negocial comum, mas serão legitimados a buscar as faculdades jurídicas tenazes à sua condição por conta de um evento que os ligue a um mesmo objeto jurídico. Isto é, não há um grau de agregação ou organização objetivo entre esses agentes (PASSARELLI, 2002, p. 6). Neste caso, pode o Ministério Público, representando os consumidores, interpor ação visando interditar um parque de diversões se constatado risco maior do que aquele *inerente* àqueles que se utilizam dos brinquedos, por falta de manutenção nestes, por exemplo. Já a prática dos direitos coletivos é exemplificada na ação movida por associação ou sindicato, fundada numa *relação jurídica base* comum com um fornecedor (CDC, art. 81, inc. II). Por exemplo, o Ministério Público interpõe

Ação Civil Pública em prol do atendimento dos direitos de determinada coletividade, para sanar abuso na cobrança de valores por parte de um fornecedor, como é o caso de constantes reclamações em face das companhias de fornecimento de energia elétrica e saneamento básico. Há, ainda, a noção de direitos individuais homogêneos. Em suma, trata-se de condição jurídica de “origem comum” (CDC, art. 81, inc. III). Isto é, o interesse é coletivo em sua forma, mas a pretensão essencial não foge à individualidade de seus titulares. Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 388) explicam que para o entendimento sobre a natureza dessa modalidade de direitos é necessário examinar as espécies consumeristas processuais. Assim, diz-se que há dois momentos na ação: o primeiro diz respeito ao pleito buscando a declaração do dever do fornecedor em relação ao evento; o segundo diz respeito à habilitação de todos aqueles potenciais beneficiários na ação, com o fim de promover a execução do dever procedente. Nesse sentido, a sentença é genérica, cabendo ao judiciário apenas determinar o dever. Sua executoriedade, apesar de certa, é *ilíquida*, pois todos aqueles sujeitos às consequências do evento poderão buscar a tutela deferida em sede de ação (CDC, art. 97).

3. SOBRE VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA

Diante da premente necessidade de harmonizar os interesses plurais expressos na esfera consumerista o legislador afirmou em texto constitucional e leis esparsas a tutela do consumidor. Contudo, para efetivar tal harmonia não basta apenas a afirmação. Pois, é necessário concretizar mecanismos suficientes para abarcar esse anseio, de modo a coadunar a liberalidade negocial e a suplementação da inferioridade institucional do consumidor frente à amplitude mercadológica e à política operacionalizada nesse ambiente.

3.1. O Reconhecimento da Vulnerabilidade do Consumidor e Seus Efeitos

A partir do progresso industrial o Homem iniciou uma verdadeira revolução na fórmula da oferta-demanda. A partir da concepção do consumo, então, o foco que se concentrava na produção como fonte de riqueza passou a se materializar na distribuição cada vez mais feroz dos objetos fabricados (BAUMAN, 1999, p. 87).

Por conta disso, e da consequente massificação da estrutura social, a amplitude tenaz à atividade comercial atingiu um patamar de relevante estima. Pelo risco da atividade de distribuição abstrata desenvolvida no mercado o ato de uma pessoa ou de uma empresa passou a acarretar efeitos consideráveis, os quais certamente vieram a atingir toda a coletividade (ALMEIDA, 2003, p. 17-18). Por um lado, esses efeitos geram a ampliação da oferta e da distribuição dos produtos pelo fornecedor, e, por outro, o consumidor é cada vez mais afastado do acesso à informação precisa sobre a procedência dos objetos colocados à sua disposição. Pode-se dizer que, conseqüentemente, não fosse a ingerência do Estado no liame de consumo, mal o consumidor teria a possibilidade de acessar a justiça, pois, tal é a distância em medida igual àquela entre um país (produtor) e outro (importador).

Segundo Richter (2003, p. 92 e ss.) essa condição vulnerável do consumidor fomentou o estabelecimento da construção de um sistema internacional voltado à tutela consumerista. Para a autora, a política macroeconômica estipulada no Mercosul teve sua instauração no consumo a partir de 1994 (Resolução 126), preocupando-se com a aplicação de políticas voltadas à efetiva proteção do consumidor. A ênfase, nesse sentido, foi a harmonização de legislações peculiares entre os Estados-membros, sob o comando da Comissão de Defesa do Consumidor, organismo que expressou as diretivas em prol da uniformidade jurídica no tocante ao tema: o destaque está na Resolução 124/96, a qual trata dos direitos básicos do consumidor, bem como, no Protocolo de Santa Maria (n. 10/96) sobre jurisdição internacional em matéria consumerista.

Na Comunidade Europeia, a atenção conjunta voltada aos consumidores ocorreu a partir do Ato Único. Em verdade, o Tratado de Roma trouxe objetivos amplos ligados ao progresso social, apoiados na melhoria das condições de vida e trabalho dos cidadãos europeus. Porém, especificamente, com as medidas tomadas no Plano Trienal de Ação (1990-1992), a Comunidade Europeia adotou princípios fundados na proteção, informação e representação dos consumidores, tanto no plano mercadológico quanto no plano contratual (FROTA, 2007, p. 37 e ss.).

