

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS PREVALENTEMENTE APLICÁVEIS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Paulo Valério Dal Pai Moraes()*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito de princípio – 3. Princípios constitucionais fundamentais ao CDC – 3.1. Princípio da igualdade – 3.2. Princípio da liberdade – 3.3. Princípio da boa-fé objetiva – 3.4. Princípio da vulnerabilidade – 3.5. Princípio da repressão eficiente aos abusos – 3.6. Princípio da harmonia do mercado de consumo – 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

É tema apaixonante o relativo aos princípios, pois eles representam as mais profundas e verdadeiras manifestações da espiritualidade do homem e se manifestam, de maneira concreta, por intermédio das ciências culturais, dentre elas o Direito.

Já neste início de trabalho importa fazer distinção fundamental que servirá para bem esclarecer o conceito de princípios, na área do conhecimento de que tratamos.

Partimos, então, dos ensinamentos de Miguel Reale¹, o qual procura demonstrar a grande diferença existente entre os significados de “explicar” e o de “compreender”, pois corresponderá à distinção aos conceitos de “juízos de valor” e de “juízos de realidade”.

Com efeito, comenta o festejado doutrinador que explicar seria “descobrir na realidade aquilo que na realidade mesma se contém”, sendo que

(*) Promotor de Justiça da Coordenadoria das Promotorias de Defesa Comunitária de Porto Alegre – Setor do Consumidor; Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/RS; Mestrando em Direito da PUC/RS.

(1) *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1962, vol. 1, Editora Saraiva, 3.ª ed., p. 221 e ss.

“nas ciências da natureza a explicação pode ser vista, de maneira geral, como objetiva e neutra, cega para o mundo dos valores”.

Compreender um fenômeno, por sua vez, significa envolvê-lo “na totalidade de seus fins, em suas conexões de sentido”.

Extraí-se destes ensinamentos, desde já, que existe uma tendência lógica e formal na atividade explicativa, sendo que na outra a inclinação é voltada para o aspecto axiológico e teleológico do objeto em questão.

Disso resulta que, quando explicamos algo, descrevemos ontologicamente o objeto de análise, sem que seja, em princípio, trazido qualquer acréscimo por parte do sujeito que realiza o ato de conhecer, ao passo que na atividade de compreender é imprescindível a existência de uma contribuição positiva do sujeito, o qual realizará as conexões necessárias, executando uma tarefa eminentemente axiológica e finalística.

Como resultado do entendimento preciso da diferença ora tratada, define Miguel Reale², falando sobre a ligação entre o sujeito e o predicado, que, no *juízo de valor*, “essa ligação resulta de uma apreciação subjetiva, ou melhor, da participação da consciência de quem valora no ato de constituir-se o liame. Ao contrário, nos *juízos de fato ou de realidade*, a ligação entre sujeito e predicado resulta da apresentação mesma do objeto, impondo-se ao sujeito cognoscente, cuja consciência não pode senão verificar o enlace, sem possibilidade de opção e de preferência”.

É indispensável uma introdução neste sentido, pois corresponde exatamente à distinção entre ser e dever-ser, contribuindo, também, para o correto entendimento do que sejam as leis naturais e as leis culturais, dentre estas igualmente estando as leis jurídicas.

Veja-se que as leis jurídicas, representadas por normas, que, segundo Eros Roberto Grau³, dividem-se em regras e princípios, decorrem de juízos de valor, pois surgem exatamente da compreensão das coisas na integralidade de seus sentidos ou de seus fins, ou seja, segundo conexões determinadas valorativamente.

No mesmo sentido é a lição de Karl Larenz⁴, citada por Juarez Freitas, quando este último evidencia que aquele doutrinador “ocupa-se de uma utilíssima caracterização geral da jurisprudência, dos modos de manifestação do Direito, da linguagem dos enunciados normativos, *da jurisprudência como ciência ‘compreensiva’ (em Gadamer)*, do pensamento orientado a valores no âmbito da aplicação do Direito e no da dogmática jurídica...”.

(2) Ob. cit., p. 223.

(3) *Revista Direito do Consumidor, Interpretando o Código de Defesa do Consumidor, Algumas Notas*, volume 5, São Paulo, Editora RT, p. 188.

(4) *A Interpretação Sistemática do Direito*, São Paulo, Editora Malheiros, 1995, p. 24, nota 3.

As leis naturais, por sua vez, são o resultado de uma análise explicativa, seguido de um juízo de realidade que demonstra o objeto, o “ser”, como ele é.

Não é desarrazoado, pois, o entendimento de o que sejam as leis naturais e as leis culturais, bastando, para tanto, comentar uma das características que as diferenciam, qual seja a da “sanção”. Ou seja, o desrespeito a uma lei natural (como por exemplo uma lei da física), já contém a sanção imediata, ao passo que as leis culturais necessitam ser acrescidas pela sanção mais adequada que, valorativamente, será atribuída pelo sujeito cognoscente.

Como resultado, se A mata B, a sanção será a pena de prisão, que será impingida após a análise de todos os fatos, da aferição sobre a existência ou não de causas excludentes da culpabilidade ou da antijuridicidade e tudo mais quanto seja necessário para definir com prudência a sanção *mediatamente* aplicável.

Também como resultado, se um engenheiro desrespeita uma lei da física no seu projeto de construção de um edifício, fazendo estruturas insatisfatórias para o número de pavimentos, a sanção a este desrespeito será *imediata*, com o desmoraonamento do conjunto.

De tudo isto, então, fica evidente que as leis jurídicas, como resultado de uma manifestação cultural, estão eivadas de valores, os quais emergem sob a forma de princípios e regras e impõem uma ação tendente a escaloná-los axiologicamente, de acordo com uma ordem de importância e de conveniência, tendo em vista uma conformação finalística ao caso concreto.

2. CONCEITO DE PRINCÍPIO

Na forma já comentada, o Professor Eros Roberto Grau trata os princípios como espécie de normas, diversamente do que entende o Professor Juarez Freitas – ao menos no âmbito terminológico – o qual diz que existem princípios, normas e valores.

É interessante a posição do eminente Filósofo e Jurista gaúcho, pois focaliza distinção que pode melhor evidenciar uma natureza imediatamente jurídica.

Com efeito, para o Doutor Juarez Freitas⁵ o conceito de normas corresponderia ao de preceitos jurídicos, os quais seriam menos amplos e “axiologicamente inferiores” aos princípios. Estes, por sua vez, difeririam dos valores *stricto sensu*, por terem a “forma mais elevada de diretrizes”, que faltaria aos valores, ao menos em grau e intensidade.

(5) Ob. cit., p. 42.

Assim, os princípios seriam como pilares de um edifício, os quais servem como bases de qualquer sistema, atuando, neste mister, como diretrizes orientadoras para a consecução dos objetivos maiores deste mesmo sistema.

Os princípios diferem frontalmente das regras ou normas, pois, caso as regras sejam antagônicas, uma delas deverá ser excluída do sistema em questão. Já os princípios não, porque podem e devem conviver no mesmo sistema, mesmo que entre eles, eventualmente, se configure uma antinomia.

Claus-Wilhelm Canaris⁶, sucessor de Karl Larenz na sua cátedra, apresenta quatro características fundamentais dos princípios, observando que a primeira delas é a possibilidade de oposição e de contradição entre eles.

