

O Princípio da Vulnerabilidade: Fundamento da Proteção Jurídica do Consumidor

JOSÉ OZÓRIO DE SOUZA BITENCOURT

Professor de Direito do Consumidor/Universidade Estácio de Sá

1 – Considerações Iniciais

A preocupação com a proteção das relações de consumo remonta ao final do século XIX. O cuidado se justifica, quando se considera que, com o transcorrer do tempo, essas relações se tornaram mais complexas, particularmente no período pós-industrial. O surgimento da produção em série, no final do século XIX, propiciou a emergência de conflitos, de que decorreu a criação de organizações que buscam defender os consumidores.

A primeira dessas instituições surgiu nos Estados Unidos. Era uma pequena associação de advogados de New York e tinha como objetivo exigir melhores condições de trabalho para os comerciários. Os pioneiros dessa iniciativa entendiam que, para melhor atender aos consumidores, os trabalhadores do comércio deveriam ter melhores condições de trabalho. A qualidade da carne, do peixe e de outros produtos perecíveis, assim como o atendimento dos clientes seria mais satisfatório, se os trabalhadores fossem asseados e melhor informados sobre o que faziam. Essa organização, criada em 1891, foi designada como *New York Consumers League*.¹

Como afirmamos, na alvorada do século XX, as relações de consumo revelavam-se como problemáticas. A Revolução Industrial e o expressivo desenvolvimento das técnicas empregadas no processo produtivo deu origem à chamada produção em massa, substituindo o relacionamento mais próximo, em que o consumidor conhecia pessoalmente o fabricante ou fornecedor e, na eventualidade de algum problema, poderia resolvê-lo de maneira mais simples.

Não há dúvida de que a teoria econômica clássica não se preocupava com a proteção do consumidor, nas relações de mercado. Nessa linha de pensamento, à época, ainda se pensava que o consumidor, ao procurar o fornecedor ou prestador de serviço, era quem lhes dava prestígio nas rela-

¹ GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de Direito do Consumidor*, p. 2, Forense, Rio de Janeiro, 1999.

ções de consumo. A capacidade econômica do consumidor para comprar bens e serviços ditaria as leis de mercado. Por seu turno, o fornecedor ou prestador de serviço que não se curvasse ao consumidor iria a falência².

Ainda, conforme o Prof. Fábio Comparato³, no contexto da economia de massa, não se contrata mais com o dono do armazém, com o boticário... O velho armazém, onde se comprava em gramas, passa a ser super ou hipermercado, com o produto já embalado nas prateleiras. Ao invés de ser atendido por um balconista, o consumidor passa a fazer suas escolhas sem intermediário, diretamente nas gôndolas. Nas drogarias, os remédios são fabricados em grande quantidade, o que tornou indireta e impessoal a relação de consumo.

Outro fenômeno a ressaltar nesse processo foi o significativo aumento do uso da publicidade e a maior penetração da mídia na vida das pessoas. Todos esses fatores alteraram de forma decisiva as relações de consumo, tornando mais vulnerável o consumidor... Hodiernamente, a compra e venda, o arrendamento mercantil, o *leasing* são operações sofisticadas. Produz e se consome em massa, no contexto da *sociedade de massa, sofisticada e complexa*.⁴

No início do século, as autoridades e os consumidores começaram a se preocupar com os produtos e serviços oferecidos: via de regra, os consumidores não dispunham de suficientes e claras informações sobre a origem e o estado dos alimentos, pois os dados sobre esses produtos e serviços permaneciam restritos ao fabricante⁵.

Assim, à medida que a produção industrial e os serviços prestados tornaram-se mais sofisticados, o consumidor passou a necessitar de melhores informações, carecendo de educar-se mais a respeito do assunto. À luz dessa problemática, os governantes, embora situados no contexto do Estado liberal, que se mantinha afastado das relações privadas, passaram a sofrer pressão popular, no sentido da necessidade de intervenção na economia, sob o argumento da vulnerabilidade do consumidor. Diante do gigantismo dos fornecedores de produtos e serviços, traduzido pelo controle do processo produtivo e dos bens de produção, tornou-se mais que evidente a fragilidade do consumidor.

Cumprе salientar que o direito tradicional já previa a proteção nos contratos. Entretanto, precisou atualizar-se, adequando-se aos desafios, presentes na relação fornecedor/consumidor.

² COMPARATO, Fábio Konder. *A Proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*, p. 19/28, Forense, 255.

³ *Op. cit.* p. 19/20.

⁴ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção Jurídica do Consumidor*, p. 2, Saraiva, Rio de Janeiro, 1993.

⁵ GAMA, Hélio Zaghetto. *Op. cit.* p. 3.

Em termos gerais, essa linha de argumentos justificou a criação das primeiras organizações de defesa e proteção do consumidor, nos Estados Unidos e na Europa. Preocupavam-se, geralmente, com a qualidade dos produtos. Nesse diapasão, já na segunda década do século XX, havia grupos de defesa do consumidor na França, Inglaterra e Itália. Eles cuidavam também da orientação dos consumidores, para que valorizassem corretamente o seu dinheiro. Nesse sentido, passaram a ser veiculadas algumas publicações, destinadas a informar sobre a qualidade dos produtos e a lealdade dos preços. O movimento evoluiu com tamanha velocidade que, ainda na primeira metade do século passado já havia movimento de defesa do consumidor no Canadá, na Alemanha, Bélgica, Áustria, Austrália e Japão.

