

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade Mineira de Direito**  
**Programa de Pós-graduação em Direito Privado**

**ANÁLISE CRÍTICA DO ASSISTENCIALISMO JURÍDICO NAS  
RELAÇÕES DE CONSUMO**

**Mariana Andrade Rodrigues**

**Belo Horizonte**  
**2008**

**Mariana Andrade Rodrigues**

**ANÁLISE CRÍTICA DO ASSISTENCIALISMO JURÍDICO NAS  
RELAÇÕES DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

Área de Concentração: Direito Privado.  
Linha de Pesquisa: Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Macedo Poli

**Belo Horizonte  
2008**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R696a Rodrigues, Mariana Andrade  
Análise crítica do assistencialismo jurídico nas relações de consumo / Mariana Andrade Rodrigues. Belo Horizonte, 2009.  
93f.

Orientador: Leonardo Macedo Poli  
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito do consumidor. 2. Autonomia. 4. Razão. 5. Proteção. 6. Crítica. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 351.824.5

**Mariana Andrade Rodrigues**

***ANÁLISE CRÍTICA DO ASSISTENCIALISMO JURÍDICO NAS  
RELAÇÕES DE CONSUMO***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Privado.

---

**Leonardo Macedo Poli (orientador) – PUC-Minas**

---

**Adriano Stanley Rocha Souza – PUC-Minas**

---

**Giordano Bruno Soares Roberto – UFMG**

**Belo Horizonte, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2009**

**Para minha Mãe, amiga e mestra.**

Nós somos todos consumidores e nos tornaremos mais e mais, antes mesmo de sermos pessoas, sujeitos de direito ou mesmo cidadãos.

Consumidor, mais que uma pessoa, é outra visão do mundo, a do materialismo do consumo, sem passado, sem fronteiras, sem valores e quase sem obrigações.

**Philippe Malaurie**

## Resumo

O presente trabalho procura lançar novos olhares sobre o direito do consumidor, propondo um critério diferenciado de aplicação das normas protetivas. O plano do estudo segue um traçado histórico. Inicialmente, aborda o surgimento do consumidor como agente no cenário sócio-econômico, evidenciando o importante papel por ele exercido nas relações comerciais. É nesse período que fica patente a vulnerabilidade do consumidor, sua sujeição às práticas mercantis, sua carência informacional, técnica, econômica e jurídica. O segundo momento tratado reflete o reconhecimento de tal situação pelo Estado e, conseqüentemente, pelo Direito. Trata-se de uma fase claramente intervencionista, em que se multiplicam normas e medidas de proteção ao consumidor. Em seguida, apresenta-se uma crítica a essa postura, aqui vista como excessivamente cerceadora da liberdade do consumidor. Procura-se demonstrar a necessidade de um novo critério de aplicação do sistema jurídico de defesa, em face do atual paradigma sócio-econômico e informacional.

**Palavras-chave:** direito do consumidor, consumidor crítico, autonomia, racionalidade, proteção.

## **Abstract**

This paper seeks new approaches on consumer law, suggesting different criteria for applying juridical protection. The study follows a historical trail. First, it analyses the emergence of consumer as an agent in the social and economic scene, evidencing the important role he plays in commercial relations. That is when consumer's vulnerability, as well as his submission to commercial practices and his informational, technical, economical and juridical deficiency become patent. The second moment analyzed reflects the acknowledgement of such situation by the State and, as a consequence, by Law. This is a clearly interventionist phase, in which norms and remedies referring to consumer protection are multiplied. Finally, a critique towards this posture is presented, since it limits consumer's freedom excessively. The intention is to demonstrate the need of new criteria for applying juridical protection, due to the current social, economical and informational paradigm.

**Key-words:** consumer law, critical consumer, autonomy, rationality, protection.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO .....	9
2	O CONSUMIDOR DESAMPARADO.....	11
	2.1 A sociedade de consumo .....	11
	2.2 Conformação jurídica .....	14
	2.2.1 <i>Contratos de adesão.</i> .....	19
	2.3 “Embríões” da proteção ao consumidor: informação e concorrência .....	20
3	O CONSUMIDOR TUTELADO .....	24
	3.1 Codificação e descodificação.....	26
	3.1.1 <i>A codificação do direito natural</i> .....	26
	3.1.2 <i>O movimento de descodificação.</i> .....	29
	3.2 O microsistema de direito do consumidor .....	31
	3.2.1 <i>O âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.</i> .....	33
	3.2.2 <i>Princípios e direitos básicos do consumidor</i> .....	38
4	O CONSUMIDOR CRÍTICO.....	41
	4.1 A atual sociedade de consumo .....	42
	4.2 Perspectiva crítica .....	46
	4.2.1 <i>Da tendência à desregulamentação</i> .....	46
	4.2.2 <i>Da racionalidade e plena capacidade de entendimento do consumidor.</i> .....	48
	4.2.3 <i>Da inexistência de uma categoria jurídica abstrata a que se possa chamar consumidor</i> .....	51
	4.2.4 <i>Direito à proteção x direito à informação</i> .....	53
	4.2.5 <i>Consumidor crítico e contrato de adesão</i> .....	55
	4.4 O papel do Ministério Público .....	61
5	A perspectiva da Análise Econômica do Direito.....	61
	5.1 Análise Econômica do Direito – noções.....	61
	5.2 A posição da Análise Econômica do Direito acerca da proteção ao consumidor.....	61
	5.3 Crítica .....	63
6	A solução arbitral.....	65
	6.1 Arbitragem – contexto.....	65
	6.2 Arbitragem – noções .....	67
	6.3 A arbitragem no direito do consumidor.....	68
	6.3.1 <i>O conflito aparente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem</i> .....	68
	6.3.2 <i>A indisponibilidade dos direitos do consumidor</i> .....	70
	6.4 Propostas.....	71
5	CONCLUSÃO .....	72
	REFERÊNCIAS .....	74

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como problema fundamental a incerteza acerca da eficácia e adequação da proteção jurídica ao consumidor nos moldes atuais. Nessa medida, procura lançar novos olhares sobre referido ramo do direito, buscando um critério diferenciado de aplicação das normas protetivas.

O método utilizado é do tipo jurídico-propositivo, aqui entendido como o que se destina à realização de questionamentos, visando, em última análise, propor mudanças concretas, tanto na legislação vigente quanto, principalmente, em sua interpretação doutrinária e jurisprudencial<sup>1</sup>.

A pesquisa assume caráter multidisciplinar, buscando coordenar conteúdos de disciplinas diversas, tanto no plano do Direito como na Sociologia e na Economia, de modo a “desvendar o objeto em todas as suas características plurais”<sup>2</sup>. No processo de estudo, utilizaram-se dados primários, como legislação e jurisprudência, e secundários, entre os quais assumiram grande relevo obras doutrinárias de Direito Civil, Processual e de Consumo.

Tomou-se por marco teórico, como se poderá observar, a estrutura proposta por Norbert Reich, que percebe no momento atual do direito do consumidor uma fase “pós-intervencionista”, e a crítica elaborada por Philippe Malaurie e Humberto Theodoro Júnior acerca da proteção paternalista ao consumidor. Assumiu-se a idéia de justiça proposta por Joaquim Carlos Salgado, especialmente em *A idéia de justiça no mundo contemporâneo*.