De fato, na vida jurídica, principalmente no trato do caso concreto, observamos que constantemente princípios entram em choque frontal, surgindo as antinomias ideológicas de mais alto grau, as quais precisam ser dirimidas.

No direito do consumidor principalmente, já que é um ramo jurídico completamente eivado de princípios constitucionais, tais antinomias acontecem sempre, pois, nos termos do art. 170, inc. V, da Constituição Federal, a defesa do consumidor é um dos pilares da ordem econômica, mas a propriedade privada (inc. II, do mesmo artigo), a livre concorrência (inc. IV, do mesmo artigo) e a busca do pleno emprego (inc. VIII, do mesmo artigo) também se encontram na mesma hierarquia formal.

Veja-se, por exemplo, o fato de uma empresa com 500 empregados, que atua no mercado de consumo produzindo fogões possuidores de defeito de concepção, capaz de ocasionar acidentes de consumo (art. 12 do CDC). De posse de um laudo confirmando o defeito, é intentada uma ação coletiva tendente a impedir que o produto seja oferecido aos consumidores. O magistrado terá de valorar e decidir o caso **sub judice**, tendo em um dos pólos a defesa do consumidor e em outro a defesa do pleno emprego, pois, caso defira uma liminar impedindo a comercialização dos fogões, fatalmente muitos empregados necessitarão ser demitidos, até que todas as correções de projeto e de linha de produção sejam concluídas. A hipótese não é caricata, sendo, até mesmo, de fácil ocorrência e, no caso concreto, o Juiz terá de optar por um dos princípios, sem que o outro saia do sistema jurídico brasileiro.

O exemplo ilustra com clareza a peculiaridade dos princípios, os quais preponderarão ou não, conforme as circunstâncias.

(6) *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Traduzido por A. Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 88 e ss.

Outra característica importante diz respeito ao fato de que os princípios não possuem pretensão de exclusividade, ou seja, na hipótese, por exemplo, de um produto farmacêutico possuir determinado efeito colateral não indicado na bula, seria necessária uma postulação judicial tendente a fazer com que a empresa apresentasse o produto com tais dados, em respeito ao direito de informação. Mas não somente este, também o princípio da boa-fé e, principalmente, o da vulnerabilidade do consumidor seriam fundamentos da decisão judicial, ficando comprovado, assim, que é evidente a característica da não-exclusividade.

A terceira característica básica é a de que os princípios adquirem sentido em uma combinação de complementação e de restrições recíprocas. Veja-se que nas situações concretas que envolvam agentes econômicos e consumidores jamais poderá ser feita uma análise simplista, com base em apenas um princípio. Na forma acima demonstrada, vários tenderão a corroborar uma tese e vários auxiliarão outra, somente deste conflito negativo e dinâmico podendo resultar uma síntese valorativa que procurará espelhar a melhor solução possível.

Por último, precisam os princípios, para a sua realização, de concretização através de subprincípios, dos valores contidos nas regras, ou seja, de preceitos que possuam conteúdo material.

Canaris⁷ cita o seguinte exemplo:

“Feita, por exemplo, uma escolha a favor do princípio da culpa, surge, de seguida, a questão das formas de culpa; determinadas estas, mais pormenorizadamente, como dolo e negligência, cabe ainda esclarecer o que se deve entender com isso; de novo são necessários valores autônomos, por exemplo, a propósito do tratamento dos erros sobre proibição, a propósito da questão de saber se o conceito de negligência se deve entender objectiva ou subjectivamente e a propósito da determinação interna do que seja, em determinada situação, o ‘cuidado necessário no tráfego’; também surgem novos valores na determinação da bitola de responsabilidade, portanto a respeito do problema de por que grau de culpa se deve responder: se só por dolo, se só até o limite da negligência grosseira ou se só pela diligência exigível, etc.”

Concluindo este último elemento, esclarece o Mestre Canaris⁸

“...que as conseqüências jurídicas quase nunca se deixam retirar, de forma imediata, da mera combinação dos diferentes princípios constitutivos do sistema, mas antes que, nos diversos graus da concretização, surgem sempre novos pontos de vista valorativos autônomos”.

(7) Ob. cit., p. 97.

(8) Ob. cit., p. 99.

Estas as noções fundamentais para a continuidade deste trabalho, as quais sempre convergem para o mesmo ponto, que é a inafastável consideração do Direito como uma ciência valorativa e cultural, a qual não pode ficar adstrita a concepções meramente lógico-formais.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS AO CDC

Quando falamos de princípios aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor, tratamos, também, do estabelecimento de regras de hermenêutica fundamentais para o correto entendimento da Lei Protetiva.

Com efeito, as regras de conduta e as regras de organização do CDC precisam de um “norte” para serem bem entendidas, sendo os princípios, portanto, os pilares do microsistema integrado pelo CDC, pela Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pela Lei nº 8.884/94 (Lei Anticartel) e outras legislações esparsas.

Assim, os princípios exercem uma função básica, qual seja a de serem os padrões teleológicos do sistema, com base nos quais poderá ser obtido o melhor significado das regras, como peças integrantes de uma engrenagem jurídica que é posta em ação pelas diretrizes maiores que dão movimento ao todo.

De Castro⁹, nestes termos se manifesta sobre o sentido necessariamente integrado das leis, dizendo que

“...El sentido de una ley no está creado sólo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento, situación y sentido que tampoco son fijos o invariables, sino que pueden cambiar en función de la situación atual de la norma en el ordenamiento jurídico”.

Destarte, a mudança do significado das palavras, a alteração da situação normativa ou a troca dos **standards** objetivos-teleológicos poderão expressar um sentido completamente diverso do originário.

Discorrendo sobre o tema, procura Eduardo Garcia Enterría¹⁰ demonstrar a decadência que assolou os sistemas fechados, caracterizados precipuamente pela sua predominância entrópica, os quais necessariamente foram substituídos por sistemas jurídicos de bases mais sólidas:

“El substracto mismo de la construcción positivista ha desaparecido con ello. No sólo la conciencia jurídica general (que es algo que necesariamente está en la base misma del orden jurídico), se ha visto forzada a postular una justicia extralegal, e incluso ya frecuentemente **contra legem**, sino que además la simple labor téc-

(9) *Derecho Civil de España*, 2ª ed., Madrid, 1949, p. 462.

(10) *Reflexiones Sobre La Ley e Los Principios Generales del Derecho*, Cuadernos Civitas, 1986, pp. 28/29 e 34/35.

nica de integración de unas leyes elaboradas en tales condiciones dentro del sistema general del ordenamiento exige rigurosamente, con una imperiosidad mucho más enérgica que la que podía darse en relación con los viejos códigos unitarios y sistematizado, una apelación constante a los principios generales del Derecho."

"La superioridad del Derecho Romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes (acaso las de LICURGO, o las de cualquier otro de los grandes legisladores mitificados, fuesen superiores), sino en que sus juristas fueron los primeros que se adentraron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia nos presenta."

Estas sábias palavras expressam, com muita propriedade, o grande significado dos princípios para a correta interpretação constitucional e de todo o sistema jurídico, pelo que passaremos a tentar identificar as linhas mestras que integram o Código de Defesa do Consumidor. Antes, porém, deve ficar esclarecido que a interpretação jamais poderá ser contra a lei, mas sim oposta à literalidade dela, quando seus termos rígidos afrontarem o sistema como um todo.