Nos Estados Unidos, o advogado Ralph Nader ficou conhecido por sua atuação em defesa dos consumidores, com o estudo sobre a falta de segurança dos veículos vendidos ao público na década de 60, o que deu força ao movimento dos consumidores. Também na Europa espocaram ações visando a obter indenizações por danos aos consumidores, devido a problemas na qualidade dos produtos. Na Alemanha, repercutiram vigorosamente os efeitos colaterais da Thalidomida, remédio prescrito a mulheres grávidas, que provocou seqüelas em milhares de crianças.

Nesse contexto, surgem leis nos EUA e na Alemanha, permitindo as **Class Actions**, similares a ações coletivas, com o fito de obter reparações em face de lesões causadas a grupos de pessoas, com direitos homogêneos, resultantes de danos de origem comum com alguns fornecedores.⁶

No terceiro quartel do século passado, a Organização das Nações Unidas também mobilizou-se no sentido de defesa do consumidor. A ONU aprova a Resolução n° 2.542 em 11 de dezembro de 1969, versando sobre o progresso e desenvolvimento social. A Comissão de Direitos Humanos da ONU em 1973 reconheceu os direitos fundamentais e universais do consumidor.⁷

Como vimos demonstrando, essa preocupação com os direitos do consumidor já se fazia presente em vários países. Como não poderia deixar de ser, essa iniciativa da ONU exerce forte influência nos vários Estados: na Europa, por conta da Comunidade Européia e nos Estados Unidos, com a criação de diversos organismos de defesa do consumidor. A constatação de que as novas relações deixavam os consumidores como a parte mais fraca, a necessitar da assistência do Estado levou esses organismos à luta por um equilíbrio de forças nas relações consumeristas.

⁶ GAMA, Hélio Zagheto. *Op. cit.* p. 4.

⁷ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. "História e Fundamentos do Direito do Consumidor", RT, n° 648, p. 31/45, São Paulo, out. 1989

O mercado consumidor americano é, sem dúvida, o mais dinâmico do mundo. Portanto, não é de se estranhar que tenha surgido naquele mercado muitos organismos de defesa do consumidor: há órgãos privados e outros públicos, dotados aqueles de modernos meios de atuação, conforme dispõe Luiz Amaral no supracitado artigo.

João Batista de Almeida⁸, com apoio em Othon Sidou, informa que, nos Estados Unidos, teve início a legislação consumerista com a Lei de 1872, sobre atos fraudulentos do comércio. A alçada foi ampliada com a Lei Federal de 1887, que criou a Comissão do Comércio entre Estados, com o encargo de fiscalizar e regulamentar o transporte ferroviário.

Luiz Otávio de Oliveira Amaral⁹ ensina que o sistema de proteção ao consumidor norte-americano é dotado de *avançada especialização*, que garante ao consumidor livre consciência e opção. Ele acrescenta que foi no governo Kennedy que o sistema americano recebeu os *modernos diplomas legais*.

Entre eles, merecem relevo: o ***Consumer Legal Remedies***, versando sobre a responsabilidade legal dos comerciantes pela qualidade e eficácia dos produtos, anunciados através de publicidade comercial; o ***Consumer Credit Protection Act***, que impõe serem as razões determinantes da recusa de crédito, as condições e os encargos de financiamentos para aquisição de bens informados ao consumidor e o Magnuson-Moss Warranty Act, que determina que o fornecedor faça constar nas embalagens ou nos contratos os prazos e condições de garantia de produtos acima de certo valor.

Na década de 60, não se pode olvidar que a preocupação com a devida informação ao consumidor sobre produtos já era grande. Segundo Fábio Konder Comparato¹⁰, o ***Fair Packaging and Labeling Act*** norte-americano, de 1966 dispunha que as embalagens e os rótulos das mercadorias deveriam conter notícias que habilitassem ao consumidor *a obter uma informação precisa, não apenas em relação ao volume e quantidade das coisas*, essas comunicações deveriam possibilitar uma análise comparativa por parte do consumidor privado em confronto com outras mercadorias quanto *“às suas qualidades intrínsecas”*.

Ademais, existem agências governamentais nos Estados Unidos que têm atuação especializada na defesa do consumidor. Dentre outras, pode-se citar a ***Federal Trade Commission***, que é o órgão máximo de proteção ao consumidor naquele país, com competência para fiscalizar e regulamentar as

⁸ *Op. cit.* p. 7.

⁹ *Op. cit.* p. 35.

¹⁰ *Op. cit.* p. 24

práticas comerciais. Nesse mister, tem significativa importância a aplicação das leis antitruste e a proteção dos interesses do consumidor, podendo inclusive investigar a escrita contábil. Como esclareceu João Batista Almeida¹¹, *tendo atuação destacada em fraudes envolvendo publicidade enganosa*.

No âmbito educacional, foi criada a Consumer Education Office, que promove e administra programas educacionais com objetivo de formar e treinar pessoal especializado para educar e orientar o consumidor.

Para cuidar da fiscalização de produtos comestíveis, farmacêuticos, cosméticos e drogas, há a Food and Drug Administration, que tem laboratórios espalhados por todo o país. Por seu turno, a Consumer Product Safety Commission cuida das normas e padrões de segurança dos produtos e fiscaliza sua aplicação.

Com o objetivo de desobstruir as vias jurisdicionais, há os Small Claim Courts, dedicados às causas de pequena monta, facilitando a discussão rápida dos problemas oriundo das relações de consumo.

Podemos depreender do exposto que, antes de 1990 já contavam os norte-americanos com um sistema sólido de proteção e defesa do consumidor.