De modo geral, as políticas promovidas no continente europeu representam grande avanço na busca pela justiça social. Em comparação, o nível de integração concluído no continente europeu, em detrimento ao que se busca ainda no Mercosul, dispõe de autoridade diferenciada no plano pragmático, o que representa,

igualmente, efetivação ímpar nas políticas macroeconômicas, tanto no plano interregional quanto na esfera internacional.

Independentemente dessas divergências, diante da apurada consciência subjetiva contemporânea, a qual se amplia na medida em que os cidadãos compreendem a importância dos valores morais e da incidência ética em suas atitudes, se expressa também a necessidade de um posicionamento politicamente correto das empresas e dos organismos multilaterais (DARCANHY, 2008, p. 197). Essa terminologia representa mais do que o cumprimento da Lei, pois corresponde à instituição de objetivos sociais largos e efetivos, tenazes ao progresso social.

Outrossim, o consumidor se vê a mercê de toda essa movimentação, pois, o poder de voz deste frente ao poderio econômico e técnico das empresas, bem como, do estágio burocrático do Estado sequer ecoa por si só. Tal é o contexto que fez brotar a *vulnerabilidade* do consumidor enquanto metaprincípio sobremaneira exaltado na ordem mercadológica (LENHARDT; SILVA, 2011). O reconhecimento da submissão do consumidor frente a tais agentes corresponde ao aperfeiçoamento sociopolítico e jurídico corolário para a efetiva tutela do cidadão diante das atuais relações intersubjetivas e institucionais.

Pautando-se nisso, o Estado brasileiro adotou a Política Nacional das Relações de Consumo como marco, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor como fundamento da tutela embasada na ideia de Estado Democrático e Social de Direito, conforme expresso no artigo 4º, inciso I, da Lei 8.078/90. Pois, a perspicácia diferenciada do legislador pátrio direcionou a disposição a propósito da proteção especial do consumidor frente ao domínio do fornecedor sobre a produção dos produtos e a distribuição e execução dos serviços no mercado.

Tais condições legislativas são imperativas e representam a função social almejada no plano jurídico. Suas disposições são inafastáveis, pois o interesse público ali contido impede a singular ingerência da vontade privada (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 29). Tal é o fundamento que apoiou a instituição da responsabilidade objetiva do fornecedor frente às relações de consumo. Trata-se de condição normativa que impõe ao fornecedor a responsabilidade por vícios e defeitos presentes no produto ou serviço comercializado, mesmo sem a existência direta de culpa sua diante do fato. Isso ocorre justamente por conta do risco da atividade dominada pelo fornecedor, concernente à responsabilidade por colocar no

mercado produtos e serviços que acarretem potenciais riscos à segurança e saúde dos consumidores (CDC, art. 8º).

Mas o legislador, fundado na vulnerabilidade, não se contentou apenas em afirmar os direitos concernentes ao consumidor. A construção do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor corresponde ao conjunto de instituições, públicas e privadas, voltadas à fiscalização da tutela ora alvejada. “Cuida-se de instrumento para viabilizar a Política Nacional das Relações de Consumo” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 320). As entidades que fazem parte desse conjunto estão elencadas no artigo 105 da Lei 8.078/90 e no artigo 2º do Decreto 2.181/97. Ademais, cabe ao Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), organismo federal integrante do Ministério da Justiça, coordenar esse sistema, conforme expresso no artigo 106 do CDC, bem como, no sobredito Decreto.

Finalmente, a título exemplificativo, integram esse sistema tutelar as Promotorias de Defesa do Consumidor, a Defensoria Pública, as Delegacias do Consumidor, os organismos estaduais e municipais de apoio (PROCON) e entes privados interessados (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 321 e ss.), todos sob a égide da legislação consumerista (CDC, arts. 4º e 5º).

3.2. Hipossuficiência

Em função do Sistema Nacional das Relações de Consumo, o legislador instituiu regras fundadas na plena proteção do consumidor. Tais normas, empenhadas em concretizar a Política Nacional das Relações de Consumo, representam faculdades extremamente importantes para a suficiente tutela do cidadão exposto ao mercado de consumo. Em realidade, as normativas que objetivam essa expressão tutelar correspondem à materialização dos direitos do consumidor.

Ainda assim, ao relatar-se o caso concreto necessário é a observância da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da Lei. Pois, o propósito da política consumerista não versa apenas na proteção do consumidor, mas funciona como instrumento de aplicação da justiça social, cujo foco é a harmonização dos interesses e não a discriminação desmedida em detrimento de direitos igualmente

outorgados ao fornecedor (Recurso Especial 1120113/SP (2009/0016104-0), 3ª Turma do STJ, Rel^a. Nancy Andrichi, j. em 15/02/2011, unânime, DJ-e 10/10/2011).