3.1 Princípio da igualdade

Conquanto não seja opinião original nossa, os princípios da igualdade e da liberdade norteiam o Estado de Direito, pois, ao lado da fraternidade, conduzem à configuração de um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja "*a dignidade da pessoa humana*".

O Código de Defesa do Consumidor veio para confirmar, de maneira concreta, o princípio da igualdade, pois surgiu para cumprir o objetivo maior de igualar os naturalmente desiguais, jamais podendo acontecer o inverso, isto é, desigualar os iguais.

Verificou-se, ao longo da história, que a dominação é uma característica do ser humano, sendo posição confortável para o seu executor, pois conduz a uma situação de cada vez maior acúmulo de conforto e de poder para ele, tendo como conseqüência o cada vez maior desprestígio do dominado. Este, por sua vez, carente da proteção entregue pelo dominador, é compelido a se submeter a toda sorte de imposições, como única forma de atender aos seus anseios mínimos.

O mesmo acontece no campo do mercado de consumo. O consumidor, no mundo moderno, foi obrigado a estar submisso aos fornecedores de produtos ou de serviços, como única forma de satisfazer suas necessidades básicas, ingressando, assim, em uma posição de dominado frente

às imposições de falta de qualidade, de carência de informação, de inexistência de conhecimentos específicos e outras, impostas pelo dominador-fornecedor, o qual tem compromisso, na maioria das vezes, com o lucro e continuidade da sua atividade.

Esta situação de desequilíbrio, todavia, é prejudicial para o convívio harmônico como um todo, pois fere o fundamento maior da dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual surgiu o CDC, como forma de igualar integrantes da relação de consumo, munindo o consumidor de arma eficaz para a obtenção de respeito e, conseqüentemente, de força para impor sua vontade.

O princípio da igualdade, portanto, está na “norma-objetivo” do art. 4º do CDC (inc. III), onde está previsto o equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

A Lei Protetiva, então, veio a confirmar a célebre e consagrada frase de Lacordaire, citada por Adalberto Pasqualotto¹¹, a qual diz que na luta entre o forte e o fraco “é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”.

Muitos apresentam o argumento de que em países mais desenvolvidos não existe código de defesa do consumidor, olvidando-se que, em tais países, existe toda uma tradição consumerista, da qual resultou a existência de organização e força do lado dos consumidores, pelo que seria dispensável uma lei que viesse a desigualar os iguais.

Veja-se, a propósito, o comentário de José Geraldo Brito Filomeno¹² sobre o assunto:

“Não é por acaso, aliás, que o chamado ‘movimento consumerista’, tal qual nós o conhecemos hoje, nasceu e se desenvolveu a partir da segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que os movimentos sindicalistas lutavam por melhores condições de trabalho e do poder aquisitivo dos chamados ‘frigoríficos de Chicago’.

Ou seja: o sucesso da luta por melhores salários e condições de trabalho certamente propiciaria, como de resto propiciou, melhores condições de vida.

Somente em 1891, com a criação da Consumers’ League em Nova York, é que se cindiu o movimento trabalhista-consumerista, cada qual enveredando pelo seu próprio caminho, mas com propostas bastante semelhantes, sobretudo quanto aos instrumentos de tutela de seus interesses.”

(11) *Revista Direto do Consumidor, Defesa do Consumidor*, volume 6, São Paulo, Editora RT, p. 35.

(12) *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, 3ª ed., Editora Forense Universitária, p. 40.

Em assim sendo, fica fácil de compreender os objetivos maiores do CDC e a sua significativa importância para o estabelecimento do princípio da igualdade.

De fato, o Estado moderno passou a ser um *Estado-Promotor* ou *Estado-Providência*, no dizer de Alcides Tomasetti¹³, sendo que “promover – dentro da linguagem comum e também na terminologia tecnojurídica – é mais do que ‘defender’ e mais do que ‘proteger’ o consumidor”. Promover, então, seria implementar concretamente determinados objetivos, extrapolando, desta forma, o conceito de igualdade abstratamente considerado, para atingir a própria igualdade material.

Aliás, neste sentido é a lição de Paulo Bonavides¹⁴, o qual assim se manifesta:

“Não obstante as dificuldades que embaraçam a isonomia assim concebida, é nesse rumo que caminha a jurisprudência das Cortes Constitucionais da Europa, nomeadamente a de Karlsruhe na Alemanha. Num de seus arestos já se disse que quem ‘quiser produzir a igualdade fática, deve aceitar por inevitável a desigualdade jurídica’.

O Estado social é enfim Estado produtor de *igualdade fática*.

...Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutro lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo.” (grifo nosso).

Tais prestações positivas emergem no CDC sob as mais variadas formas, seja no âmbito da parte de direito material ou na de processo, merecendo transcrição os comentários de Luis Renato Ferreira da Silva¹⁵:

“Assim, cumpre ao aplicador do Código de Defesa do Consumidor, concretizar os conceitos indeterminados que permeiam esta lei, de modo a implementar a ideologia constitucional, marcada, como este estudo tenta demonstrar, pela noção de igualdade. Ao concretizar cláusulas gerais como a boa-fé, além da objetividade que se deve alcançar a esta noção, é necessário o exame concreto da realidade dos interessados, aparando-se arestas de desigualdades, ainda que, à primeira vista, sejam estabelecidas regulamentações que acolham estas dessemelhanças.

A verificação da vantagem exagerada, a tornar abusiva a cláusula que a consagre; a inversão do ônus da prova como meio de facilita-

(13) *Revista Direito do Consumidor, A Configuração Constitucional e o Modelo Normativo do CDC*, São Paulo, Editora RT, vol. 14, p. 28.

(14) *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 4ª ed., p. 304.

(15) *Revista Direito do Consumidor, O Princípio da Igualdade e o Código de Defesa do Consumidor*, Editora RT, São Paulo, vol. 8, p. 156.

ção da defesa do consumidor; a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade fornecedora para evitar o abuso de direito em detrimento do consumidor, são exemplos de concretizações necessárias nas quais devem estar presentes as regras constitucionais. Nenhuma delas, seguramente, poderá ser compatível com a Constituição se partir da noção de que a igualdade é para a aplicação da lei e não para a sua construção. A compreensão dos regramentos do Código de Defesa do Consumidor passa pelo entendimento de que seus destinatários encontram-se descompassados na sociedade e a consecução do primado da igualdade implica em tratamento tendente à diminuição desta dessemelhança. É sob esta ótica que se aceitam regras aparentemente contraditórias com a Constituição por privilegiarem certa classe de sujeitos, quando, na verdade, estão a inserir-se na moderna noção de igualdade, quer como conteúdo da lei expressa, quer como critério direto de valoração constitucional aplicável casuisticamente.”

Como conclusão, e com a devida **venia**, em descompasso com a realidade fática e jurídica aqueles que pretendem uma igualdade meramente formal, na qual o mercado de consumo não seria gerido por normas (princípios e regras) intervencionistas e estaria entregue à própria sorte, com os consumidores sem um mínimo de organização e os agentes econômicos fortemente unidos.