Quanto à Comunidade Européia, o processo de integração econômica dos países acarretou necessária evolução no âmbito do direito privado. Veio o Tratado de Roma, cuja assinatura foi em 1957 e que tinha como objetivo facilitar a troca entre os Estados-membros, criando um mercado comum. Para que mercadorias e pessoas tivessem livre circulação, foram eliminadas as barreiras técnico-jurídicas. Segundo Alfredo Calderale¹², a Corte Européia decidiu que determinados produtos deveriam circular livremente nos Países da Comunidade, desde que as normas técnicas nos países de origem assim o permitissem. Ao tomar essa decisão (caso *Cassis de Dijon*, de 1979), a CE prejudicou a tutela do consumidor.

¹¹ *Op. cit.* p. 7

¹² CALDERALE, Alfredo. P. 12, R. EMERJ, v. 4, n. 14, 2001. "Assim, a partir do caso *Cassis de Dijon* de 1979, a Corte decidiu que, se determinados produtos circulavam livremente nos países de origem de conformidade com as normas técnicas ali em vigor, os outros países não podiam impedir a circulação em seu interior pelo fato de aqueles produtos estarem sujeitos a uma disciplina doméstica mais rigorosa. Em tal perspectiva, cada um dos Países da Comunidade conservou a própria especificidade com respeito à normativa, expressa pelo direito civil e pelo direito comercial, relativamente aos sujeitos econômicos, às disposições sobre o contrato em geral e àqueles simples tipos contratuais, regras que disciplinam o mercado. (...) Ora, enquanto destinada a premiar os produtos qualitativamente mais depreciados, a "integração negativa" entre as simples disciplinas nacionais tendia a alterar a mesma competição entre as empresas, privilegiando aquelas inclinadas a uniformizarem-se em *standards* qualitativos menos severos e caros e se arriscava de corromper os mesmos "gostos" dos consumidores, além de deixá-los privados de tutela."

A partir de 1986, com a assinatura do Ato Único em Luxemburgo e em Haia, que entrou em vigor em 1º de julho de 1987, confirmou-se com a assinatura do Tratado de Maastricht em 1992, o propósito de constituir um mercado interno entre os Países da Comunidade, reduzindo à unidade territorial.

Com esse objetivo, unificaram-se as regras para os produtos e serviços. Gradativamente, vão desaparecendo as diferenças entre as disciplinas nacionais, quer no tocante à circulação de mercadorias, ou qualquer outro âmbito das relações jurídicas. Na lúcida lição do Prof. italiano¹³, deve-se dar destaque a uniformização da *norma-técnica* relativa a produtos, traduzindo-se em regras similares, *que fixam standards comuns às mercadorias*. Ele refere como exemplo a diretiva 92/59 CEE, que dispõe sobre regras de segurança dos produtos. A diretiva é um ato que vincula o Estado-membro ao qual é dirigida, portanto somente àquele que foi destinado. É dotada de eficácia útil, mas não tem eficácia direta. Trata-se de uma obrigação de resultado, que embora obrigue os Estados, ficam, entretanto, livres quanto aos modos e meios para alcançar aquele desiderato.

A rigor, a Corte de Justiça CE diz que a força vinculante da diretiva se refere ao prazo para a entrada em vigor internamente das medidas preconizadas, devendo o instrumento adotado respeitar a necessidade de certeza e clareza das relações jurídicas, para que os juízes nacionais possam aplicá-las, preservando-se os direitos dos consumidores.¹⁴

Na verdade, alguns países membros da Comunidade já dispunham de legislação destinada à proteção do consumidor. A França, por exemplo, tinha uma legislação sobre o tema desde 1978¹⁵.

Ademais, todos os países dedicavam leis especializadas em defesa do consumidor. João Batista de Almeida¹⁶, citando Othon Sidou, refere que o Comitê

¹³ *Op. cit.* p. 14/15

¹⁴ CALDERALE, Alfredo. R. EMERJ, p. 15, v.4, n° 14, 2001. Que assim discorre sobre o assunto: "A diretiva é um ato que vincula o Estado membro ao qual é dirigida, porquanto diz respeito ao resultado a alcançar, ficando a salvo a competência dos órgãos nacionais quanto ao mérito, à forma e aos meios". Por isso se diz tradicionalmente que a diretiva vincula somente os Estados destinatários e, portanto, é dotada de uma eficácia útil, mas não de *direct effect*. Em linhas gerais, a diretiva, impondo aos Estados membros uma obrigação de resultado, deixam-nos livres quanto ao modo e aos instrumentos para alcançá-lo. Todavia, em mais vezes a Corte de Justiça CE reduziu o valor prático desta afirmação comum. De fato, a Corte precisou que existe uma importância vinculante da diretiva, ao menos no que diz respeito ao prazo fixado para a entrada em vigor das medidas internas de atuação, além do que, estabeleceu que o instrumento formal pré-escolhido pelo Estado deve satisfazer à exigência de certeza e clareza das situações jurídicas, sobretudo com o intuito de permitir aos interessados de fazer valer os próprios direitos diante dos juízes nacionais."

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. R. Direito do Consumidor, p. 362, n° 17.

¹⁶ *Op. cit.* p. 8.

Europeu de Cooperação Jurídica, por intermédio de um Sub-comitê de Proteção Legal ao Consumidor, após ampla investigação, constatou que todos os países tinham leis e atos administrativos que permitiam aos órgãos públicos e organismos privados legitimados a atuar em juízo em defesa dos consumidores.