Destarte, para que não haja arbitrariedade diante da discussão relativa ao caso concreto, mesmo diante do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, com todas as preferências que tal instituto acompanha, é necessária a observância da *carência* quando da medida comparativa entre as faculdades do consumidor e do fornecedor. Tal medida é calculada caso a caso, de acordo com a convergência das especificidades objetivas e subjetivas demonstradas no caso.

No que concerne a isso, Branco (2006, p. 138-139) expõe que a proporcionalidade é um processo de legitimação de soluções, preservando-se os valores constitucionais na maior medida possível. Quanto à razoabilidade, diz o autor trata-se de um padrão apoiado na aplicação do *direito justo*, este emergente na medida da compatibilidade entre os valores sociais. Trata-se, enfim, da relação entre as normas gerais com a individualidade do caso concreto (BRANCO, 2006, p. 148-150). *In casu*, os valores e normas a serem sopesados concentram-se na harmonia entre os direitos dos consumidores e o postulado da livre-iniciativa.

Sendo assim, imperioso para que as disposições preferenciais concernentes à majestade do consumidor se concretizem sem percalço é a observância da hipossuficiência deste frente à parte contrária. Tal condição significa a vulnerabilidade “acima da média” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 222) e pode se expressar desde a oferta ao pós-contrato.

4. CONVERGÊNCIA ENTRE OS INSTITUTOS: PLANO DA EFICÁCIA

Muito se discute sobre os efeitos da norma consumerista diante da atividade mercadológica e da posição do consumidor frente a esta. Essa tutela acompanha fundamento público, absoluto e inafastável. Portanto, importante observar os âmbitos nos quais ocorre a influência dessas diretivas na escolha do caso concreto.

Em verdade, ao longo do trabalho foi possível observar que a vulnerabilidade expressa uma convergência genérica entre os interesses de fornecedores e consumidores, por conta de os primeiros dominarem as técnicas de produção e distribuição dos produtos e serviços. Já o consumidor, que adquire esses objetos, fica a mercê do conhecimento do fornecedor, tanto que sequer lhe

compete discutir os termos contratuais que formam o vínculo jurídico. Por isso, diz-se que a hipossuficiência representa um sentido estrito da vulnerabilidade, de modo a repercutir, no caso concreto, a materialidade da condição inferior do consumidor.

A jurisprudência confunde a aplicação dos institutos estudados, ora seguindo a instituição normativa sob o manto da vulnerabilidade, ora intitulado os fundamentos jurídicos das decisões sob a égide da hipossuficiência. Por exemplo, a decisão proferida pela Rel^a. Maria Lúcia Luz Leiria, na Apelação Cível n. 2007.72.06.002473-3/SC, da 3ª Turma do TRF da 4ª Região (j. em 12/01/2010. DJ-e 03/02/2010), sobre a inversão do ônus da prova, operou sob a égide da *vulnerabilidade*. Em idêntica matéria arguida na Apelação Cível sob n. 1.0625.10.006987-5/001, decidida pela Desembargadora Márcia de Paoli Balbino (j. em 28/04/2011), na Comarca de São João Del-Rei, houve suscitação da condição de *hipossuficiência* do consumidor.

Contudo, há certos critérios para se estabelecer a medida da vulnerabilidade do consumidor num caso concreto, a qual pode legitimar, ou não, a aplicação do tratamento diferenciado admitido pela norma. Tal medida é a real hipossuficiência do consumidor, que pode ocorrer nas esteiras técnica, econômica e psicológica.

Na esfera técnica, Almeida (2003, p. 18-19) cita que o consumidor pode ser ludibriado ao adquirir certo produto, pois, a oferta que lhe é apresentada pode conter riscos que não são claramente definidos. Assim o é quando busca medicamento sugestionado pela massiva propaganda, cuja orientação desqualificada impede a eficaz observância quanto aos efeitos do produto. Também pode ocorrer fraude quando, por exemplo, o prestador de serviço utiliza-se de tinta de pior qualidade para empreender a pintura da residência do consumidor, cobrando por serviço de melhor predicado. Assim, o consumidor pode não perceber tais elementos, por conta de uma insuficiência peculiar ao caso.

Ademais, também ligada ao âmbito técnico é a deficiência do consumidor quanto ao conhecimento sobre seus direitos, condição amplamente utilizada pelos fornecedores para deixar de cumprir suas obrigações. O cidadão que desconhece as especificidades técnicas dos produtos e serviços, bem como, a vasta gama legislativa em prol de sua tutela fica a mercê dos vareios aos quais está exposto.

Pode ocorrer, nesse sentido, insuficiência pecuniária quando da necessidade de interpor demanda judicial ou solicitar apoio profissional, pois o custo alto do processo e das perícias especializadas avulta tal situação. Portanto, cabe

aqui a menção quanto à hipossuficiência econômica do consumidor, o qual, por vezes, opta por condições diferidas, sob contratos de prestações continuadas, para alcançar seu interesse.