O plano do estudo segue um traçado histórico. Inicialmente, aborda o surgimento do consumidor como agente no cenário sócio-econômico, evidenciando o importante papel por ele exercido nas relações comerciais. É nesse período que fica patente sua vulnerabilidade, sua sujeição às práticas mercantis, sua carência informacional, técnica, econômica e jurídica.

O segundo momento tratado reflete o reconhecimento de tal situação pelo Estado e, conseqüentemente, pelo Direito. Trata-se de uma fase claramente intervencionista, em que se multiplicam normas e medidas de proteção ao consumidor.

---

<sup>1</sup> Cf. GUSTIN, 2006, p. 30.

<sup>2</sup> GUSTIN, 2006, p. 89.

Por fim, apresenta-se uma crítica a essa postura, aqui vista como excessivamente cerceadora da liberdade do consumidor. Procura-se demonstrar algumas feições novas desse sujeito de direito, cuja atuação é, cada vez mais, crítica, refletida, consciente. De maneira aparentemente paradoxal, contudo, não se elimina a necessidade de alguma proteção assistencialista, notadamente nos casos de contratação necessária.

Nessa medida, evidencia-se a necessidade de um novo critério de aplicação do sistema jurídico de defesa, em face do atual paradigma sócio-econômico e informacional. De fato, a atualidade é marcada pela complexidade nas relações humanas, seja no âmbito da família, do comércio ou do consumo. *Pluralismo* é palavra de ordem, e o Direito não pode se furtar a reconhecer e disciplinar essa nova realidade.

## 2 O CONSUMIDOR DESAMPARADO

### 2.1 A sociedade de consumo

...  
Estou, estou na moda.  
É doce estar na moda, ainda que a moda  
seja negar minha identidade,  
trocá-la por mil, açambarcando  
todas as marcas registradas,  
todos os logotipos do mercado.  
Com que inocência demito-me de ser  
eu que antes era e me sabia  
tão diverso de outros, tão mim-mesmo,  
ser pensante, sentinte e solidário  
com outros seres diversos e conscientes  
de sua humana, invencível condição.  
...  
**Carlos Drummond de Andrade**  
**“Eu, Etiqueta”**

Nos primórdios, a atividade humana centrava-se na produção do necessário à subsistência: obtenção, cultivo e manipulação de bens primordiais. Não havia busca pelo supérfluo e o homem não questionava suas necessidades; os atos de consumo eram cuidadosamente ponderados.

É a Revolução Industrial que lança as bases da chamada “sociedade de consumo”, ao estabelecer o capitalismo como sistema econômico fundamental. De fato, as transformações então verificadas – na indústria, no comércio, na comunicação – reordenaram a estrutura social e, em última análise, geraram um impulso ao consumo até então desconhecido.

Com efeito, em fins do século XIX, já se haviam desenvolvido máquinas que proporcionavam a produção a baixo custo; já se consagrara a adoção de uma organização “científica” do trabalho, capaz de diminuir sensivelmente o tempo de produção; já se disseminara a filosofia de obter lucro pelo aumento do volume vendido e pela prática de preços baixos. Tudo isso conduziu, definitivamente, à produção em massa. Ao mesmo tempo, as grandes redes ferroviárias permitiram que o volume e a velocidade do transporte entre fábricas e cidades aumentassem a ponto de desenvolver-se, também, um comércio em larga escala. Os dados apresentados por Gilles Lipovetsky bem ilustram esses fatos:

No fim dos anos 1880, nos EUA, uma máquina já podia fabricar 120 mil cigarros por dia: trinta dessas máquinas bastavam para saturar o mercado nacional. Máquinas automáticas permitiam que 75 operários produzissem todos os dias 2 milhões de caixas de fósforos. A Procter & Gamble fabricava 200 mil sabonetes Ivory por dia. Máquinas desse tipo apareciam igualmente na produção do material de limpeza, dos cereais matinais, dos rolos fotográficos, das sopas, do leite e de outros produtos embalados. (LIPOVETSKY, 2007, p. 27)

Costuma-se identificar como primeira manifestação da nova opulência a criação dos grandes armazéns, ocorrida em fins do século XIX. No espetáculo do *grande magazine*, adotam-se políticas agressivas de incentivo à compra, consagrando-se, em definitivo, a filosofia consumista iniciada no período: o consumo passa a ser visto como “arte de viver e emblema da felicidade moderna” (LIPOVETSKY, 2007 p. 31).

Assiste-se, a partir de então, a uma transformação profunda nas relações de compra e venda, que Emile Zola identifica como uma nova religião, cujos templos seriam os grandes armazéns. O escritor é lembrado por Geraldo de Faria Martins da Costa para ilustrar essa perspectiva do século XIX:

No romance *Au bonheur des dames* (1883), o escritor do naturalismo descreve uma grande loja de departamentos, chamando-a de “catedral do comércio moderno de naves metálicas feita para seduzir as mulheres e obrigá-las a comprar”. Dotada de elevadores, de *buffet* onde se saboreiem biscoitos e refrescos (*sirops*), de salões de leitura onde se pode repousar, a grande casa comercial investe na divulgação de sua marca, por meio de anúncios, catálogos ilustrados e cartazes. As mercadorias são colocadas de forma estrategicamente tentadora, de modo a obrigar os clientes a atravessar os setores a princípio desinteressantes. As seções de artigos infantis são também estrategicamente situadas, para conquistar as mães de família. Aos guris são ofertados balões que portam o nome da loja em letras garrafais. (COSTA, 2008, p. 14)

Nesse contexto, a produção em série evidencia que forjar consumidores é mais difícil que produzir bens e serviços. Como consequência, a economia deixa de basear-se num planejamento da produção para focar-se nas expectativas dos consumidores. A necessidade passa a ser *criada* pela produção, numa interessante inversão: torna-se necessário alimentar, permanentemente, certa *predisposição* ao consumo.

Para tanto, métodos de estudo e pesquisa são desenvolvidos com o objetivo de averiguar as preferências dos consumidores (os chamados “estudos do conhecimento do comportamento do consumidor”). A publicidade assume papel fundamental no orçamento das empresas; investe-se na criação e divulgação de marcas e, conseqüentemente, altera-se sensivelmente a relação entre consumidor e comerciante. O consumidor moderno deixa de se identificar com o vendedor para fiar-se nas marcas.

Com a tripla invenção da marca, do acondicionamento e da publicidade, apareceu o consumidor dos tempos modernos, comprando o produto sem a intermediação obrigatória do comerciante, julgando os produtos a partir de seu nome mais que a partir de sua composição, comprando uma assinatura no lugar de uma coisa. (LIPOVETSKY, 2007, p. 30)

O objetivo da publicidade é a sedução do consumidor: referências culturais e hábitos remotos são substituídos ou subvertidos; a *opinião* passa a ser imposta pela moda. A mídia apresenta-se como principal instrumento de atração e manipulação, eliminando quase completamente a espontaneidade do consumo.