A CEE tem como objetivo a uniformização das normas de proteção ao consumidor, no âmbito de um mercado interno, efetivado no início do terceiro milênio com a adoção inclusive de uma moeda única. As diretivas são várias, buscando regras homogêneas sobre defesa do consumidor.

Assim, a Diretiva 88/314 que versa sobre preços de produtos alimentícios, refere-se a alimentos adquiridos pelo consumidor final, devendo a regra versar claramente sobre a obrigação do fornecedor quanto à informação inequívoca da unidade de medida e do preço a ela relacionado, dentre outras imposições. A Diretiva 90/314, por exemplo, sobre viagem organizada - o pacote turístico - deve a lei interna obrigar que qualquer brochura colocada à disposição do consumidor deverá indicar entre outras coisas, o preço, o prazo financeiro etc.

Hoje, a União Européia dispõe de um sistema de proteção ao consumidor muito especializado, que se fortalece a cada momento, através das diretivas editadas pela CEE, pois, como visto, à medida que os Estados transpõem a diretiva, o sistema fortalece a defesa do consumidor. Conforme Cláudia Marques¹⁷, a Lei francesa que transpôs a diretiva trouxe novas regras para disciplinar cláusulas abusivas e, no tocante à sanção *a lei francesa vai mais longe que a "vaga" Diretiva*, pois considera-as não escritas e classifica-as como de ordem pública.

2. - A Defesa do Consumidor no Direito Brasileiro

A doutrina nacional já se manifestava favorável a um sistema de proteção ao consumidor, muito antes da Constituição Federal de 1988. Fábio Konder Comparato¹⁸, na década de 70, proclamava que seria recomendável a introdução de medidas de aperfeiçoamento de nossa legislação em defesa do consumidor. Destacava, como mínimo necessário, dar legitimidade para qualquer do povo para propor ações judiciais visando à cessação de práticas comerciais abusivas etc.

Na verdade, havia regras esparsas sobre o assunto, no ordenamento jurídico brasileiro. No mencionado estudo, o Prof. Comparato cita o art. 62, parágrafo único do Código Brasileiro de Propriedade Industrial como regra em defesa do consumidor. João Batista de Almeida¹⁹ arrola, como proteção

¹⁷ *Op. cit.* p. 364.

¹⁸ *Op. cit.* p. 28.

¹⁹ *Op. Cit.* p. 8/9

indireta, vários diplomas legais, dentre outras, o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei da usura); o Decreto-Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, substituído pelo de nº 9.840, de 11 de setembro de 1946, versando sobre crimes contra a economia popular, com superveniente Lei de Economia Popular de 1951. A Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico nº 4.137 de 1962, além da criação do CADE, a criação em 1984, através da Lei 7.244/84, dos Juizados de Pequenas Causas e a punição dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional pela Lei 7.492/86.

Mas, os estudiosos do assunto são unânimes em reconhecer que a Constituição Federal, promulgada em 1988, representa passo firme e decisivo no sentido da intervenção direta do Estado na proteção do Consumidor. Nossa Lei Maior contém diversos dispositivos específicos sobre o tema. Por exemplo, o art. 5º, XXXII prevê a intervenção estatal nas relações de consumo, dispondo que: *O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*. No art. 24, VIII, que dispõe sobre competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor e, em outro momento, determina que o consumidor deverá ser esclarecido acerca dos impostos incidentes sobre bens e serviços (art. 150, § 5º). Mais adiante, o art. 170, V, no Título da Ordem Econômica e Financeira, estabelece que a defesa do consumidor constitui um dos princípios da atividade econômica.

Ademais, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu o prazo de 120 dias para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor. Após acirrados debates, foi editado a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, com base em texto preparado pelo Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

Apesar de algumas críticas, o CDC tem sido bem recebido no meio jurídico. Há quem entenda ser o diploma um marco no direito brasileiro. Entre esses doutrinadores, merece destaque o Prof. João Batista de Almeida²⁰, que, ao definir o CDC como grande avanço, afirma que ele *alçou o País, nessa área, e em termos legislativos pelo menos, ao nível das nações mais avançadas do planeta*.

3 - O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor

A definição da vulnerabilidade do consumidor demanda análise e reflexão acerca da evolução das relações de consumo. Como afirmamos em momento anterior deste estudo, a produção e comercialização de bens e serviços sofreram profundas transformações, ao longo do desenvolvimento da civilização pós-industrial.

²⁰ Op. Cit. p. 10

Trazendo o problema para nossos dias, é relevante examinar os vários aspectos da propriedade hoje. Uma das características marcantes da economia de massa é o poder conferido ao fornecedor, que controla o processo produtivo e dispõe de informações precisas sobre os bens de produção, em detrimento do consumidor, que não as detém²¹.

É ainda pertinente considerar que o direito de propriedade tradicional não abrange o poder de disposição sobre os bens de produção, que encerra um poder sobre outros homens. Fábio Konder Comparato²², em excelente lição, explica que a produção, ao evoluir da fase artesanal para a industrial, permite que o controlador dos meios de produção exerça um poder sobre os outros homens. Nesse sentido, o conceito de propriedade, que evoluiu do conceito de disposição absoluta medievo (*usque ad coelos et usque ad inferos*) ao uso social da propriedade dos dias de hoje, ainda assim deixa vulnerável o consumidor, em suas relações com os fornecedores de bens e serviços.

Consciente desse desequilíbrio, o legislador concebeu o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de dezembro de 1990, com fundamento no princípio da vulnerabilidade. Por isso, orienta-se para proteger àqueles que se submetem ao poder de controle empresarial, no dizer do eminente professor paulista mencionado, *independentemente de sua "riqueza" ou "pobreza" relativas*. Segundo Comparato, o capitalista, desde que não detenha o controle da empresa, que investe fortuna em ações ou deposita em contas bancárias, também se submete ao poder dos empresários.