Enfim, ao se citar a vulnerabilidade psicológica do consumidor se está a aclarar a submissão, as demais artimanhas levadas a cabo pela atividade mercadológica global. Difícil, mesmo para um técnico, acompanhar as nuances diariamente abaladas pela lépida atualização do consumo. Já a hipossuficiência psicológica, materializada no caso concreto, diz respeito às atitudes diretas do fornecedor para com o consumidor, por exemplo, ao ludibriá-lo sobre a realização morosa de reparos ou à satisfação insuficiente sobre as condições do negócio no qual o consumidor demonstra interesse.

De modo geral, as consequências de tais situações assumem importância pelo crescente número de reclamações sobre a precariedade da atividade empresarial no campo do consumo. Tais características são objetivamente tuteladas nas expressões normativas da Lei 8.078/90, cuja imperatividade corrobora à efetiva proteção do consumidor no cenário mercadológico.

4.1. Do Pré ao Pós-Contrato

Os fundamentos que envolviam o pensamento jurídico moderno sofriam com uma ideologia estanque e autopoética que não representava as necessidades de atualização lépida e de aplicação eficaz da Lei, fazendo-se imune às trocas de paradigmas (RICHTER, 2003, p. 23). Igualmente, a base objetiva negocial sempre se pautou num pacto teoricamente sinalagmático, o qual se quer garantia a segurança jurídica espelhada em seus termos, já que tal garantia se atrelava ao *jogo de poderes* que ali convergiam.

No momento contemporâneo do Direito é possível observar as transformações sociológicas em torno dessas condições. Tais nuances apóiam o vigor normativo e, conseqüentemente, a justiça social. No que concerne às relações especulativas de cunho econômico, e principalmente mercadológico, o legislador resolveu se incidir sobre os fatos e afirmar a submissão do consumidor, *transformando* certos negócios jurídicos. Desde aí procede ao que se pode chamar

de dirigismo, pois qualquer ato inerente à política proposta pelas empresas no mercado de consumo obedece à ordem da legislação peculiar.

Bom exemplo se materializa nas condições expressas à publicidade e à oferta de produtos e serviços. Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 182) afirmam que a publicidade passou a ser ampliada a título público a partir das práticas de consumo. Assim, a estrita proposta entre os contratantes também foi acometida pelas variáveis consumeristas, as quais a amoldaram num plano de acometimento informacional, de modo que a oferta ali engendrada convença os cidadãos sobre a qualidade dos objetos apresentados.

Nesse campo, há alguns ordenamentos que olvidam da força obrigatória da proposta embasada na *policitação* (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 183). Infelizmente, nesses ordenamentos o aceite corresponde à vinculação, podendo o fornecedor, nesse momento, produzir a errata, gerando incerteza ao oblato sobre o cumprimento da obrigação e a própria veracidade da oferta. No Brasil, ao contrário, os artigos 30 e 35 do CDC vinculam objetivamente o fornecedor à oferta veiculada. Segundo Almeida (2003, p. 82), a oferta possui duas consequências jurídicas ao fornecedor: a) passa a integrar o contrato; e b) coage o fornecedor ao cumprimento da obrigação adjacente. A vinculação é, portanto, um dos princípios norteadores do *marketing* no ambiente de consumo (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 184).

Em verdade, nada mais justo ao consumidor, pois se é ao fornecedor facultado dispor sobre todas as condições do negócio, respeitadas as disposições legais, deve ele cumprir o que propõe, sob pena de ser obrigado a fazê-lo (CDC, art. 48), restando ao consumidor a possibilidade de rescindir o contrato e cobrar as respectivas perdas e danos (CDC, art. 35). Tal vantagem é levantada pela vulnerabilidade do consumidor frente ao domínio do fornecedor sobre a oferta e o fornecimento de produtos e serviços.

Contudo, o legislador não se ateve à publicidade apenas como vinculação contratual. Sua atenção se deu também no campo da educação e instrução do consumidor frente aos riscos potencializados com os produtos e serviços colocados no mercado. Por isso, o fornecedor é também responsável por informar o consumidor sobre tais condições, de forma a ser objetivamente responsabilizado se não o fizer (CDC, art. 31). Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 191) citam que este tipo de informação não adentra ao campo da publicidade. Inclusive, é de convir que

os riscos ali contidos e demais informações sobre as qualidades do produto também servem de apoio para sua comercialização.

Tal é a importância dos termos ali gravados que estes devem aduzir amplamente as qualidades do produto, de modo a aclarar não apenas os riscos ao consumidor, mas também aquele consequente a toda a comunidade (2008/0175807-6), 2ª Turma do STJ, Rel. Herman Benjamin. j. em 18/08/2009, unânime, DJe 27/04/2011). Diga-se, signo que coroa a tutela dos interesses difusos, considerando-se a vulnerabilidade de toda a coletividade, mitigando-se o breve finalismo conceitual na esteira do consumidor (Recurso Especial n. 1027165/ES (2008/0021914-3), 3ª Turma do STJ, Rel. Sidnei Beneti. j. em 07/06/2011, unânime, DJe 14/06/2011).