Os primeiros trinta anos do segundo pós-guerra marcam uma acentuação desse quadro; configura-se a chamada “sociedade da abundância”. A utopia da felicidade completa ao alcance de todos, mediante uma elevação do nível de vida proporcionada pelo crédito fácil, já permitiria prever o *hiperendividamento* do consumidor nos tempos atuais.

Aos ideais de crescimento econômico e elevação do nível de vida, somam-se a estimulação dos desejos e a chamada “obsolescência planejada”: na “cultura do efêmero”, os produtos já não são descartados por desgaste, mas porque artigos novos são lançados, capazes de atender melhor às necessidades ou ao imaginário dos consumidores.

Se, inicialmente, o homem vivia em função de satisfazer suas necessidades primárias, o consumidor “adquire” inúmeras necessidades secundárias que, em geral, tornam-se fonte de angústia e constrangimento, por lhe faltarem meios para atendê-las. “Eis um tipo de sociedade que substitui a coerção pela sedução, o dever pelo hedonismo, a poupança pelo dispêndio, a solenidade pelo humor, o recalque pela liberação, as promessas do futuro pelo presente” (LIPOVETSKY, 2007 p. 35).

A partir de então, os pilares que sustentam a sociedade passam a resumir-se, essencialmente, à abundância, à massificação e à homogeneização. A sociedade de consumo de massa “transforma o descanso do trabalho em despesas de lazer, a compra numa festa, a venda numa arte e o consumo num espectáculo” (CARRAPICO, 2006, p. 25). Pouco a pouco, toda a vida do indivíduo transfigura-se em espaço de consumo. A mudança atinge até mesmo a família, que se converte em verdadeira célula de consumo, igualmente criadora de falsas necessidades, competição e ostentação.

Essa perspectiva é sintetizada por Bernard Murchland:

O capitalismo, alimentado pela tecnologia, expandiu-se para ocupar todo o nosso espaço social; tornou-se um universo tanto político quanto psicológico. Esse poder totalitário mantém sua hegemonia privando a oposição de sua função crítica, qual seja, sua capacidade de pensar negativamente contra o sistema, e impondo falsas necessidades por meio da publicidade, do mercado e da mídia. A própria liberdade torna-se, assim, um instrumento de dominação, e a razão esconde o lado negro da irracionalidade. Como consequência, todas as nossas crenças legitimadoras enraizam-se em “falsa consciência”<sup>3</sup>. (MURCHLAND, 1983, p. 43).

## 2.2 Conformação jurídica

Juridicamente, a sociedade de consumo tem como origem e figura central o instituto do *contrato*. Instrumento, por excelência, da circulação de riquezas na sociedade, o contrato surge como meio de pacificação social, na medida em que a negociação substitui a violência. Como observa Caio Mário da Silva Pereira, “dois indivíduos que contratam, mesmo que se não estimem, respeitam-se. E enquanto as cláusulas são guardadas, vivem em harmonia satisfatória, ainda que pessoalmente não se conheçam” (PEREIRA, 2001, p.7).

---

<sup>3</sup> Tradução livre. No original, “*capitalism, abetted by technology, has expanded to fill all our social space; it has become a political as well as a psychological universe. This totalitarian power maintains its hegemony by depriving all opposition of its critical function, that is, its capacity to think negatively against the system, and by imposing false needs through advertising, market control, and the media. Liberty itself thus becomes an instrument of domination, and reason conceals the dark side of irrationality. As a consequence all of our legitimating beliefs are rooted in ‘false consciousness’.*”

Entre os povos da pré-história, já há registros de contratação, inclusive entre grupos humanos distintos (“trocas interclânicas”, *potlatch*)<sup>4</sup>. Interessante é observar que, ao contrário do que à primeira vista se imaginaria, esse “comércio” não tem o escopo único de prover as respectivas populações de alimentos, vestuário e ferramentas necessárias à subsistência. Segundo Baudrillard, “no *potlatch* é a destruição competitiva de bens preciosos que sela a organização social” (2007, p. 38). Em outras palavras, já entre os povos sem escrita pode-se antever a lógica da atualidade: a existência humana *funcionalizada* aos objetos, num tempo em que o *ser* define-se conforme o *ter*.

Reconhecida a importância do contrato como instrumento conformador da sociedade, interessa realizar breve digressão para analisar seu desenvolvimento histórico e conceitual.

Se a origem do instituto confunde-se com o início da própria evolução da humanidade, é em Roma que o contrato ganha estrutura jurídica própria<sup>5</sup>. Para gerar obrigações, exigia, então, forma especial: apenas o *contractus*, solenidade devidamente nominada, tipificada, era protegido pela *actio*, isto é, tinha o condão de originar obrigação juridicamente exigível. Dividia-se em contratos *re* (perfeitos mediante a entrega efetiva da coisa), *litteris* (que exigiam inscrição no livro do credor) e *verbis* (que se perfaziam com a troca de expressões sacramentais)<sup>6</sup>.

Para o direito romano, portanto, o consentimento não era, a princípio, suficiente para obrigar. Apenas em fins do Império, e para casos específicos – compra e venda, locação, mandato e sociedade –, passa a ser possível o contrato *solo consensu*. O *pacto*, por sua vez, criava tão somente obrigação natural. O reconhecimento deste é construção do direito pretoriano, possível unicamente em sede de exceção.

Contudo, não se realizou, em Roma, nenhuma abstração do conceito de contrato; “todo o direito romano estava construído sobre as defesas e ações possíveis (*actio*, ou *remedy* do direito inglês) e não sobre um conceito substantivo de direito ou contrato” (LOPES, 2008, p. 364).

---

<sup>4</sup> Cf. GILISSEN, 2007, capítulo 1.

<sup>5</sup> Cf. PEREIRA, 2001, v.III, p.2. Por sua vez, Orlando Gomes entende que “não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina contrato...” (2001, p. 6). Observe-se, porém, que ele se refere ao contrato como hoje o concebemos, o que não exclui o direito romano como fonte da estruturação, da sistematização do instituto.

<sup>6</sup> Cf. PEREIRA, 2001, v.III, p. 3. LOPES, 2008, p. 364.

Com efeito, apenas no período medieval elaborava-se, propriamente, uma teoria contratual. Nesta, continua dominante a idéia de contrato como tipo previamente definido, utilizado para obter determinada consequência jurídica. No entanto, graças à influência do direito canônico, passa a ser reconhecida a validade da promessa por si mesma, sem as limitações formais do direito romano. *Ex nudo pacto nascitur*. À palavra dada atribui-se um valor moral e jurídico até então desconhecido<sup>7</sup>.

Para a Escolástica medieval, todavia, a celebração do contrato tem sempre uma *finalidade*: a realização da justiça, numa concepção que remete à filosofia aristotélica. Assim esclarece José Reinaldo de Lima Lopes:

**O fundamento último dos contratos era realizar a justiça entre as partes**, ou realizar a liberalidade, isto é, trocar igualmente entre iguais ou trocar porque um dos sujeitos desejava realizar uma liberalidade, aquela virtude que está entre a *avareza* e a *prodigalidade* e que consiste em doar segundo o mérito e a conveniência de cada um, e que permite ao homem alegrar-se e entristecer-se com as aquisições e perdas na medida certa (ARISTÓTELES, 1994: 115). Ao trocar de forma justa as partes dão-se reciprocamente o que é de cada um (pois a justiça consiste em dar a cada um o que é seu). Ao realizar a liberalidade, as partes dão do que é seu, e não o que é do outro, vão além do devido num sistema de trocas ou retribuição. (LOPES, 2008, p. 365. Grifamos.)