Não bastasse isso, nas palavras de Paulo Bonavides¹⁶, “princípio constitutivo da ordem constitucional, como disse Konrad Hesse, a igualdade tem, segundo ele, essa peculiaridade e significação: é elemento essencial de uma Constituição aberta; é também, na frase de outro jurista igualmente insigne, a porta de penetração por onde ‘a realidade social positiva e impregnada de valores diariamente ingressa na normatividade do Estado’.” Ou seja, é o princípio fundamental para que o sistema jurídico brasileiro – o Brasil possui um sistema aberto, no qual as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados, as lacunas e antinomias podem ser informados constantemente, diversamente do sistema pregado por Hans Kelsen – continue em constante homeostase (auto-equilíbrio e coerência interna) e, assim, não venha a sucumbir, conforme acontece fatalmente com os sistemas fechados que não admitem o ingresso de informações.

3.2 Princípio da liberdade

O princípio da liberdade é aqui referido como consequência lógica e imediata do princípio da igualdade, pois não é possível admitir a existência de liberdade sem igualdade.

(16) Ob. cit., p. 303.

Na forma já vista, a desigualdade gera a escravidão do mais fraco por parte do dominador, haja vista que terá de se submeter ao arbítrio de quem possui mais poder em determinada relação social.

Liberdade significa, portanto, plena possibilidade de ação no meio social, desde que tal atitude não atinja o mesmo direito de liberdade que é reconhecido aos demais integrantes da sociedade.

Muito se discute, na jurisprudência, sobre a liberdade de contratar e o dirigismo contratual, alguns dizendo que o direito de formular livremente um contrato não pode ser atacado pelo intervencionismo do Estado.

Se é que o argumento possuía grande valor no passado, maior valor possui na atualidade o argumento de que do consumidor não pode ser retirada a sua liberdade de correto entendimento e de adequada disposição sobre as cláusulas contratuais. Em realidade, a antes alegada livre contratação era apenas uma liberdade formal que de livre nada tinha.

O dirigismo contratual em contratos de massa, então, veio para estabelecer uma liberdade real, na qual, respeitado o princípio da igualdade, se afasta a escravidão imposta por contratos confeccionados em laboratórios jurídicos e que, na maioria da vezes, tendem ao exclusivo lucro do fornecedor e ao prejuízo do consumidor.

De outro lado, o princípio da liberdade serve principalmente como padrão teleológico para a correta aplicação do CDC, pois somente prevalecerá eventual aplicação da plena liberdade em situação onde os envolvidos sejam naturalmente iguais.

Por exemplo, é grande a discussão doutrinária sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a pessoas jurídicas, em que pese existir norma expressa no sentido, qual seja, o art. 2º do CDC, que diz ser consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

As controvérsias são enormes, porque uma interpretação meramente literal e gramatical da norma pode redundar em desrespeito ao intuito teleológico do Código. Veja-se que a lei foi criada para igualar os desiguais, pelo que não seria adequado permitir que uma pessoa jurídica se beneficiasse das normas protetivas do CDC, em detrimento de outro fornecedor. Seria autorizar o aplicador da lei a chancelar uma ilegalidade, além do que se configuraria uma flagrante ilegitimidade, tendo em vista o completo distanciamento de conduta, nestes moldes adotada, dos ditames axiológicos maiores.

Seria justificável que uma grande empresa ingressasse contra outra, até mesmo de porte inferior, alegando a aplicação do CDC e dizendo que o contrato contém cláusulas abusivas que devem ser anuladas e excluídas? Obviamente que não, pois, na hipótese, surgiria o princípio teleológico da liberdade, o qual indicaria que todos são livres para formular

seus pactos negociais, não podendo o Estado intervir neles, a menos quando esteja configurada uma situação de desigualdade. Neste último caso sim, a única postura exigível do Estado-Promotor é a intervenção, tendente a fazer valer, também, o princípio da liberdade do consumidor, que não pode ser escravizado e se submeter ao abuso e à imposição de condutas ditadas pelos agentes econômicos.

Cláudia Lima Marques¹⁷ analisa com muita clareza a matéria, dizendo que “na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e *livremente* as cláusulas de seu acordo de vontades. Seria o que hoje denominaríamos de contratos paritários ou individuais. Contratos paritários, discutidos individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas preliminares, ainda hoje existem, mas em número muito limitado e geralmente nas relações entre dois particulares (consumidores), mais raramente, entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico.” (grifo nosso).

O princípio da liberdade, portanto, é plenamente aplicável no CDC, mas, necessariamente, acrescido a outros, como o da igualdade e da boa-fé, pode resultar na restrição da liberdade de conduta de um dos envolvidos na relação de consumo, caso o reconhecimento axiomático e não teleológico do princípio implique, como conseqüência, a infração à liberdade do outro envolvido, relevada a sua vulnerabilidade.

3.3 Princípio da boa-fé objetiva

Alguns autores apresentam a “boa-fé” como um mero conceito jurídico indeterminado, o qual deve ser interpretado, a partir do caso concreto, tendo em vista a obtenção do melhor critério de justiça.

Entendemos, todavia, que a expressão “boa-fé” possui importância muito maior que a de um mero conceito jurídico, sendo, verdadeiramente, um princípio, uma diretriz a ser seguida, quando da interpretação das normas e também da sua concretização.

A boa-fé objetiva traduz a necessidade de que as condutas sociais estejam adequadas a padrões aceitáveis de procedimento que não induzam a qualquer resultado danoso para o indivíduo, não sendo perquirido da existência de culpa ou de dolo, pois o relevante na abordagem do tema é a absoluta ausência de artifícios, atitudes comissivas ou omissivas, que possam alterar a justa e perfeita manifestação de vontade dos envolvidos em

(17) *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, 1995, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., pp. 39 e 40.

um negócio jurídico ou dos que sofram reflexos advindos de uma relação de consumo.

A festejada Professora Cláudia Lima Marques¹⁸ comenta que o CDC “...trouxe como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil a positividade do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais”.

Conforme manifestado neste ensinamento doutrinário, vários deveres anexos decorreram do princípio da boa-fé objetiva, os quais se encontram espalhados pelo CDC, emergindo sob a forma do dever de completa transparência, de integral informação ao consumidor (arts. 30, 31 e outros, do CDC), da não-aceitação de linguagem complexa (art. 54, § 3º, e outros, do CDC), da interpretação em favor do consumidor, em caso de dúvida no tocante a cláusulas contratuais (art. 47 do CDC), o dever de cooperação (obrigação do fornecedor de agir com lealdade e de auxiliar o consumidor, proibindo qualquer conduta tendente a dificultar o cumprimento da obrigação, por parte do outro contratante) e muitos outros que estão previstos na Lei Protetiva.

É importante frisar na abordagem do tema em questão, que o contrato não pode mais ser aceito como uma manifestação isolada do contexto social, na qual dois pólos executam um negócio jurídico do qual dispõem plenamente.

O massificado mercado de consumo atual obriga a uma nova e atualizada maneira de observar a vida moderna, evidenciado que ficou que o contrato é um mecanismo fundamental para a circulação rápida e eficaz das riquezas, as quais retornam para a sociedade sob a forma de salários ou de investimentos na realização das políticas públicas do Estado.

Com efeito, existiriam dois enfoques para a consideração do contrato como instituição jurídica, um externo e outro interno.

Discorrendo sobre o assunto, em brilhante artigo, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁹ assim se manifesta:

“A aproximação dos termos ordem econômica – boa-fé serve para realçar que esta não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos inte-

(18) *Ob. cit.*, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 83.