Ademais, a publicidade deve preservar valores éticos, sob a clareza e transparência de seus termos frente aos consumidores, embasados em dados fáticos, leais ao que o cidadão almeja. Trata-se de princípio norteador da ordem de consumo, pois “a informação tem como desígnio promover o completo esclarecimento quanto à escolha plenamente consciente do consumidor” (Recurso Especial n. 976.836/RS (2007/0187370-6), 1ª Seção do STJ, Rel. Luiz Fux. j. em 25/08/2010, maioria, DJe 05/10/2010).

Essas últimas disposições, sobre a educação e a moralidade na oferta, também dizem respeito à hipossuficiência do consumidor, tendo em vista a necessidade do suficiente esclarecimento deste quando na iminência do negócio, frente à imensidão de ofertas diariamente veiculadas e sua eventual deficiência em conceber as qualidades técnicas de cada objeto comercializado.

Fechado o negócio, o pacto é abalizado pelo contrato de adesão. Já mencionado anteriormente (item 2.4), trata-se da base objetiva típica do ambiente consumerista. Segundo Allemar (2003, p. 75), sua principal característica é a imposição das cláusulas por uma das partes (fornecedor). Por isso, de antemão, cabe sublinhar, tendo em vista essa natureza, suas cláusulas são sempre interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. Assim ditam tanto a Lei 8.078/90 (art. 47), quanto a jurisprudência (Apelação Cível n. 0755195-3, 9ª Câmara Cível do TJPR, Relª. Desª. Rosana Amara Girardi Fachin, j. em 12/05/2011).

As informações constantes no contrato devem ser claras e suficientemente legíveis, de modo a não ocasionar engano ao consumidor, sob pena de restar inválido o negócio (CDC, art. 46). Igualmente, são nulas de pleno direito as cláusulas

que contenham conteúdo abusivo (CDC, art. 51 e ss.). Para a análise dessa condição, no entanto, sublinha a jurisprudência a incidência da hipossuficiência do consumidor, tendo em vista o domínio do fornecedor sobre os termos do contrato e o potencial prejuízo à outra parte mediante a sua obrigatoriedade (Recurso Especial n. 1010834/GO (2007/0283503-8), 3ª Turma do STJ, Relª. Nancy Andrichi. j. em 03/08/2010, unânime, DJe 13/10/2010).

A preferência do consumidor na interpretação contratual é necessária a carência, pois, um advogado especializado no direito do consumidor não poderia alegar a hipossuficiência para promover uma insuficiência jurídica diante do litígio. Ele está acima do *homem médio* na acepção técnica. Pode haver, no entanto, hipossuficiência econômica frente ao fornecedor, a qual atinge âmbito diverso do técnico. Tal condição exercita a necessidade de efetivação da harmonia entre os interesses ali convergentes. Portanto, há de se reconhecer que em certos casos a aferição da hipossuficiência é imprescindível para o deferimento do pleito fundado em determinada condição (Agravo de Instrumento n. 20100020125588AGI. Acórdão n. 474.338, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, j. em 20/01/2011).

Ainda, a aquisição de produtos e serviços para o incremento da atividade comercial descaracteriza a relação de consumo. Portanto, mesmo que num primeiro momento a pessoa jurídica que pretende se enquadrar na esfera do consumidor demonstre certa vulnerabilidade é necessário observar o caso, bem como, a função destinada aos objetos adquiridos (Recurso Especial n. 1038.645/RS (2008/0051397-6), 3ª Turma do STJ, Rel. Sidnei Beneti, j. em 19/10/2010, unânime, DJ-e 24/11/2010). Variável tal disposição quanto a certas atividades, como é o caso do pequeno produtor que toma crédito para o aperfeiçoamento da atividade rural (Agravo de Instrumento n. 0777464-7, 13ª Câmara Cível do TJPR, Relª. Rosana Andriguetto de Carvalho, j. em 21/09/2011, unânime, DJ-e 07/10/2011).

Ademais, ao consumidor cabe, diante da recusa do fornecedor ao cumprir os termos contratuais, acionar os dispositivos do artigo 39 da Lei 8.078/90, cuja alternatividade estipula ao consumidor o poder de escolha ditado no artigo 35 do Diploma. Trata-se de norma ligada tanto à vulnerabilidade quanto à hipossuficiência do consumidor, tendo em vista que o fornecedor não poderá se exaurir putativamente de sua obrigação contratual aproveitando-se das condições do negócio e da fragilidade cognitiva do consumidor. A possibilidade de revisão dos

termos contratuais também é favorável ao consumidor. Mesmo diante da confissão de dívida tal medida é cabível (Súmula 286 do STJ), visando sanar eventual abuso.