Dessarte, fica claro que as partes não poderiam convencionar de forma absolutamente livre: limitavam-se pela exigência do justo preço, pela proibição da usura, da lesão, das cláusulas leoninas. Nesse sistema, reserva-se ao sujeito a possibilidade de arrepender-se do negócio ou desfazê-lo, mediante motivo razoável.

É apenas com o jusnaturalismo moderno que o contrato passa a ser reconhecido como expressão livre da vontade humana e, como tal, instrumento de criação de obrigações.

Ora, toda mudança no mundo do direito deve-se, sempre e necessariamente, a transformações sociais, econômicas, filosóficas; e o pensamento jurídico moderno reflete, como visto, o desenvolvimento de uma sociedade centrada nas práticas comerciais, creditícias, capitalistas. Essa nova estrutura impõe a generalização das trocas contratuais e exige que as relações jurídicas tornem previsíveis as operações econômicas; daí a busca por uma teoria contratual oposta à idéia medieval de que apenas as convenções materialmente equilibradas podem impor obrigações.

---

<sup>7</sup> Cf. GOMES, 2001, p. 5.

Doravante, presume-se a igualdade entre os contratantes, “que seriam os únicos avaliadores da conveniência e justiça dos termos do ajuste” (THEODORO JR., 2008, p. 9).

Assim, na exata medida em que o negócio fosse fruto de vontade livremente manifestada (sem vício do consentimento ou fraude), teria autoridade suficiente para obrigar as partes, mediante aplicação da força estatal coercitiva. Isto é, se o contrato é acordo de vontades livremente manifestadas, há nele uma justiça intrínseca, natural: o contrato é justo em si mesmo, e, como tal, deve ser dotado de obrigatoriedade.

Essa idéia remete à filosofia kantiana, na medida em que, sendo fim em si mesmo, só o homem pode limitar sua própria atuação. A autonomia da vontade, único fundamento de todas as leis e deveres, é, também, a verdadeira fonte das obrigações resultantes dos contratos. Com efeito, nas palavras do filósofo, “que outra coisa, portanto, pode a liberdade da vontade ser senão autonomia, isto é, a propriedade que a liberdade tem de ser uma lei para si mesma?” (*apud* CAYGILL, 2000, p. 217).

Ao pensamento jurídico voluntarista corresponde um paradigma estatal eminentemente liberal, fundado na idéia de que o mercado é capaz de regular a si próprio. Calcado na dicotomia entre Estado e sociedade, o liberalismo defere a formação da ordem privada, quase completamente, ao particular. Predomina a chamada igualdade formal, isto é, a idéia de que todos são iguais perante a lei.

O poder público limita-se a garantir a liberdade e autonomia dos indivíduos; a Constituição, a orientar o legislador no sentido de reduzir a atuação do Estado – daí falar-se em Direito Público e Direito Privado como áreas estanques.

Esperava-se que o perigo sempre viesse e os golpes fossem sempre desferidos do lado “público”, sempre pronto a invadir e colonizar o “privado”, o “subjetivo”, o “individual”. Muito menos atenção – quase nenhuma – foi dada aos perigos que se ocultavam no estreitamento e esvaziamento do espaço público e à possibilidade da invasão inversa: a colonização da esfera pública pela privada. (BAUMAN, 2000, p. 62)

De fato, só se admitia a interferência do Estado nas relações privadas para manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, e nunca para avaliar a situação concreta das partes contratantes ou o objeto do contrato. Em outras palavras, na concepção clássica, o Estado legislador atua na criação de normas

supletivas (especialmente para compor o contrato, em interpretação integrativa) e de normas de capacidade e vícios do consentimento (visando a garantir que a vontade seja manifestada corretamente). Por sua vez, o Estado juiz atua no sentido de fazer cumprir o acordo. Como se vê, “o desenvolvimento da teoria do contrato significou (...) que o *laissez-faire* não é uma teoria do Estado mínimo, mas do Estado intervencionista a favor do cumprimento de qualquer promessa” (LOPES, 2008, p. 370).

A vontade livre é fonte de obrigações e sua declaração implica que uma parte confere à outra o direito de exigir seu cumprimento integral, sem, contudo, que a vontade do juiz imponha-se sobre aquela que fora devidamente declarada pelas partes. “Ao juiz não cabe modificar e adequar à eqüidade a vontade das partes, manifestada no contrato; ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato” (MARQUES, 2005, p. 62).

A liberdade que se pretendia plena para justificar a ideologia contratual do novo regime sócio-econômico correspondia a um corolário inevitável: a responsabilidade também plena dos contratantes pelos compromissos assumidos contratualmente. As pessoas eram livres para contratar ou não. Mas, uma vez firmado o contrato, este se transformava em lei para quem o celebrara (THEODORO JR., 2008, p. 8).

Ocorre que este modelo acaba por favorecer a concentração econômica, restringindo intensamente a liberdade da parte menos favorecida, cujas aspirações acabam por ser *condicionadas*. Limita-se, de todo modo, a liberdade de contratar: o indivíduo já não é senhor de sua vontade; não contrata por opção, mas por força dessa vontade determinada; torna-se incapaz de escolher livremente o conteúdo do contrato. Uma das partes torna-se de tal modo inferior à outra que lhe resta, quando muito, a possibilidade de aderir a cláusulas previamente determinadas. “Em outras palavras, as pessoas já não contratam como antes. Não há mais lugar para negociações e discussões acerca de cláusulas contratuais. Os contratos são celebrados em massa, já vindo escritos em formulários impressos” (FIUZA e ROBERTO, 2002, p. 58).

### 2.2.1 Contratos de adesão.

Na definição de Fiuza e Roberto, “contrato de adesão é aquele que se celebra pela aceitação de uma das partes de cláusulas contratuais gerais propostas pela outra, a fim de constituir a totalidade ou ao menos a porção substancial do conteúdo de sua relação jurídica” (2002, p. 68)<sup>8</sup>.

Acerca da natureza do instituto, travaram-se grandes debates na doutrina jurídica. “Teses anticontratalistas ora o configuravam como *negócio jurídico unilateral*, ora o aproximavam da própria *lei*” (FIUZA e ROBERTO, 2002, p. 60). Alguns autores chegaram a proclamar a morte do contrato, resumindo sua disciplina e conseqüências às teorias da responsabilidade civil<sup>9</sup>.

Prevaleceu, no entanto, a noção de que, embora o consentimento de uma das partes limite-se à adesão a um conteúdo previamente estabelecido – as cláusulas contratuais gerais –, tem-se, ainda assim, a celebração de um contrato. “Mesmo existindo, na prática, um desigual poder de barganha (*unequal bargaining power*), não se deve negar o caráter contratual do contrato de adesão (ou por adesão)” (MARQUES, 2006, p. 74).