(19) *Revista Direito do Consumidor, A Boa-fé na Relação de Consumo*, São Paulo, vol. 14, Editora RT, p. 22.

grantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio. O art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança.”

A magnífica exposição doutrinária demonstra, portanto, que não mais são aceitáveis aquelas alegações comumente encontradas em juízo, no sentido de que o Estado não pode intervir nos contratos. Poderá sim, desde que seja necessário o comando da Lei para corrigir eventual desigualdade, pois o princípio maior da igualdade é o fundamento de todos os demais, pelo que deve sempre ser preservado.

Infelizmente, alguns agentes econômicos não compreenderam ainda, que um contrato limpo, uma conduta comercial clara e transparente, um procedimento leal, induzem ao retorno do consumidor para fazer novos negócios.

Além disso, também não foi compreendido por alguns empresários que um contrato claro facilita a sua aceitação, o que redundará na maior possibilidade de comercialização e de circulação de riqueza. Isto traz como consequência mais investimentos e lucro para as empresas, que captam mais dinheiro, podendo proporcionar melhores salários para os empregados, atingindo o país, assim, o desejado desenvolvimento integral e humanizado.

Aliás, diga-se neste compartimento do trabalho, que a correta satisfação das necessidades do consumidor integra inclusive o conceito de qualidade de um empresa. O famoso consultor internacional W. Edwards Deming²⁰, que revolucionou a indústria japonesa, assim aborda o tema:

“O consumidor é a parte mais importante da linha de produção.

...O mais importante é o princípio de que o objetivo das pesquisas de mercado é entender as necessidades dos consumidores, seus desejos e criar produtos e serviços que lhes propiciem uma vida melhor no futuro.

(20) *Qualidade: a Revolução da Administração*, Editora Marques Saraiva, Rio de Janeiro, 1990, pp. 129 e 130.

Um segundo princípio é que ninguém pode adivinhar o prejuízo futuro de um negócio, gerado por um cliente insatisfeito. O custo de substituição de um item defeituoso na linha de produção é relativamente fácil de ser estimado, mas o custo de um item defeituoso que é entregue a um cliente desafia qualquer medida.

...*Triângulo de interação* – Nem a construção do produto nem os testes de laboratório ou de campo são suficientes para descrever suas qualidades e como será seu desempenho, ou se será aceito. A qualidade deve ser medida através da interação de três participantes, conforme se vê na Gig. 8: (1) O produto em si; (2) O usuário e como ele usa o produto, como o instala, como cuida dele (exemplo: o cliente permitiu que caísse poeira sobre um rolamento), o que ele foi levado (por ex., pela propaganda) a esperar; (3) As instruções de uso, treinamento do cliente e treinamento da assistência técnica, os serviços disponíveis para reparos, a disponibilidade das peças. O vértice superior do triângulo não determina, por si só, a qualidade. Estou me lembrando de um velho poema japonês:

Kane ga naru ka ya
Shumoku ga naru ka
kane to shumoku no ai ga naru
É o sino que toca,
É o badalo que toca,
Ou é o encontro dos dois que toca?"

Esta é a noção exata de *qualidade*, ou seja, corresponde ao entendimento de que o produto ou serviço de fato satisfará os anseios do seu adquirente ou usuário, jamais podendo o fornecedor ter a ilusão de que eventual "maquiagem" ou subterfúgio não serão identificados pelos seus parceiros do mercado de consumo.

Portanto, um contrato deve ser o mais atrativo possível, assim como atrativas são as embalagens dos produtos de um supermercado, por exemplo. Com o diferencial de que o conceito de "atrativo" em um contrato corresponde à sua condição de instrumento de fácil leitura, clareza, simplicidade e, principalmente, repleto de boa-fé.

Em assim sendo, e valendo-nos das lições do Ministro Ruy Rosado²¹, podemos identificar três funções básicas do princípio da boa-fé objetiva, quais sejam o de que serve como padrão teleológico, apresentando critérios para uma melhor interpretação; serve como criador de deveres secundários ou anexos; exerce função limitadora de direitos, evitando que as teses voluntaristas, que pregam a liberdade contratual total, possam levar a maiores situações de desequilíbrio social.

(21) Ob. cit., *Revista Direito do Consumidor*, pp. 25 e 26.

3.4 Princípio da vulnerabilidade

A vulnerabilidade do consumidor é um conceito bastante complexo, pois abrange diversos enfoques, os quais se confirmam concretamente no mercado de consumo.

Vulnerável é um conceito jurídico de direito material e busca evidenciar o significado daquela situação, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira²² “pela qual alguém ou algo pode ser atacado”.

Com efeito, o consumidor pode ser atacado de várias maneiras, sofrendo pressões que invadem a sua privacidade, na maioria das vezes sendo o alvo de maciças publicidades que criam necessidades de consumo antes inexistentes.

Os mecanismos de convencimento e de manipulação psíquica, na atualidade, são variados, acontecendo por intermédio dos meios de comunicação de massa, os quais criam representações ideais de situações de vida que induzem o consumidor a aceitá-las como reais.

Neste afã de impor produtos ou serviços, os agentes econômicos usam de técnicas muito bem estudadas de **marketing**, as quais induzem o expectador a realizar condutas previamente determinadas, sem que a pessoa perceba. Estas maneiras subliminares de incutir idéias na psiquê humana, geralmente não são identificadas com facilidade, pelo que a reiteração das mesmas passa, com o tempo, a integrar o subconsciente do indivíduo, determinando que ele proceda da forma originalmente planejada.

Não se trata de qualquer prognóstico futurista, mas da realidade, motivo pelo qual o consumidor, por este primeiro aspecto, é considerado vulnerável, ou seja, pode ser facilmente atacado na sua livre manifestação de vontade, relativamente à escolha das suas prioridades e necessidades, cabendo à lei defendê-lo, sempre com o objetivo de fazer valer o princípio da igualdade.

Alberto do Amaral Junior²³ disserta com muita propriedade sobre o assunto, dizendo que “a formação de grandes conglomerados, a alteração dos mecanismos de formação dos preços e a montagem de vastos aparatos publicitários capazes de criar desejos e forjar necessidades trouxe à baila a problemática da proteção ao consumidor, como elemento indispensável da evolução econômica atual...”, identificando, assim, a vulnerabilidade do consumidor no plano econômico.

(22) *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 2ª ed., p. 1.792.

(23) *Revista Direito do Consumidor, A Boa-fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo*, São Paulo, vol. 6, Editora RT, p. 28.

Esclarece o mesmo autor, que esta vulnerabilidade, aliás prevista expressamente no art. 4º do CDC, também emerge sob o enfoque da fragilidade técnico-profissional dos indivíduos consumidores.

De fato, cada área do conhecimento já possui naturalmente suas peculiaridades, somente sendo oportunizado ao estudioso específico de determinada matéria o domínio integral das causas, conceitos e consequências dos fenômenos passíveis de ocorrência nesta mesma área. Transferindo tal singela constatação para o mundo moderno, no qual o número de inventos, descobertas, pesquisas e novas necessidades surgem com rapidez espantosa, temos a noção exata da vultosidade dos avanços experimentados pela cultura humana.

Fica muito fácil, então, concluir que o indivíduo, a pessoa, o vulnerável consumidor, não têm como ser equiparados aos fornecedores de produtos e serviços também por este aspecto, pois estes detêm os conhecimentos técnicos e profissionais específicos atinentes às suas atividades, o que induz à óbvia aceitação de que o consumidor deve ser protegido.