No entanto, mesmo que satisfeitos os termos contratuais sem percalços não se exaurem as responsabilidades dos contratantes, principalmente no que diz respeito à boa-fé e fidelidade no pós-contrato. Nesse sentido, não se olvidam as disposições sobre a cobrança extrajudicial de dívidas (CDC, art. 42) e os bancos de dados (CDC, art. 43 e ss.), práticas dominadas pelo fornecedor.

Diante do não cumprimento do contrato não poderá o consumidor ser exposto a constrangimento. Afirmam Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 231) que o fornecedor não pode, absolutamente, utilizar-se de ameaça ou coação e do emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas, prevalecendo-se a boa-fé. A medida tênue entre a legalidade e o abuso na cobrança é ainda demonstrada pelos referidos autores, os quais afirmam que permitida é a cobrança que não interfira, ou atrapalhe, no trabalho, descanso ou lazer do consumidor.

Nesse sentido, decisões diversas sobre o corte no fornecimento de energia elétrica sublinham a atitude abrupta e abusiva ao impelir o consumidor ao pagamento de dívidas pretéritas, não coincidentes com o atual vencimento. Isto é, a empresa deixa o atraso protelar-se no tempo para, de tal modo, aplicar medida que extrapola a legalidade (AgRg. no Agravo em Recurso Especial n. 11.830/RS (2011/0059920-1), 1ª Turma do STJ, Rel. Benedito Gonçalves. j. em 09/08/2011, unânime, DJe 16/08/2011).

A repetição de indébito também é albergada pelo CDC, no artigo 42, parágrafo único. A pena para tal tipo é a restituição em dobro, devidamente corrigido, do valor pago pelo consumidor. Trata-se de regra semelhante a do artigo 940 do Código Civil de 2002, respeitando-se igualmente a prescrição. De acordo com Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 237), a sanção exposta no dispositivo do CDC se aplica tão somente à cobrança das dívidas de consumo, excluindo-se aquelas que não dizem respeito às relações desse âmbito.

Ademais, a exposição de dados do consumidor também revela prática comum no mercado de consumo. Segundo Almeida (2003, p. 98), tal vantagem do fornecedor ao guardar informações do consumidor é amplamente utilizada para forçar o pagamento de débitos e a inabilitação creditícia. Assim, o consumidor tem direito a faculdades jurídicas quanto às informações arquivadas pelo fornecedor. Dentre elas, o consumidor tem acesso livre às suas informações e às fontes das

quais elas surgiram, não podendo o fornecedor coibir tal ação. Igualmente, o fornecedor deve oferecer com transparência essas informações, estabelecendo os registros com dados claros e objetivos, de modo a excluir termos indecifráveis e informações negativas do consumidor.

No caso de haver informações abusivas ou inexatas no cadastro do consumidor tem este o pleno direito de solicitar a imediata correção. Feita a retificação, o fornecedor deverá, em cinco dias, realizar as comunicações necessárias aos destinatários de tais informações (CDC, art. 43, § 3º), com ênfase aos organismos de proteção ao crédito, tendo em vista às restrições creditícias, de ordem econômica e moral, que dali surgem.

Ressalta-se a importância, no caso de cadastro involuntário do consumidor, deve imediatamente ser emitida notificação a este (CDC, art. 43, § 2º), para que ratifique, retifique ou peça a sua extinção (ALMEIDA, 2003, p. 98). A prescrição das informações do consumidor ocorre juntamente à prescrição da dívida (CDC, art. 43, §§ 1º e 5º). Assim coaduna à ordem constitucional de vedação da perpetuação das obrigações (art. 5º, inc. XLVII, b). Portanto, não poderá o fornecedor, de forma alguma, utilizar informações negativas para restringir a participação do consumidor no mercado de consumo, sob pena de arcar com os prejuízos, de ordem material e moral, consequentes dessa ilegalidade (Apelação Cível n. 0001082-43.2008.404.7209/SC, 3ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. em 04/05/2010, unânime, DE 12/05/2010).

Finalmente, o domínio do fornecedor sobre as práticas de cobrança e arquivamento de informações correspondem às técnicas utilizadas para o controle de sua atividade. Nesse ponto há uma mescla entre a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, tendo em vista a propriedade do fornecedor sobre essas atividades, bem como, o eventual desconhecimento técnico e o abalo psicológico do consumidor sobre as possibilidades de buscar seus direitos frente à outra parte quando da ocorrência do abuso tenaz a tais práticas.