Ainda, segundo Comparato²³, a análise do mercado deve levar em consideração como realidade primária o poder econômico dos organismos produtores públicos ou privados, não mais as necessidades individuais dos consumidores.

O movimento consumerista, não se pode olvidar, surgiu no século XIX no mesmo momento em que os sindicatos reivindicavam melhoria de salários e de condições de vida. É interessante ressaltar que, em ambos os ca-

²¹ COMPARATO, *Op. cit.* p. 20, Para quem: "O período da produção em massa, instaurado com a chamada "revolução industrial" acabou afeiçoando a sociedade em dois grandes grupos: produtores e consumidores. Produtores são os que controlam bens de produção, ou seja, deles dispõem de fato, sob a forma de empresa, ainda que despidos da propriedade clássica. Consumidores, os que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes."

²² *Idem, idem.*

²³ *Op. cit.* p. 19. Que dispõe: O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. (...) Quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria." (*Op. cit.* p. 20).

sos, verifica-se o mesmo fundamento: a vulnerabilidade dos trabalhadores e dos consumidores. Nessa linha de pensamento, o Prof. José Geraldo Brito Filomeno²⁴, um dos autores do anteprojeto do CDC, ao comentar a vulnerabilidade dos consumidores, com apoio em Paulo Rónai, retoma a lapidar frase de Henri Ford: *O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco.*

A hipossuficiência do consumidor assume várias formas. Por um lado, no contexto de uma sociedade de produção e de consumo e distribuição de bens e serviços em larga escala, por via de consequência, o consumidor encontra-se sob a eminência de lesão em massa.

Na verdade, não se pode negar que o consumidor, na maioria das vezes, encontra-se em desvantagem econômica diante do fornecedor. Como exemplo, lembramos que não há como negar essa situação fática, diante do poder de algumas empresas transnacionais. Havendo vício em um produto produzido por uma empresa como a Nestlé, a Ford, por exemplo, e que o consumidor precise acionar a justiça, inegavelmente estará este em desvantagem. Aliás, com relação à capacidade econômica do consumidor, é compreensível que, na prática, em caso de dano, o cidadão que disponha de menos recurso financeiro tende a arcar com maior prejuízo.

Outro aspecto digno de referência está relacionado à capacidade técnica do fornecedor, em detrimento do desconhecimento do consumidor, freqüentemente, pouco informado acerca de questões referentes ao consumo. Sob esse prisma, a sua vulnerabilidade é técnica, eis que não detém o *know how* sobre os meios de se produzir determinado produto. Esclarece o eminente Desembargado Sylvio Capanema de Souza²⁵, que a vulnerabilidade se apresenta *numa tríplice versão*. Argumenta que “Uma segunda vulnerabilidade, entretanto aparece no chamado “direito de informação”...” Aduz que a falta de informações gera a vulnerabilidade técnica, o que acarreta limitação ao direito de escolha.

Continuando, o Ilustre Desembargador²⁶ acrescenta que o consumidor é vulnerável também quando tem premência de adquirir um produto ou serviço cartelizado, ou sujeito a monopólio. Nessa situação, o consumidor não tem opções e precisa *submeter-se docilmente às imposições do fornecedor monopolista ou cartelizado.*

²⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 54, 6ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.

²⁵ SOUZA, Sylvio Capanema. “O CDC e seus Reflexos na Teoria Geral do Direito Civil”, *Revista da EMERJ*, p. 69, v.3 n° 10, Rio de Janeiro, 2000

²⁶ *Op. cit.* p. 70

Esse fundamento – a vulnerabilidade do consumidor – deu fundamento teórico e prático às propostas que deram origem ao atual Código de Defesa do Consumidor. A Lei 8.078, de 11 de dezembro de 1990 veio compensar essa fragilidade do consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços. Parte ponderável da doutrina defende a tese de que tal regulamentação ocorreu com atraso... Seja como for, a verdade é que, atualmente, o consumidor dispõe de um instrumento com o qual poderá equilibrar-se juridicamente frente ao fornecedor.

Assim, do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor se retirou o fundamento para a edição de medidas para a sua tutela jurídica, a exemplo da tutela do empregado nas relações trabalhista, que após ser reconhecida a dependência e vulnerabilidade dos empregados, da dependência econômica do trabalhador frente ao patrão para se efetivar. Esse paralelismo é sempre lembrado na doutrina.

3.1 - O Princípio da Vulnerabilidade na Legislação

O reconhecimento da vulnerabilidade é unívoco no mundo. A resolução da ONU n° 29/248 reconhece que os consumidores estão em desequilíbrio no tocante à condição econômica, educacional e capacidade financeira. Para o Prof. João Batista de Almeida²⁷, não há dúvida de que, quando se refere a desequilíbrio, a Resolução o faz no *significado de hipossuficiência, e, pois, vulnerabilidade*.

Como assinalamos, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 reconhece implicitamente esse princípio no art. 5°, XXXII, quando determina que ao Estado cabe a defesa do consumidor. Aliás, ao situá-lo no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, o legislador propicia indicações de que o tratou como direito humano. Mais adiante, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, dispõe ser um dos princípios o da defesa do consumidor (Art. 170, V). Ao refletir sobre essa formulação, parece claro que só se defende quem está em posição de desvantagem; estando estas normas defendendo a parte mais fraca, vulnerável, muito embora se objetive a livre concorrência.