Um terceiro enfoque seria o relativo ao plano jurídico, já que, não bastasse todo o aparato apresentado, os agentes econômicos se valem dos chamados contratos estandarizados, os contratos de massa, os quais primam pela complexidade, pela tecnicidade, pela falta de esclarecimentos suficientes e de transparência, tudo isto com o intuito de dificultar a manifestação de vontade livre e consciente do consumidor.

Nesta última abordagem, ainda sofre o consumidor quando pretende fazer valer seus poucos direitos advindos do contrato, haja vista que os fornecedores obviamente também possuem organismos jurídicos preparados para os confrontos judiciais e extrajudiciais, mais uma vez não existindo como comparar a posição fática entre os dois pólos da relação de consumo.

Sobre este derradeiro enfoque, Adroaldo Furtado Fabrício²⁴ esclarece que "...há mais, a imensa dificuldade de acesso individual dos lesados, em regra pobres, humildes e desinformados, aos órgãos jurisdicionais. E, mesmo para os que superem essas limitações e cheguem a colocar à face do juiz a sua queixa, resta a monumental e desanimadora diferença de forças, meios e recursos que separa o litigante eventual do habitual. Aquele vai a Juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da Justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo. Este outro, o litigante habitual, bem ao contrário, está permanentemente à barra dos pretórios e tem com eles a maior intimidade.

(24) *Revista Direito do Consumidor, As Novas Necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz*, São Paulo, vol. 7, Editora, RT, p. 31.

Tem a seu favor a experiência acumulada dos litígios passados e a preparação sempre mais aprimorada para os futuros, o 'saber de experiências feito', os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial; está melhor aparelhado à produção de provas do seu interesse; mais facilmente captará a simpatia do poder político, do econômico e da mídia – vantagens extraprocessuais estas últimas, sem dúvida, mas cuja importância seria ingênuo negligenciar”.

Por todos estes fatos, bastante evidentes, é que o consumidor é considerado naturalmente vulnerável, não sendo compreensível, como alguns ainda insistem em não reconhecer a legitimidade dos entes coletivos para sua tutela, somente podendo ser atribuída conduta neste sentido à não-constatação de que os tempos mudaram, e mudaram muito, ou ao fato de que defendem interesses específicos, que não se coadunam com o princípio maior da igualdade.

Apenas em rápida abordagem, importante salientar que a vulnerabilidade é um conceito de direito material e geral, enquanto a hipossuficiência corresponde a um conceito processual e particularizado, expressando aquela situação a dificuldade de litigar, seja no tocante à obtenção de meios suficientes para tanto, seja no âmbito da consecução das provas necessárias para a demonstração de eventuais direitos.

Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins²⁵ explicam que “a vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência que é característica restrita aos consumidores que além de presumivelmente vulneráveis, vêem-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência cultural, material ou, como ocorre com frequência, ambas”. Citando Antonio Herman Benjamin “a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores”.

Também cabe trazer à colação o conceito de vulnerabilidade apresentado pelos autores acima citados, os quais dizem que “a vulnerabilidade do consumidor é incidível do contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico, não admitindo prova em contrário, por não se tratar de mera presunção legal. É, a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor pessoa jurídica ou consumidor pessoa física”, apenas cabendo ressaltar este último aspecto, a fim de mencionar que en-

(25) *Código do Consumidor Comentado*, 2ª ed., São Paulo, Editora RT, p. 45, nota 7.

tendemos aplicável o CDC somente por exceção às pessoas jurídicas, na forma já comentada.

Por último, deve ser dito que o princípio da vulnerabilidade representa a defesa dos princípios constitucionais da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego, insculpidos no art. 170 da CF, cabendo ressaltar que os empregos somente surgem caso existam consumidores para investir nas empresas, as quais repassarão estas riquezas novamente para os consumidores, que são os seus empregados.

3.5 Princípio da repressão eficiente aos abusos

A noção de abuso está intimamente ligada ao conceito de direitos, pois abusar significa exercer de maneira desproporcional e contrária aos critérios de igualdade determinada conduta reconhecida, em princípio, como lícita.

Vale aqui, então, a velha lição de que nossos direitos acabam exatamente na medida em que começam a prejudicar os direitos dos demais indivíduos integrantes do corpo social, ou seja, uma conduta que era lícita na origem, torna-se contrária ao direito, merecendo restrição advinda da lei.

A Magistrada Genacéia da Silva Alberton²⁶, em excelente artigo sobre a desconsideração da pessoa jurídica, traz esclarecedora conceituação, dizendo que abuso deve ser reconhecido “sempre que um titular de direito escolhe o que é mais danoso para outrem, não sendo mais útil para si ou adequado ao espírito da instituição...”, ocorrendo, no caso de pessoas jurídicas, sempre que o “exercício de direitos” venha “ferir a finalidade social a que se destina” a empresa.

O conceito se reporta, portanto, ao princípio constitucional da função social da propriedade, pelo que os direitos dela advindos devem ser gozados com adequação, sempre observado o fim precípua que possui a propriedade de quem possui os bens de produção.

A transcrição feita ressalta, também, uma necessária correspondência do conceito de abusividade ao princípio da proporcionalidade, o qual é ferido, segundo Paulo Bonavides²⁷, “toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta”. Citando Manfred Gentz, o princípio pretende instituir “a relação entre fim e

(26) *Revista Direito do Consumidor, A Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código do Consumidor – Aspectos Processuais*, São Paulo, vol. 7, Editora RT, p. 20.

(27) *Ob. cit.*, p. 315.

meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso”.

Procura o constitucionalista citado ressaltar, então, que deve ser coibido o arbítrio, bem como deve ser observada a necessidade, ou seja, o “meio deve ser dosado para chegar ao fim pretendido” de determinada conduta. Isto justifica a intervenção da lei, sempre que abusos estejam sendo praticados no mercado de consumo, seja por parte do fornecedor ou do consumidor.

É necessário comentar este último aspecto, pois o consumidor igualmente pode cometer abusos, os quais devem ser reprimidos, exatamente para que tais excessos de maus consumidores não venham a onerar os bons consumidores, os quais o Código visa proteger.

Tivemos oportunidade de analisar situação fática na qual o consumidor adquiriu programas de computador, violou o lacre plástico, levou para sua casa e retornou no dia seguinte pretendendo a devolução do dinheiro porque o produto não teria se compatibilizado com o computador. O fornecedor perquiriu-nos sobre o dever de devolução do numerário, ocasião em que apresentamos manifestação contrária, pois, com grande probabilidade de verdade, o mau consumidor teria copiado o programa e pretendia obter tal vantagem gratuitamente, com o que o Direito não pode concordar.

É relevante este tipo de abordagem, pois jamais podemos esquecer que o mercado de consumo se constitui em um sistema perfeitamente ligado, no qual a empresa fornecedora não assumirá os prejuízos, mas sim os repassará aos demais consumidores, socializando os danos eventualmente impingidos por uma situação específica. No caso, se a empresa recebesse o produto deslacrado não mais poderia revendê-lo, pelo que internalizaria este prejuízo para posterior repasse.

Assim, reprimir os abusos do mau consumidor significa proteger a empresa e também o bom consumidor.