4.2. Acesso à Justiça

Principal fonte de discussões quanto ao direito do consumidor é justamente a efetividade da justiça no âmbito do consumo. Nesse sentido, Richter (2002, p. 128)

aponta algumas dificuldades relativas ao acesso dos cidadãos à justiça, elencando desde aspectos econômicos a questões ideológicas e institucionais, relativas à carência social, à morosidade, burocracia e expensas do sistema público. Destarte, tal faculdade constitucional, sobremaneira exaltada na Política Nacional das Relações de Consumo, consubstancia meta tenaz não apenas às disposições processuais, mas também à educação dos consumidores sobre como efetivar seus direitos. Nesse sentido, afirma Richter (2002, p. 129) que um dos significativos óbices que acometiam o regular acesso à justiça pelo consumidor era sua representação frente à amplitude mercadológica. Para a autora não basta a assistência em juízo, pois, pode ser mais importante o esclarecimento extrajudicial do que a sagaz manifestação do advogado na esfera judicial.

Outro ponto chave era a desvinculação da tutela consumerista de toda a burocracia que acomete o Estado brasileiro. Afinal, existem inúmeras condições e possíveis artimanhas ardilosas que afastam a concretude da justiça social (RICHTER, 2002, p. 130), sob pena de diluir-se também aí o fundamento maior do Estado Democrático e Social de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Pelos inúmeros motivos até então enumerados o legislador dispôs de um bloco normativo expresso na Lei 8.078/90, afirmando faculdades jurídicas especiais para que o consumidor conquiste o ideal almejado: o direito justo. Principais institutos do Diploma nesse liame se encontram expressos no artigo 6º, prevendo desde a proteção à vida e segurança até o acesso aos organismos administrativos e judiciais para a reparação dos danos patrimoniais e morais.

Ademais, o tema encontra amparo no que concerne à responsabilidade objetiva do fornecedor no mercado de consumo, que impõe direitos absolutos ao consumidor também no âmbito judicial, a exemplo do artigo 84 do CDC. Ademais, o legislador instituiu faculdades para a interposição da demanda, como o foro do consumidor (CDC, art. 101, inc. I), ou mesmo, no local onde ocorreu o dano (ALMEIDA, 2003, p. 201). Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 63) ainda afirmam que o inciso VIII, do artigo 6º, do CDC é dos mais importantes, pois autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Inobstante, aclara a jurisprudência que a inversão do ônus da prova não é automática, pois está subordinada à verossimilhança das alegações e à hipossuficiência do consumidor (AgRg no Agravo de Instrumento n. 1360186/RS (2010/0184279-0), 4ª Turma do STJ, Rel. Raul Araújo, j. em 26/04/2011, unânime, DJe 10/05/2011).

Nesse ponto é perceptível que há questões mais importantes a serem discutidas do que tais faculdades. Pois se o consumidor é hipossuficiente e desconhece seus direitos ou sequer entende como conquistá-los sua simples afirmação é inócua. Portanto, se a vulnerabilidade surtiu a criação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a hipossuficiência trouxe à voga a necessidade da representação, concluindo o acesso do consumidor à justiça.

No que concerne a isso, Frota (2007, p. 63 e ss.) afirma que o interesse maior na Comunidade Europeia quanto ao tema é o fortalecimento das associações de consumidores, para que estes não fiquem à mercê dos organismos públicos, os quais podem sofrer com o aumento de demandas ali adjacentes. No âmbito europeu, ainda complementa, a representação não se esvai na ação propriamente dita, mas também na consulta ao consumidor quanto sua opinião sobre as condições do mercado, principalmente quanto à qualidade dos produtos e serviços.

No Brasil, a legislação ampara tais medidas, porém é ainda no âmbito judicial que esses dispositivos surtem maior efeito. O artigo 82 da Lei 8.078/90 e o artigo 5º da Lei 7.347/85 expõem os organismos de defesa do consumidor nesse liame, de modo a suplementar as disposições processuais tenazes à legitimidade para interposição de demandas que versem sobre as condições dos consumidores. Dessa forma, a titularidade (Lei 5.869/73, art. 6º), bem como, a legitimidade e o interesse (Lei 5.869/73, art. 3º) recebem um aval em prol da ordem na esfera consumerista. Tal é a legitimidade por força de Lei (*ope legis*).

Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 392) citam que essas qualidades especiais tomaram relevo a partir da tutela coletiva, recebendo uma abordagem diferenciada pelo ordenamento. Inobstante, os próprios autores (2009, p. 393) citam que a adequada “representatividade” não deixou de ser elemento essencial, principalmente no que concerne à credibilidade e seriedade dos organismos de representação, condizentes estes com o âmbito privado. Não se trata de questionar as condições legais de sua instituição, como associações (Código Civil, art. 53), por exemplo, e sim sobre a sua situação enquanto organismo “técnico-científico” capaz de efetivamente incrustar em seu bojo a idoneidade necessária ao manejo dos direitos dos cidadãos que lhe conferem confiança.

Noutra forma, o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem legitimidade para representar os consumidores. Dentre as mais contundentes ordens, o Ministério Público culmina na fiscalização e tutela

consumerista, conforme arranjo constitucional, principalmente o constante no artigo 129, incisos I e III. Igualmente, na ação civil pública se este ente não atua como polo ativo o fará como fiscal da Lei, conforme artigo 246 do Código de Processo Civil.