No CDC, esse princípio é positivado no art. 4°, I, em que menciona o princípio da vulnerabilidade como informador da Política Nacional de Relações de Consumo. Está evidente que o sistema do Código se volta à defesa do consumidor, seja quando dispõe sobre as formas de atuação em juízo, seja nas relações contratuais, quando versa sobre as cláusulas abusivas. Também regulamenta a questão referente à publicidade, determinando que toda oferta publicitária é parte integrante do contrato.

²⁷ *Op. cit.* p. 16

3.2 - Publicidade e Inversão do Ônus da Prova

Ao longo do presente estudo, vimos defendendo o princípio da vulnerabilidade, como razão de ser do Código de Defesa do Consumidor. Como dito anteriormente, é o fundamento para a exclusão de cláusulas abusivas, para a padronização do contrato de adesão, para que se determinem prazos específicos, diferentes do Código Civil, para as relações de consumo.

Procurar-se-á destacar, no entanto, os aspectos da oferta ao público e a inversão do ônus da prova no âmbito do CDC. A questão da publicidade, conforme dispõe o art. 30 e seguintes, topograficamente dispostos no Capítulo V, DAS PRÁTICAS COMERCIAIS, que a oferta publicitária integra o contrato. A debilidade do consumidor está flagrantemente estampada, quando se leva em consideração a ingenuidade do consumidor, frente aos apelos publicitários, que, em geral, se utilizam da imagem de personalidades do mundo artístico ou de atletas renomados, para promover seus produtos²⁸.

A rigor, quando se reflete sobre a realidade em que vivemos, fica patente a debilidade do consumidor frente à máquina publicitária, a serviço de fornecedores de produtos e serviços. Entre os valores dominantes na atualidade, há toda uma cultura de saúde, beleza e de comportamento imposta pela mídia, o que justifica a necessidade de proteção ao consumidor. Assim entendido o problema, vale ressaltar o artigo 30 do CDC, inserido na Seção da oferta, afeto a qualquer forma efetiva de publicidade ou manifestação do *marketing*.

Outro ponto no CDC – a *inversão do ônus da prova* - em que a debilidade do consumidor levou o legislador a mudar a tradicional incumbência da prova a quem alega. Cabe lembrar que o CDC é norma reguladora de preceito constitucional, inserido no capítulo *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*. Tem foro de norma de ordem pública.

A prova destina-se a tornar inequívocos os fatos, para que o juiz possa decidir. No âmbito das relações de consumo, a produção de prova pelo elo mais fraco é tarefa quase impossível; o que desvirtuaria o papel pedagógico do Judiciário²⁹.

Embora haja divergências sobre o tema, parece mais razoável o entendimento de quem defende a inversão do *onus probandi* como regra processual; nesse passo, um direito subjetivo do autor quando diante dos re-

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 21.

²⁹ GAULIA, Cristina Tereza. "A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor", *Revista da EMERJ*, v. 4, n° 13, 2001, que, em nota de rodapé de n° 3, assim se manifestou: "Através das decisões judiciais pode o Juiz efetivar mudanças práticas no atuar injusto de alguns agentes sociais que são recalcitrantes em desrespeitar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição federal ao cidadão."

quisitos exigidos. Ademais, o que se procura demonstrar é a incidência de uma aplicação sistemática dos princípios informadores do Código de Defesa do Consumidor, principalmente o que deu causa primeira a toda evolução do tema: a debilidade do consumidor.

Por conseguinte, ao mencionar ter criado o CDC uma *sobreestrutura jurídica multidisciplinar*³⁰, firmou a aplicação do código consumerista a todas as relações em que haja consumo. Ao aplicar as regras do CDC, deve o operador do direito interpretá-lo telelogicamente, buscando no sistema do código os princípios que o informam, mormente o da vulnerabilidade³¹.

Como visto, apesar dos outros princípios, o que firma a inversão do *onus probandi* é a debilidade do consumidor diante da complexidade dos meios de prova que, certamente, não teria como realizar.

3.3 - Aplicação do Princípio da Vulnerabilidade pelo Judiciário

A pesquisa jurisprudencial demonstra que, apesar da pouca idade do CDC, é possível encontrar decisões corajosas e técnicas, quando na seara das relações de consumo. O que se pretende, no entanto, é demonstrar que decisões há com base no estatuto consumerista, mas que aqui serão trazidas a título de exemplo.

A primeira delas constitui decisão arrojada, em que o ilustre magistrado e professor Werson Rego decide favoravelmente à autora, porque não provou a ré – empresa de planos de saúde – estar devidamente a autora informada de que contratara com base na Lei 9.656/98, com fulcro no art. 6º, III c/c 46, do CDC. O processo tomou o nº 99.001.116083-5. Considerou não está esclarecido nos autos se a autora estava clara e suficientemente informada, e, diante da dúvida, resolveu a seu favor, com fulcro no artigo 47, da legislação consumeira.

Embora não mencione o princípio da vulnerabilidade diretamente, a sentença prestigia-o indiretamente, quando não reconhece provadas as alegações da Ré, o que obstará o direito da Autora.

³⁰ Idem, citando o Des. Sérgio Cavaliéri Filho in "A Responsabilidade do incorporador/construtor no Código de Defesa do Consumidor". P. 431, *Revista AJuris*, Ed. Especial do IV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, 1998, que assim se manifestou: "Tenho sustentado que o Código do Consumidor criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito – público ou privado, material ou processual – onde ocorrem relações de consumo."