A contratação em massa é uma característica da sociedade moderna: resulta da necessidade de racionalizar e simplificar o escoamento da produção. É dizer, a produção e a distribuição em massa dependem da padronização dos termos contratuais, capaz de reduzir o custo e o tempo da negociação e proporcionar segurança jurídica.

Contudo, na medida em que esses contratos são compostos, substancialmente, por cláusulas previamente determinadas por uma das partes, associam-se, freqüentemente, ao controle do estipulante sobre a negociação, que envolve concentração do poder de mercado e, mesmo, existência de monopólio.

No contexto descrito, portanto, o consumidor, que já se consagrara como elemento chave da organização social, fim último de todas as práticas econômicas,

---

<sup>8</sup> Dialeticamente, apresenta-se a conceituação precisa de Inocêncio Galvão Telles, segundo a qual cláusulas contratuais gerais são as “elaboradas, sem prévia negociação individual, como elementos de um projecto de contrato de adesão, destinadas a tornar-se vinculativas quando proponentes ou destinatários indeterminados se limitem a subscrever ou aceitar esse projecto” (TELLES, 2002, p. 318).

<sup>9</sup> Cf. GILMORE, 1995.

apresenta-se como personagem-vítima de cláusulas contratuais abusivas, carência informacional e organizacional.

Entretanto, o consumidor só se configura, efetivamente, como um especial *sujeito de direitos* a partir da década de 1960, nos Estados Unidos, especialmente após a mensagem presidencial de Kennedy proferida em 1962<sup>10</sup>. No Brasil, a legislação voltada especificamente às relações de consumo é ainda mais tardia, como se verá.

Isso significa que mais de um século separou o aparecimento do consumidor como agente econômico e social de sua efetiva proteção jurídica.

### **2.3 “Embriões” da proteção ao consumidor: informação e concorrência.**

Antes mesmo do chamado *consumerismo*, termo comumente utilizado para designar a proteção jurídica conferida ao consumidor, ensaia-se um movimento de crítica a alguns dos pressupostos básicos do direito privado liberalista. Além do reconhecimento da limitação imposta à liberdade, questiona-se o princípio do *caveat emptor*, segundo o qual cabe ao comprador buscar, por seus próprios meios, informação suficiente para realizar um bom negócio, correndo por sua conta todos os riscos da falta desse conhecimento. Quando essa posição é ocupada por um consumidor, ganha espaço na teoria contratual uma importante inversão de papéis:

Aquele se encontrava na posição ativa e menos confortável, aquele que necessitava atuar, informar-se, conseguir conhecimentos técnicos (...) passou para a confortável posição de detentor de um direito subjetivo de informação (MARQUES, 2005, p. 717).

Inicialmente, contudo, as soluções propostas foram tímidas, mantendo-se a política de não interferência estatal no conteúdo dos contratos. As primeiras medidas destinaram-se a acentuar a autonomia e a liberdade de contratar, sem que isso implicasse um reconhecimento da desigualdade de mercado. Assim, limitaram-se,

---

<sup>10</sup> Disponível na íntegra em VIEIRA, 2002, p. 155.

basicamente, à imposição de deveres informativos simples e à garantia de uma política concorrencial antitruste<sup>11</sup>.

Nessa fase, em que pese a informação apresentar-se como instrumento para o incremento da posição do consumidor, visando restabelecer sua liberdade de fato, não há garantia de obtenção de efetivo *consentimento informado*. Apenas, por um lado, foram reforçadas algumas normas contra vícios na formação do contrato, notadamente a fraude; e, por outro, incentivou-se a realização de testes comparativos e rotulagem de produtos.

A teoria dos vícios do consentimento fundamenta-se, em última análise, no dogma da autonomia da vontade e na conseqüente força obrigatória dos contratos. Para que a vontade se configure como fonte principal de obrigações, faz-se necessário revesti-la de determinados requisitos: apenas a vontade livre, consciente e devidamente declarada origina um contrato válido e eficaz. *A contrario sensu*, uma vontade viciada, determinada por fatores externos, gera ato maculado pelo defeito da invalidade – incapaz, portanto, de vincular as partes. Note-se que não são considerados, nessa fase, os motivos ou a causa da negociação. Se o consentimento é válido, a obrigatoriedade que dele resulta independe do conteúdo do contrato.

Por outro lado, a publicidade, cujo objetivo é, como se evidenciou, despertar desejos, criando necessidades artificiais pela manipulação do inconsciente, torna-se alvo de críticas, principalmente dos sociólogos, segundo os quais o consumo dela resultante é, antes de tudo, um fator de diferenciação social<sup>12</sup>. A constatação de que a publicidade inteiramente livre é socialmente nociva levou os Estados à adoção de regras de rotulagem de produtos e atribuição de selos conforme verificação de qualidade. Contudo, é de se reconhecer que “regulações de rotulagem, instruções, avisos, notificações servem para evitar padrões mais estritos e convencer os consumidores de que ‘algo está feito’. Esse ‘algo’ pode ser altamente simbólico<sup>13</sup>” (REICH, 1992, p. 259).

Aos chamados remédios informativos, soma-se uma política de proteção da concorrência, que pretende assegurar o livre funcionamento do mercado.

---

<sup>11</sup> Cf. REICH, 1992, p. 257 e seguintes.

<sup>12</sup> Cf. LIPOVETSKY, p. 38.

<sup>13</sup> Tradução livre. No original, “*regulations on labelling, instructions, warnings, notifications serve to avoid stricter standards and convince consumers that ‘something is done’. This ‘something’ may be highly symbolic*”.

O direito da concorrência (...) é, de fato, um tipo de religião: impor as “leis sagradas da concorrência”. A liberdade da concorrência e o mercado transformam-se em objeto de um quase-culto, um fim em si, um objetivo absoluto. Curiosamente, esse direito da liberdade *impõe* a liberdade. (MALAURIE, 1999, p. 193)<sup>14</sup>.

Note-se que essa concorrência não se foca tanto na teoria do preço quanto “num funcionamento global do mercado, incluindo progresso técnico, distribuição de renda e bem estar do consumidor” (REICH, 1992, p. 270)<sup>15</sup>.