A competência para julgamento da causa advém descrita no artigo 93 da Lei 8.078/90. Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 397) completam que, apesar de tal dispositivo estar disposto no capítulo do CDC que dispõe sobre a ação coletiva, é certo que se opõe também às demandas que discutem direitos coletivos e difusos. Pois, a coisa julgada proferida no seio dessas ações (CDC, arts. 103 e 104) beneficiará o grupo de pessoas, determinado ou determinável, atingindo de maneira uniforme e particular à situação fática descrita na exordial, favorecendo a todos os que participam da comunidade atingida.

Enfim, afora as discussões sobre a efetividade dos direitos do consumidor, com ênfase nos limites territoriais dispostos à proteção coletiva mencionada, as disposições aqui mensuradas correspondem ao avanço merecido à tutela desta qualidade, a qual acomete toda a sociedade. Não se olvida do peso axiológico, moral e jurídico dessa tutela, cujo corolário é a materialização da justiça social na esfera econômica.

CONCLUSÃO

Como visto, pode-se dizer, *a priori*, que a vulnerabilidade e a hipossuficiência são institutos que se confundem, que possuem aspectos semelhantes, ou mesmo, que são conexos entre si, e de certa forma, o são. Não se olvida da similitude de tais axiomas, em vista de que todas as pretensas ou efetivas condições envolvendo a política de consumo obedecem à ordem dessas duas entidades.

Inobstante, a diferenciação exposta, ainda que tênue, aclara o âmbito de incidência de cada um dos referidos dispositivos, principalmente em relação ao momento de sua eficácia. Conforme assevera Allemar (2003, p. 63), a vulnerabilidade é um traço universal, isto é, abstrato, enquanto que a hipossuficiência é uma “marca pessoal”, limitada a alguns sujeitos, por conta da carência de recursos de ordem econômica, técnica e psicológica.

Assim, a hipossuficiência é uma espécie de materialização da vulnerabilidade. Trata-se do momento no qual o consumidor se vê efetivamente deficiente de alguma daquelas faculdades mencionadas. Tais faculdades se aplicam em prol da afirmação da vontade real de ambos os contratantes, de modo a aperfeiçoar as condições dos negócios jurídico-econômicos de consumo (Recurso Especial n. 384.284/RS (2001/0155359-5), 2ª Turma do STJ, Rel. Herman Benjamin, j. em 20/08/2009, unânime, DJe 15/12/2009).

Em suma, concordando com os termos de Benjamin, Marques e Bessa (2009, p. 223), a vulnerabilidade justifica a existência da legislação especial e a hipossuficiência é condição que legitima o tratamento normativo diferenciado (*discrimen*) em favor do consumidor.

Enfim, tal discussão é necessária para se consubstanciar a plena aplicação do texto normativo, tendo em vista que um número considerável de instituições jurídicas é centro de várias discussões sobre dicotomias, e mesmo antagonismos, quando de sua aplicação ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALLEMAR, Aguinaldo. **Tutela Estatal e Relação Jurídica de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BAUMAN, Zygmund. **Globalização, as Consequências Humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1995.

BRANCO, Luiz Carlos. **Eqüidade, Proporcionalidade e Razoabilidade**. São Paulo: RCS, 2006.

COLLOSSAL, Jane de Araújo. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Dicionário Jurídico, 2007.

DARCANCHY, Mara Vidigal. Responsabilidade Social da Empresa e a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 16, n. 63, p. 195-211, abr./jun. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e Seus Efeitos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do Direito nas Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2003.

EMERIQUE, Lílian M. B. O Princípio da Igualdade e as Ações Afirmativas: O tratamento no sistema constitucional tributário das discriminações positivas. In: GUERRA, Sidney (Org.). **Direitos Humanos: uma abordagem transdisciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 183-210.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas Abusivas nos Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da Mercancia ao Mercado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FROTA, Mário. **Direito Europeu do Consumo**. Curitiba: Juruá, 2007.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Isonomia Entre os Sexos no Sistema Jurídico Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

PASSARELLI, Eliana. **Dos Crimes Contra as Relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RICHTER, Karina. **Consumidor e Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da Globalização. In: _____ (Org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, Adriana Martins; LENHARDT, Willian Padoan. Os Direitos Fundamentais nas relações de consumo. A tutela dos Direitos de Personalidade sob a ótica da Lei 8.078/1990. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 87, 01/04/2011 [Internet]. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9377>.
Acesso em: 18 maio 2011.

_____. Os Direitos Humanos Fundamentais no Contexto Contemporâneo: Entre eficácia absoluta e renúncia volitiva. *Ius Gentium*. Curitiba, ano 4, n. 8, p. 152-156, jul./dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Recebido em: 26/03/2012

Aceito para publicação em: 01/06/2012