³¹ GAULIA, Cristina Teresa. *Op. cit.* p. 98

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se no Acórdão³² Relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial 168.859, em que o Juiz de Direito do Rio de Janeiro julgou o Ministério Público carecedor do direito de ação, por ilegitimidade ativa, sob o fundamento de se tratar de direitos disponíveis. A questão versava sobre ação proposta pelo *parquet* estadual em face de empresa de engenharia, com o objetivo de declarar nulidade de cláusula abusiva em contrato de adesão, em defesa de direitos difusos (art. 81 e seg. CDC).

Ao justificar a legitimidade do Ministério Público, S. Exa. fundamenta que o interesse social "...deflui da necessidade de ser cumprida a lei que regula atividade de importância crucial para a coletividade(...)" que deve merecer a proteção contra práticas comerciais ilícitas e contra contratos com cláusulas abusivas, porque em operações massificadas, com múltiplos prejudicados, nem sempre estará o consumidor em condições de se defender. Daí deflui a legitimidade do Ministério Público.

Também nesse acórdão há o fundamento indireto da vulnerabilidade do consumidor a autorizar a interpretação de que, embora disponíveis, se estaria diante de direitos metaindividuais; portanto de ordem pública, a autorizar a atuação do Ministério Público.

Entretanto, encontrou-se um julgamento do STF em que a Ministra Nancy Andrighi lança mão do princípio da vulnerabilidade de maneira direta, para afastar aplicação de preceito do próprio CDC, sob o fundamento de contrariar o escopo de proteção da lei consumerista. O Acórdão foi proferido no Agravo de Instrumento n° 184.616.³³

³² O mencionado acórdão foi assim ementado: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ação coletiva. Ministério Público. Legitimidade. Interesses individuais homogêneos. Cláusulas abusivas. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Nulidade da cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. "Art. 81, parágrafo único, III e art. 82, I, da Lei n° 8.078/90" (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. Recurso conhecido e provido. (Site: www.stj.gov.br/jurisprudencia).

³³ O Acórdão citado teve a seguinte ementa: "Processual Civil e Direito do Consumidor. Indenização por acidente de trânsito. Sentença condenatória prolatada em favor do consumidor. Intervenção de terceiro que prejudicaria a consecução imediata do direito material do consumidor. Enaltecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor. Ordem pública.

- Não deve ser admitida a intervenção de terceiro quando já proferida sentença, na medida em que a anulação do processo, para permitir o chamamento da seguradora, acabaria por retardar o feito, prejudicando o consumidor, o que contraria o escopo do sistema de proteção do CDC.

- A possibilidade de decorrer prejuízo pelo retardamento da prestação jurisdicional é suficiente, por si só, para se deixar de discutir o cabimento da intervenção de terceiro, quando a pendência de sua apreciação é atingida pela superveniente prolação da sentença." (site: www.stj.gov.br/jurisprudencia).

Como se observa, a Ilustre Ministra busca na razão de ser do Código do Consumidor o fundamento para afastar a regra do artigo 101, II, porque, diante da prolação da sentença favorável ao consumidor, a anulação do processo causaria prejuízo ao autor da demanda, vítima de acidente de trânsito, com a demora da efetividade do processo. Não deixa de mencionar que o faz com enaltecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Questão interessante, colhida em Acórdão da Suprema Corte portuguesa, versa sobre cláusulas abusiva em contrato de adesão entre consumidor e instituição financeira portuguesa para utilização de cartão bancário. Os europeus já tratavam do tema bem antes do que se fizesse no Brasil. Os vários Estados membros do Mercado Único, quando ainda no âmbito do Mercado Comum, já manifestavam preocupação com a situação de fragilidade do consumidor diante dos contratos de massa. Entre outras cláusulas, a decisão considerou abusiva a 19ª daquele contrato bancário³⁴.

O acórdão negou provimento ao recurso da Caixa Geral de Depósitos (C. G. D.), e um dos fundamentos foi a vulnerabilidade do consumidor, frente ao poderio econômico e técnico do fornecedor foi massificação das relações industria e negociais, o que deu origem ao contrato de adesão que "...com a natural superioridade econômica dos produtores em relação aos consumidores finais (débeis e atomizados)..." procuravam excluir a responsabilidade daqueles. Conclui por afirmar que as cláusulas impostas nos contratos de adesão devem ser interpretadas com base no princípio da vulnerabilidade do consumidor.

O que se quer deixar claro é a invocação do princípio da vulnerabilidade nessas decisões judiciais, que, em regra, defendem o consumidor. O exemplo português, Estado considerado entre os menos industrializados na União Européia, basta para se ter uma idéia da seriedade de como é tratado o tema nesses países e que formam um respeitável mercado consumidor no mundo, com milhões de consumidores.

4 - Conclusão

A vulnerabilidade do consumidor não se pode olvidar, foi o argumento matriz a determinar a necessidade de leis especiais para sua proteção. Assim como ocorreu com as questões trabalhistas, as relações de consumo só mereceram legislação especial, quando se admitiu a fragilidade do consumidor, em sua interação com o fornecedor.

³⁴ A cláusula foi assim redigida: "O titular e a C.G.D. acordam em que o registro informático das operações realizadas susceptível de ser reproduzido em papel constitui prova bastante das ordens de transferências dadas e dos levantamentos efectuados através da utilização do cartão." (Revista de Direito do Consumidor/Direito Comparado)

Não é por acaso que na Constituição de 1988 a defesa do consumidor e os direitos trabalhistas estão topograficamente no mesmo Título II, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais. O trabalho protegido contra arbitrariedades e devidamente remunerado é direito humano; da mesma forma, as relações de consumo, diante da produção massificada, constituem direito difuso, coletivo, digno de proteção contra vícios do produto ou do serviço, em consequência, definidos como lesões coletivas, ofensivas a direito humano³⁵.