No entanto, a solução é apenas paliativa, na medida em que admite a existência de mercados oligopolistas, desde que atendam, de alguma forma, ao bem estar do consumidor. Com efeito, “a concorrência de preço não era considerada o principal objetivo da legislação antitruste, desde que outros mecanismos concorrenciais funcionassem bem, especialmente no interesse do progresso técnico” (REICH, 1992, p. 259)<sup>16</sup>. Em outras palavras,

a competição, normalmente, resulta de fato em preços mais baixos, melhor serviço e resultados semelhantes. Provisões estruturadas para reforçar a justiça no mercado, em geral, também produzem justiça para os consumidores (...). Contudo, as verdadeiras razões para grande parte da disciplina legislativa sobre fusões, monopólios e práticas negociais restritivas parecem ser a prevenção da concentração de poder econômico, o que tem implicações antes políticas que protetivas de consumidores<sup>17</sup>. (GOLDRING, 1990, p. 124)

Mais precisamente, “direito da livre concorrência é o direito do mercado, que deseja assegurar a liberdade e o equilíbrio; não tem por objeto proteger os fracos”

<sup>14</sup> Tradução livre. No original, “*le droit de la concurrence (...) il en fait une sorte de religion: imposer les 'lois sacrées de la concurrence'. La liberté de la concurrence et le 'marché' sont devenus l'objet d'un quasi-culte, une fin en soi, un objectif absolu. Curieusement, ce droit de La liberté impose la liberté.*”

<sup>15</sup> Tradução livre. No original, “*on an overall functioning of markets, including technical progress, income distribution, and consumer welfare.*”

<sup>16</sup> Tradução livre. No original, “*price competition was not regarded as the prime objective of antitrust law, provided that other competitive mechanisms operated well, especially in the interest of technical progress.*”

<sup>17</sup> Tradução livre. No original, “*Competition usually does result in lower prices, better service and similar results. Provisions enacted to enforce fairness in business often also produce fairness to consumers (...). Yet the real reasons for the enactment of a great deal of law dealing with mergers, monopolies, and restrictive trade practices would appear to be the prevention of concentration of business power, which has political implications, rather than protecting consumers*”.

(MALAURIE, 1999, p. 194)<sup>18</sup>. A realidade norte-americana demonstra o que se afirmou:

Durante a década de 60, a política antifusões norte-americana baseou-se fortemente na relação entre estrutura e desempenho. Em algumas oportunidades, para manter uma *estrutura* competitiva desconsideraram-se até as vantagens da eficiência econômica. Nessa época, proteger os concorrentes era mais importante que preservar a concorrência. (FARINA, 1994, p. 83)

Apesar de apenas iniciarem alguma espécie de proteção ao consumidor e de não se mostrarem de todo eficazes nesse primeiro momento, as soluções informativas e concorrenciais mostraram-se sólidas e mantiveram-se presentes.

Adiante, procura-se demonstrar que, desde que devidamente aplicadas, as normas referentes à informação ao consumidor apresentam-se, hoje, como o meio mais eficaz para assegurar o incentivo à sua racionalidade e liberdade.

---

<sup>18</sup> Tradução livre. No original, “le droit de la libre concurrence, c’est le droit du marché, qui entend en assurer la régularité et l’équilibre; il n’a pas pour objet de protéger les faibles”.

### 3 O CONSUMIDOR TUTELADO

Com o desenvolvimento da sociedade, restou patente que a presunção de justiça contratual afastava-se, em muito, da realidade. Na prática, o liberalismo acabou por favorecer a acumulação de capitais e a concentração da força produtiva; a desigualdade econômica tornou-se evidente. Principalmente devido às mudanças conjunturais impostas pela Primeira Guerra Mundial, já não se podia sustentar o argumento de que o contrato tinha de ser cumprido sempre que as partes o tivessem celebrado sem vícios, porque era justo por si mesmo.

Desde o primeiro pós-guerra e acentuadamente a partir do segundo, o mundo assiste a uma flagrante alteração do contexto econômico e da situação das partes contratantes. Ao mesmo tempo em que são as relações de consumo que movimentam a economia, que permitem a geração e a circulação de riquezas, o principal ator dessas relações é vulnerável e sua vontade fica à mercê da do fornecedor. “Longe de ser o Rei do sistema econômico liberal, o consumidor se tornou sua vítima” (COSTA, 2000, p. 9).

É esse o contexto de surgimento da proteção legal: o reconhecimento da desigualdade leva o Estado a intervir na economia e regular o mercado, buscando propiciar isonomia material, em lugar da justiça simplesmente formal que predominava até então. O Direito do Consumidor desenvolve-se a partir do Direito Civil e do Direito Comercial, em “contraposição jurídica básica”, na expressão de Geraldo de Faria Martins da Costa (2008), sob a forma de reação a preceitos clássicos, considerados insuficientes à regulamentação da relação entre consumidor e fornecedor. Tomem-se como exemplos a liberdade contratual ampla, a igualdade formal e a obrigatoriedade estrita dos contratos validamente celebrados.

Verifica-se, enfim, uma atuação mais intervencionista do Estado nas relações de consumo, como de resto em todas as relações sociais e econômicas. A proteção ao consumidor está, assim, diretamente relacionada ao paradigma do Estado de Bem Estar Social, caracterizado por uma atuação positiva de controle das situações jurídicas. A atividade estatal assume o objetivo de garantir que as relações econômicas realizem ideais de justiça e dignidade, que passam a incluir, além dos direitos individuais (de “1ª geração”), aspectos sociais e econômicos.

Sempre houve normas de ordem pública que restringiam a liberdade contratual. Desde o período do mais puro liberalismo havia regras que se sobrepunham à vontade dos contratantes. Mas, se de início essas normas de ordem pública visavam apenas resguardar a própria autonomia da vontade, posteriormente, o legislador passou a intervir no esquema contratual para reparar as desigualdades ocasionadas pelo agir de vontades juridicamente autônomas, livres e iguais, mas economicamente subordinadas, dependentes e diferentes. (FIUZA e ROBERTO, 2002, p. 39)

No âmbito dos contratos, desenvolve-se o chamado *dirigismo*, marcado pela imposição de padrões rigorosos ao conteúdo do contrato no intuito de assegurar o equilíbrio entre as partes e alguns direitos básicos, como saúde e segurança. Os princípios clássicos do contrato sofrem, a partir de então, uma profunda revisão, restando *relativizados* pelas noções de boa fé, função social e equilíbrio contratual. O movimento fora antevisto por Louis Josserand, que apontou que os contratos,

ordenados em outro tempo para deixar os interessados em completa liberdade, sofrem cada vez mais a fiscalização, a ação dos poderes públicos, que se preocupam com as condições em que se celebram, com as cláusulas que encerram, com os efeitos que produzem, com a interpretação que comportam, com os acontecimentos que produzirão sua dissolução (JOSSERAND, 1950, p. 130).

Nesse contexto, observam-se duas tendências fundamentais e complementares: a uma mudança de técnica legislativa, marcada pelo esvaziamento dos grandes códigos e pelo surgimento dos chamados microssistemas jurídicos, soma-se um leque de mecanismos de proteção da parte vulnerável em diversas relações jurídicas, sob diferentes formas de regulamentação externa do mercado. Se não, vejamos.

### 3.1 Codificação e descodificação

#### 3.1.1 A codificação do direito natural

O século XIX assistiu, no mundo ocidental, ao movimento de *codificação* do direito, notadamente do direito privado. Em última análise, o que se buscava era encerrar em um documento legislativo rígido e completo todo o conteúdo até então admitido como direito natural. O paradoxo (“positivação do direito natural”) é apenas aparente, como se verá.

A idéia de um direito supra-legal, revelador de uma determinada teoria ética socialmente aceita, objetiva e universal, esteve presente em praticamente todos os períodos da história, embora a corrente tenha recebido diferentes fundamentos conforme a época e as diversas escolas de pensamento<sup>19</sup>.