Os abusos por parte dos fornecedores podem acontecer de inúmeras maneiras, seja na publicidade (art. 37, § 2º, do CDC), seja na oferta (arts. 30 e 31, do CDC), nas situações discriminadas no art. 39 do Código (das práticas abusivas) e principalmente nos contratos, cujas previsões, predominantemente, estão nos arts. 51 e seguintes da Lei Protetiva.

Tratamos, primeiramente, do problema dos contratos, a fim de demonstrar como é pródigo o ser humano na criação de situações enganosas, com o objetivo de auferir vantagens indevidas. Para tanto, basta que sejam relevadas as características dos atuais contratos de adesão, os quais possuem em sua natureza predicados que naturalmente já colocam o consumidor em posição de excessiva inferioridade.

Paulo Heerdt²⁸, referindo-se a Orlando Gomes, apresenta o contrato de adesão como informado pelos princípios da unidade e invariabilidade do

conteúdo; da complexidade ou tecnicismo; da generalidade ou permanência da oferta; da superioridade ou prepotência econômica; do estado de necessidade.

Decorrência lógica do princípio da invariabilidade e da unidade, juntamente com o princípio da generalidade, é o reconhecimento de que os contratos-padrão serão oferecidos a um grande número de pessoas.

Em assim sendo, é feito um cômputo atuarial tendente a considerar todos os possíveis reflexos das cláusulas previamente dispostas no mercado de consumo. Sempre com vista à obtenção de maiores lucros e menores custos, serão igualmente relevadas as possibilidades de contestações aos termos do “pacto”, bem como à quantidade das mesmas, o que somente é possível exatamente porque os dispositivos contratuais atendem aos princípios da unidade e da invariabilidade.

Feitos os cômputos de prejuízos e lucros, decide o agente econômico sobre a viabilidade dos riscos que o seu contrato corre, colocando no mercado um “produto” mais ou menos abusivo.

Em palestra proferida pelo Doutor Paulo Salvador Frontini²⁹, na época Diretor de um grande banco, disse ele sobre as cláusulas abusivas que “...elas existem nos contratos financeiros, e quantas. Pegando aqui o art. 51 do Código é difícil achar um inciso em que a gente não consiga enquadrar os bancos, inclusive aquele em que eu trabalho, onde não tenho prestígio suficiente para convencê-los de que é preciso modificar isto. Porque o raciocínio não é fundamentalmente jurídico na empresa, o raciocínio é empresarial, grande parte um raciocínio atuarial. Vamos calcular percentualmente quantos vão criar caso, quantos consumidores dentre, por exemplo um banco como..., ele tem três milhões de correntistas, pessoas físicas, sem falar nas pessoas jurídicas. É gente que não acaba mais, de três milhões quantas irão à fila do Procon. Uma fila com três milhões não existe...se for montar um Procon para atender três milhões de pessoas. Então o cálculo é atuarial, o raciocínio empresarial é este. Ora, não há dúvida. Obrigações consideradas iníquas, abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem exagerada, isto existe freqüentemente”.

Exatamente para eliminar esta óbvia desigualdade que impera na sociedade brasileira há vários anos, que foi criado o Código de Defesa do Consumidor, o qual legitimou entes públicos e associações a ingressar com ações coletivas, tendentes a aglutinar em apenas um feito todas as abusividades que necessitariam de milhares de ações individuais semelhantes.

(28) *Revista Direito do Consumidor, Os Contratos de Adesão no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, vol. 6, Editora RT, p. 79.

(29) *Degração judicial da fita cassete do Congresso Nacional de Direito do Consumidor*, Brasília, março de 1994, no auditório do Banco Central do Brasil.

Por isso, é maciço no Estado do Rio Grande do Sul o reconhecimento da legitimidade ativa de órgãos como o Ministério Público, o qual tem obtido êxito nas demandas declaratórias e condenatórias que buscam o controle prévio e abstrato das abusividades dos contratos. Esta análise é feita com base nos contratos-padrão em branco, fato este possível juridicamente graças ao art. 29 do CDC, o qual prevê a proteção *preventiva* dos indivíduos expostos às práticas abusivas. Ou seja, no CDC não é necessária a existência de dano efetivo. A mera possibilidade, a iminência de que ele possa ocorrer, já impõe a intervenção da lei, visando a obediência do princípio da igualdade.

Com a complexidade e o tecnicismo, o fornecedor do contrato almeja evitar que o consumidor possa entender integralmente os reflexos econômicos e jurídicos do “pacto”, oportunizando, desta forma, procedimentos extrajudiciais, judiciais e financeiros dos quais o consumidor não tenha conhecimento. São denominações específicas como a menção a artigos de lei, à “tabela price” e outros, que tiram ou colocam em risco o requisito de boa-fé do contrato.

No que concerne ao princípio da superioridade ou da prepotência econômica, deve ser salientado que a abusividade decorre do fato de ser o fornecedor quem impõe previamente as “regras”, pois concentra ele o poder relativamente à determinada atividade negocial, sendo que, muitas vezes, existem atitudes empresariais até mesmo orquestradas, tendentes a eliminar algum diferencial contratual de relevo que venha a possibilitar uma maior concorrência entre as empresas.

Por derradeiro, temos o princípio do estado de necessidade, o qual neutraliza por completo aquela falaciosa argumentação de que o “consumidor assinou o contrato porque quis”.

De fato, na sociedade de massa atual, onde até mesmo para a aquisição de alimentos muitas vezes encontramos dificuldade, devido às distâncias, às grandes concentrações urbanas, até mesmo aos problemas de estacionamento, muito mais do que isto, pelo fato de que os negócios e a satisfação das necessidades exigem uma postura ágil e rápida do consumidor, sob pena de restarem inviabilizadas outras atividades profissionais, estudantis e sociais, de um modo geral, faz com que o adquirente ou usuário de produtos ou serviços tenha de se submeter a condições e contratos que lhe são desfavoráveis. Fica, então, evidente que a adesão a contratos-padrão muitas vezes ocorre por causa de um legítimo estado de necessidade, motivo pelo qual é um dos princípios que informa os contratos desta espécie.

Ricardo Hasson Sayeg³⁰ apresenta interessante posição sobre a ilicitude das práticas comerciais, dizendo que elas podem surgir sob a for-

30) *Revista Direito do Consumidor, Práticas Comerciais Abusivas*, São Paulo, vol. 7, Editora RT, p. 45.

ma de “abuso do direito do fornecedor, violação do direito do consumidor ou infração à lei”.

Em todas estas circunstâncias, todavia, estará o agente econômico abusando do seu direito de vender produtos ou serviços, servindo a distinção para sistematizar o estudo em questão.

A repressão eficiente aos abusos, então, é um dos princípios fundamentais para a realização dos objetivos do CDC, servindo, igualmente, como instrumento para a concretização de outros princípios, na forma do que será comentado no item seguinte, relativamente ao princípio da harmonia do mercado de consumo.

3.6 Princípio da harmonia do mercado de consumo

Para que sejam atendidas as diretrizes da atividade econômica e com vista à obtenção de condições satisfatórias de desenvolvimento do País, evidencia-se como fundamental o estabelecimento da harmonia no mercado de consumo.