Assim, o princípio da vulnerabilidade dá suporte à legislação consumidora, devendo ser levado em conta, quando da aplicação da lei. Além disso, deve ser rechaçada qualquer tentativa de modificação de normas que versem sobre a proteção desse direito humano.

O CDC define quem é consumidor e quem é considerado fornecedor de produtos e serviços. Nesse diploma legal, está patente que o fornecedor detém o controle dos meios de produção, o que, por sua vez fundamenta a vulnerabilidade, a hipossuficiência do consumidor, quanto à informação, e à capacidade de buscar a proteção jurídica, ou mesmo quando necessita de algum produto ou serviço e esse se encontra monopolizado ou cartelizado.³⁶

Pode-se citar como exemplo os contratos bancários ou de cartões de crédito. O usuário passa a utilizar um cartão de plástico, com o qual compra produtos ou serviços, ou ainda se utiliza para saques em máquinas eletrônicas de auto-serviço. Todas as operações são armazenadas através de dados informáticos, técnica que a grande maioria dos consumidores não conhece. Mais uma vez, a debilidade dos consumidores é patente, clara.

O CDC, como bem expõe o Des. Sérgio Cavalieri Filho³⁷, tem aplicação em todos os ramos do direito. O fundamento é a vulnerabilidade, elevada a cânone constitucional. Assim, insculpida no art. 5º, XXXII, ganha foros de direitos e garantias individuais e coletivas, e se *espargiu a sua disciplina por todas as áreas do Direito*, arremata o Eminent Desembargador.

Sob esse aspecto, o reconhecimento da fragilidade do consumidor, elevado a norma constitucional, traz como consequência a necessidade de se interpretar as normas que com ela conflite segundo hermenêutica que melhor traduza esse princípio. Decorre daí que, diante de argumentos tendentes à modificação do CDC, deve-se considerar o princípio da vulnerabilidade, para afastar qualquer prejuízo ao consumidor.

³⁵ AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Op. cit.* p. 32. Transcreve-se a lição sobre os fundamentos do Direito do Consumidor: "Seguindo esse feliz descorti, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em sua 29ª sessão (1973), realizada em Genebra, reconheceu basicamente aqueles princípios como direitos fundamentais e universais do consumidor."

³⁶ SOUZA, Sylvio Capanema. *Op. cit.* 69.

³⁷ GAULIA, Cristina Tereza. *Op. cit.* p. 96.

Por exemplo, em reportagem no **Jornal do Brasil**³⁸ de 06/01/2002, tem-se notícia de que a entidade representativa dos bancos e das empresas de cartão de crédito propuseram ação com o objetivo de revogar o art. 3º do CDC, sob o argumento de se tratar de lei ordinária, e que estaria em conflito com o art. 192 da Constituição que faz previsão de lei complementar para regulamentar a atividade financeira.

Não obstante, o artigo 192 da Constituição está inserto no Título VII, que dispõe no artigo 170, V ser um dos princípios gerais da atividade econômica, o da defesa do consumidor. Não pode lei alguma modificar o CDC em prejuízo do consumidor, porque é um sobredireito que regulamenta um direito fundamental do homem.

Aliás, é provável que a relação do consumidor com a administradora de cartão de crédito e com as instituições financeiras constitua a circunstância fática em que o consumidor seja mais vulnerável. A decisão da justiça portuguesa no acórdão anteriormente transcrito, o julgamento que considerou abusiva cláusulas que retiravam a responsabilidade daquela instituição teve como fundamento a grande dificuldade que teria o cliente de provar a situação fática.

O dever de informar se escuda na grande dificuldade enfrentada por um cidadão comum que firma contrato de adesão com a poderosa rede bancária, tanto no aspecto jurídico, como na questão contábil e tecnológica. Retomando o exemplo do cartão magnético, utilizado para operações com uma máquina automática, é pertinente lembrar que o demonstrativo das operações deve ser apresentado de maneira clara e detalhada, que não deixe dúvidas ao usuário.

Não resta dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor representa mudança revolucionária na aplicação do direito. A partir de então, onde houver desequilíbrio nas relações que envolvam venda de produtos ou prestação de serviço, haverá presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor. Essa assertiva tem sua razão de ser na evolução das relações industriais e negociais. A economia de massa trouxe relações de massa, necessitando de uma tutela jurídica do consumidor, como dito por Henry Ford, por ser o elo mais fraco nessa corrente do consumo hodierno.

³⁸ Com o título de "Bancos Preferem consumidores desprotegidos" a reportagem tem o seguinte teor: "Os bancos e financeiras do país estão tentando conseguir o aval do Supremo Tribunal Federal (STF) para se livrar das várias obrigações com os clientes. Está para ser julgada no STF uma ação da Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) que pretende a dispensa das casas bancárias do cumprimento das regras fixadas pelo Código de Defesa do Consumidor, atualmente aplicadas a toda e qualquer empresa prestadora de serviços. O processo deverá ser julgado pelos ministros do STF até o final de fevereiro."

Por último, ressaltamos que o regime democrático não se caracteriza pela igualdade formal de todos diante da lei – igualdade plena perante a lei. Para ser democrático, deve a igualdade ser substancial, material, tratando-se os desiguais de maneira desigual, como preconizou “o célebre Ruy Barbosa.”³⁹ ◆

³⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.* P 55.