À época do jusracionalismo, isto é, do pensamento jurídico fundado no espírito crítico iluminista, a idéia de direito natural passou, muito lentamente, dos livros e teorias à prática jurisprudencial. Apenas nos últimos anos do século XVIII suas representações e justificações tornaram-se fator ordenador das decisões.

No entanto, como se viu, o momento histórico exigia, mais que a teorização e a aplicação jurisprudencial desse direito natural racional, que as relações jurídicas se vissem dotadas de segurança externa. Isto é, era preciso que as conseqüências das ações humanas e das decisões dos juízes fossem previsíveis, para que se concretizasse o ideal contrário aos desmandos da sociedade absolutista. Isso só poderia ser atingido por meio de um sistema jurídico legislado, fechado, rígido e auto-suficiente.

As idéias iluministas e as construções jusracionalistas haviam preparado um novo conteúdo jurídico. Mas faltava uma ponte

---

<sup>19</sup> Aqui, entende-se como “corrente de pensamento jurídico” um conjunto de pensamentos fundados em uma idéia central unificante. Diferente, e mais restrito, é o conceito de “escola de pensamento”, em que a unidade é dada por um autor, fundado em um pensamento mais específico. O jusnaturalismo tem como unidade a existência de uma ordem supra-legal. Em cada grande época histórica, apresentou, conforme as escolas, fundamento diferenciado. Assim, no direito romano clássico, baseia-se na filosofia da Academia, correspondendo à lei da natureza; na Idade Média, adquire conotação religiosa e identifica-se com uma lei divina, em oposição às leis humanas; a partir do século XIX, num sentido de racionalidade, busca princípios axiomáticos de que derivam todas as regras. (Cf. WIEACKER, 1980, P.279; CAENEGEM, 2000, P. 164)

para ligar os novos pensamentos aos velhos ordenamentos jurídicos. A questão era como transformar com as novas idéias os antigos sistemas. (ROBERTO, 2003, p. 33)

Assim se apresentava o movimento de codificação, que em muito difere das anteriores compilações, limitadas à tarefa de reordenar a atualizar o direito.

Uma verdadeira codificação é um trabalho original e, em contraste com uma compilação, deve ser entendida como uma regulamentação geral e exaustiva de uma área particular do direito (por exemplo, o direito civil ou o processo civil). Além disso, o projeto de um código implica um programa coerente e uma estrutura lógica consistente (CAENEGEM, 2007, P. 16)

Na passagem do século XVIII para o XIX, o pensamento jusracionalista atingiu sua realização. Em algumas dezenas de anos, graças ao despotismo esclarecido e às revoluções liberais, editaram-se diversos textos legais a que historiadores chamaram, pela primeira vez, “codificações do direito natural”, evidenciando sua base teórica<sup>20</sup>.

Assim, o direito natural, que, até então, consistia numa certa idealização da realidade, tornou-se o direito vigente, num movimento de *auto-superação*. Com a positivação, torna-se parte da realidade, rompendo com a fonte cultural de que se alimentava. Até então, o direito natural era concebido como alternativa racional ao direito posto, que lhe fornecia critérios de justiça. Nesse sentido, fundamentava-se a crítica ao direito ditado pelo monarca absoluto. Na medida em que a teoria do direito natural se alia ao poder político e se positiva, deixa de configurar uma objetividade abstrata, pensada ou pressuposta. O direito natural renuncia a seu poder de convencimento racional em nome do poder coercitivo oferecido pelo Estado<sup>21</sup>. Nas palavras de Schelling, citadas por Antônio Cota Marçal<sup>22</sup>:

O direito natural, em sua conseqüência (na medida em que se torna direito imposto) se destrói a si mesmo

---

<sup>20</sup> Em 1756, temos o primeiro desses códigos, o da Baviera, que ainda apresenta aspectos de mera compilação, ao comportar contradições. Em 1794, é publicado o código prussiano, que já traz a idéia de harmonia normativa. Em 1811, o código austríaco traz em seu bojo todos os ideais iluministas, positivando o que o jusracionalismo havia propagado nos séculos anteriores, notadamente a idéia de autonomia da vontade. Em 1804, o Código Napoleão levou à lei os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que haviam movido a burguesia parisiense a pôr fim ao Antigo Regime.

<sup>21</sup> Informação transmitida pelo Professor Antônio Cota Marçal em aula ministrada na disciplina “Filosofia do Direito” do curso de Mestrado da PUC-Minas, no primeiro semestre de 2007.

<sup>22</sup> *Idem*.

necessariamente, isto é, nega e supera todo o direito. O efeito, a última instância a que confia a manutenção do direito é a supremacia física. (SCHELLING, 1975)

Com efeito,

uma vez que os códigos revolucionários foram promulgados e a ordem civil do século XIX foi assegurada, o direito natural passou a ser apenas uma fonte suspeita de crítica e de oposição. (...) Em meados do século XIX, Windscheid observou: "o sonho do direito natural acabou". (CAENEGEM, 2007, p. 197)

A codificação consolidou as necessidades de certeza e clareza, garantindo a almejada segurança jurídica, na medida em que o código passou a ser visto como única fonte do direito privado: completo, auto-suficiente, infalível.

Decorrem daí dois aspectos fundamentais: o revigoramento da partição clássica entre o direito público e o direito privado, cada qual inserido em seu próprio sistema normativo – o destinatário das normas constitucionais, restritas às matérias atinentes à estruturação do estado, seria o legislador ordinário, a quem incumbiria disciplinar as relações privadas, por meio do Código Civil. E, em segundo lugar, a exasperação da técnica legislativa regulamentar, expressão maior da onipotência do codificador, disposto a prever todas as condutas do fenômeno social (*rectius*, fenômeno jurídico) que pudessem ter interesse para o direito. Insculpiu-se na cultura jurídica, como conseqüência, a convicção de que, sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito. (TEPEDINO, 2001, p. 2)

De fato, repetindo Justiniano no período pós-clássico do direito romano, Napoleão considera o *Code* uma legislação tão perfeita que não seria passível de interpretação ou atualização pelos juízes<sup>23</sup>. Certamente, por isso,

Robespierre teria ficado feliz ao ver que o termo "jurisprudência" havia desaparecido da língua francesa, já que num Estado que tem uma constituição e uma legislação, a jurisprudência dos tribunais nada mais é do que outra lei. (CAENEGEM, 2007, p. 182)

No Brasil, o atraso e a confusão verificados no direito da época da independência, combinados com a intensa desigualdade social e com a influência do

---

<sup>23</sup> Cf. ROBERTO, 2003, p. 42

movimento de codificação europeu, evidenciaram a necessidade de trilhar, também nestas terras, o caminho da legislação codificada<sup>24</sup>. O Código Civil de 1916 apresenta, assim, as principais características do ideário iluminista e liberal: individualismo, rigidez, originalidade, casuísmo, espírito prático.

### **3.1.2 O movimento de descodificação**

Wieacker (1980, p. 591) situa nos primeiros trinta anos do século XX a modificação do paradigma legislativo instaurado pelo movimento de codificação. A jurisprudência teria exercido o importante papel de atualizar o direito conforme as transformações econômicas e sociais, apresentando novas regras para novas situações.