Já não pode mais ser aceita aquela separação perniciososa que colocava o consumidor de um lado e o fornecedor de outro, como se fossem contumazes litigantes do organismo social, posto que a necessidade recíproca existente entre eles esclarece com perfeição que uma postura que os coloque em situações antagônicas é absolutamente incorreta.

Na forma do que procuramos demonstrar ao longo deste trabalho, o moderno entendimento de uma economia deve passar pelo fortalecimento do consumidor, sem que tal, entretanto, venha a inviabilizar as atividades econômicas lícitas.

Com efeito, o consumo somente tem condições de existir se for entregue ao empregado, ao funcionário, ao servidor, numerário suficiente para que ele invista no mercado de consumo, adquirindo bens ou serviços.

Seguindo nesta cadeia lógica, novas empresas, novos serviços, novas atividades surgirão na exata medida em que os consumidores invistam nestas unidades de produção de bens ou de serviços, as quais tenderão a aumentar de porte, fazendo com que novos empregos surjam e, conseqüentemente, que novos consumidores ingressem no mercado de consumo, investindo cada vez mais em desenvolvimento.

José Geraldo Brito Filomeno³¹ cita John Richard Hicks, detentor do Prêmio Nobel de Economia de 1972, o qual afirma que “quem garante todos os empregos não são os empresários, os sindicalistas ou os governantes, são os consumidores”, noção esta precisa e que traduz com perfeição a interligação harmoniosa que deve existir no mercado de consumo.

(31) Ob. cit., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 46.

Em assim sendo, não só com vista ao tratamento individual de controvérsias envolvendo consumidores e fornecedores, mas principalmente no âmbito coletivo, é imprescindível agir com prudência, seja no julgamento de litígios, seja em nível administrativo, quando são feitas as investigações em inquérito civil público, pois decisões precipitadas podem resultar, paradoxalmente, na desproteção do consumidor.

Como forma de atender ao acima alertado, sabiamente o CDC acrescentou o § 6º, ao art. 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), no qual foi previsto o compromisso de ajustamento de conduta dos agentes econômicos às exigências legais, podendo qualquer órgão público formalizá-lo. Por intermédio deste documento, eventual atividade danosa à sociedade é corrigida, mediante a cominação de elevadas multas, termo este que valerá como título executivo extrajudicial.

A importância do compromisso de ajustamento é extrema, pois evita uma ação coletiva contra o fornecedor, impedindo, também, todos os reflexos negativos que a publicidade decorrente deste tipo de ação de porte pode trazer ao agente econômico.

Previne o compromisso, ainda, o ingresso de ações individuais, pois, com a correção de eventual conduta, ficam sanados os vícios ou defeitos originais da atividade.

Muito mais do que isto, resolve de maneira ágil e efetiva litígios, realizando os objetivos maiores do princípio da harmonia das relações de consumo, que são a paz e o desenvolvimento sem traumas, situação esta em que todas as energias são canalizadas para ações produtivas e convergentes.

Para a consecução da harmonia desejada, entretanto, necessário que as mentalidades sejam modificadas, a fim de que os agentes econômicos percebam que seu ingresso no mercado de consumo representa muito mais do que uma simples atividade tendente à obtenção de lucro. Não se nega que este deva ser um objetivo a buscar, mas jamais pode ser perdida a noção da fundamental relevância social de qualquer atividade que conduza à criação de novos empregos. Não bastasse o grande número de pessoas que sobrevivem direta e indiretamente do trabalho realizado nas empresas, conforme foi salientado, estes são os indivíduos que reinvestirão na própria empresa, devendo, por isto, ser muito bem tratados.

Sobre o tema Luiz Amaral³² esclarece que "...os clássicos direitos fundamentais de natureza econômica: o da propriedade e o da livre empresa, já não são direitos individuais a serviço de interesses pessoais, já não são fins em si mesmos, mas meios para fins mais justos e humanos:

(32) *Revista Direito do Consumidor, O Código, a Política, e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, São Paulo, vol. 6, Editora RT, p. 70.

o bem-estar comum." Seguindo na sua lição, afirma que "...o empresário (cada vez mais profissional e menos 'doublê' de proprietário-empresário) tem responsabilidades sociais perante, não seus herdeiros e familiares, mas acionistas, trabalhadores e consumidores. De certa maneira estamos superando a principal contradição do capitalismo: caráter social da produção **versus** apropriação privada de seus meios; produto social **versus** direção privada da economia".

Deve ser dito, ainda, que a obtenção da verdadeira harmonia somente será alcançada quando a sociedade, como um todo, conseguir se auto-ajustar, haja vista que o Poder Público jamais conseguirá abarcar no aparato repressivo todas as situações que cotidianamente surgem no mercado de consumo.

Veja-se que são inúmeras as atividades negociais criadas na vida moderna, sendo impossível a repressão eficiente e imediata dos órgãos públicos, os quais necessitam de maior tempo para a tomada de decisões.

Por isso, o ideal para que a busca de harmonia fosse agilizada seria a implementação das políticas previstas nos arts. 5º, inc. V, e 82, inc. IV, ambos do CDC, nos quais está autorizada a criação de associações de defesa dos consumidores, pois elas têm maior rapidez na coleta e análise de assuntos específicos, além de possuírem, por paradoxal que possa parecer, maior facilidade na obtenção de definições técnicas sobre matérias determinadas.

Outro aspecto que deve ser abordado é o fato de que os agentes econômicos ainda estão muito tímidos na defesa do seu consumidor.

Em realidade, os fornecedores ainda não perceberam que precisam defender o seu consumidor dos maus fornecedores, o que é facilmente constatável porque dificilmente surgem reclamações de fornecedores nos órgãos oficiais de defesa dos consumidores, relativamente a alguma conduta ilegal que esteja sendo realizada por algum concorrente. Às vezes até mesmo são declinadas afirmações oficiosas sobre abusividades, mas no momento de reduzir a termo ocorrem recuos, inviabilizando investigações mais rápidas e proveitosas.

Com o passar do tempo, porém, a mentalidade dos sujeitos da relação de consumo tenderá a evoluir, sendo facilmente observável a rapidez com que este processo está acontecendo no Brasil, pelo que, nas próximas décadas, já serão sentidos os avanços de desenvolvimento que o nosso país experimentará, tudo com base neste fundamental princípio da harmonia do mercado de consumo.

Aliás, diga-se que harmonizar o mercado de consumo significa, concretamente, atender à quase totalidade dos princípios da ordem econômica consubstanciados no art. 170 da Constituição Federal.

4. CONCLUSÃO

Feito este estudo dirigido ao Código de Defesa do Consumidor, fica ressaltada a imensa importância dos princípios, não só para interpretação das normas, como para a organização da sociedade como um todo.

Fica evidenciado, também, que aplicar a norma jurídica significa sempre realizar uma concretização da Lei Maior, pois é ela a representação das diretrizes do sistema, devendo todas as leis de hierarquia inferior guardar consonância com as disposições constitucionais.

Fica demonstrado, igualmente, que a Lei Consumerista é, acima de tudo, uma lei de ordem pública e de interesse social (art. 1º do CDC), profundamente baseada na Constituição de 1988, não podendo ser considerada um diploma legal tendencioso, conforme alguns mal-informados tentam fazer crer, mas, sim, uma Consolidação de princípios, regras e de valores da mais alta relevância, que certamente lançará o Brasil para a posição dos países de “primeiro mundo” no terceiro milênio que se avizinha.