Especificamente no âmbito do direito das obrigações e dos contratos, alguns dos resultados dessa evolução são particularmente significativos e refletem uma *eticização* e uma *socialização* do direito privado. De fato,

O BGH<sup>25</sup> declarou-se aberta e conscientemente no sentido de uma tarefa de desenvolvimento judicial da ordem jurídica escrita de acordo com as necessidades sociais e as valorações morais da sociedade da Alemanha ocidental. (WIEACKER, 1980, p. 613)

Se a jurisprudência foi a primeira agente da nova realidade, a legislação seguiu-a de perto. Natalino Irti (1979), seguido no Brasil por Orlando Gomes (1983), descreveu o chamado movimento de *descodificação*. Trata-se do reconhecimento da insuficiência dos grandes códigos, em face da complexidade sócio-econômica da atualidade.

O fenômeno descrito é o esvaziamento dos códigos, em sua concepção tradicional. A verificação de circunstâncias muito específicas a demandar regulamentação fez com que determinadas situações jurídicas recebessem tratamento diferenciado por parte do direito e da própria organização social. Formaram-se verdadeiros *microssistemas* jurídicos: corpos legislativos especiais,

---

<sup>24</sup> Cf. ROBERTO, 2003, p. 55 e seguintes.

<sup>25</sup> Corte Federal Alemã, similar ou equivalente alemão do Supremo Tribunal Federal.

disciplinando a totalidade dos aspectos de uma dada relação jurídica. Inicia-se a denominada era dos estatutos.

À vista disso, chegou-se a proclamar o fim do Código Civil, em drástica previsão: “a menos que se dê outro sentido ao vocábulo Código, não há como salvá-lo” (GOMES, 1983, p. 49). Levantou-se a discussão acerca da possibilidade de sistematização do ordenamento jurídico: alguns a consideraram inviável, remetendo o jurista a um pensamento essencialmente problemático (tópico); outros a admitem, mas sobre bases interpretativas, exclusivamente<sup>26</sup>.

Certo é que o código, como estrutura legislativa completa, rígida e auto-suficiente, deixa de existir em face da proliferação de microssistemas. Contudo, não se trata, como o próprio Irti mais tarde reconheceu, do fim dos códigos, mas de uma revisão essencial de seu papel, tendo em vista que não há completude possível em um sistema ou no outro.

Assim, de única fonte do direito, o código passa a ser visto como elo principiológico entre os diversos microssistemas. Sua função é manter a harmonia do ordenamento jurídico, fornecendo princípios norteadores e regras supletivas aos demais corpos legislativos.

A partir de então, altera-se profundamente o papel do Código Civil. De normativa exclusiva do direito privado, endossando as vestes da completude, e em relação à qual as poucas regras extracodificadas eram consideradas leis excepcionais ou de emergência – a confirmar uma ordinária exclusividade –, o Código se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferam leis especiais, incumbidas de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador. (TEPEDINO, 2001, p.3)

Para tanto, fez-se necessário rever a própria técnica legislativa. Em lugar de um sistema casuísta, o código passa a apresentar as chamadas *cláusulas gerais*, isto é, normas que trazem conceitos abertos, cujo sentido deve ser delimitado pela jurisprudência em cada caso concreto.

Ao mesmo tempo, superou-se a visão, típica do período das grandes codificações, segundo a qual a Constituição tem, perante o Direito Privado, função meramente supletiva, isto é, aplicabilidade restrita às situações em que não há norma ordinária específica. Hoje, é devidamente reconhecida sua posição nuclear

---

<sup>26</sup> Cf. ROBERTO, 2003, p. 111 e 112.

no ordenamento jurídico, com aplicabilidade direta e imediata ao direito privado. A idéia de constitucionalização do direito civil embaçou a divisão entre direito público e direito privado.

No Brasil, o Código Civil de 1916 conformava-se à idéia de auto-suficiência: “tratou de revogar expressamente toda a legislação anterior que regulava a matéria civil. Dizia, com esse gesto, que não admitia concorrência, que sua disciplina era apta a abranger todos os aspectos da vida privada” (ROBERTO, 2003, p. 91).

Hoje, a lei especial é reconhecida como base para aplicação do direito, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. Sobre essa verificação, construiu-se uma das críticas doutrinárias ao Código Civil de 2002, que não reflete verdadeiramente a nova técnica legislativa, sendo tímido na previsão de cláusulas gerais. Segundo Giordano Bruno Soares Roberto, o Código “perdeu a oportunidade de editar normas mais amplas, que poderiam contribuir para a orientação dos operadores do Direito Privado, limitando-se a repetir a mesma técnica regulamentar do Código anterior” (ROBERTO, 2003, p. 95).

De qualquer forma, são expressões brasileiras da era dos estatutos o direito do consumidor, objeto deste estudo, e o vigente Código Civil, que o completa e delimita, em permanente “diálogo de fontes”, na expressão da doutrina alemã. A seguir, analisaremos mais detalhadamente o contexto e a evolução do microsistema de direito do consumidor, especificamente.

### **3.2 O microsistema de direito do consumidor**

A proteção do fraco contra o forte não é exclusiva do consumerismo. Antes, é tradição do direito privado desde os tempos mais remotos. Aliás, já no Código de Hammurabi encontra-se alguma espécie de regra protetiva:

**233º** - Se um arquiteto constrói para alguém uma casa e não a leva ao fim, se as paredes são viciosas, o arquiteto deverá à sua custa consolidar as paredes.

**235º** - Se um bateleiro constrói para alguém um barco e não o faz solidamente, se no mesmo ano o barco é expedido e sofre avaria, o bateleiro deverá desfazer o barco e refazê-lo solidamente à sua custa; o barco sólido ele deverá dá-lo ao proprietário.

Também o Código de Manu prevê sanções dessa espécie, condenando aqueles que “adulterassem gêneros, entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes” (VIEIRA, 2002, p. 70).

Em Roma, as ações *redhibitoria* e a *quantí minoris* amparavam o comprador contra defeitos ocultos no bem adquirido. Na Idade Média, a moral cristã impôs a validade da cláusula *rebus sic standibus*, negando eficácia aos contratos cujo conteúdo fosse substancialmente afetado por circunstâncias supervenientes, alheias à vontade das partes.

No Brasil, a tendência à proteção da parte mais fraca logo evidenciou-se e multiplicou-se; o Direito Trabalhista e a Lei de Locações são apenas alguns exemplos de normas dessa espécie, a salvaguardar aqueles que não detêm suficiente informação ou poder de barganha.

Quanto às relações de consumo, não são tão recentes as normas de cunho intervencionista que, pelo menos a princípio, reconhecem a vulnerabilidade do consumidor. A título de exemplo, mencionem-se a “Lei da Usura”, Decreto n. 22.626, de 1933; o Decreto-lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, que prevê os “crimes contra a economia popular”; a lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, que dispõe sobre a “repressão a abusos do poder econômico”; a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro do mesmo ano, que passa a regular a “intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo”; a Lei n. 5.768, de 20 de dezembro de 1971, que regulamenta a distribuição gratuita de prêmios; e a Lei n. 6.463, que, em 9 de novembro de 1977, “torna obrigatória a declaração de preço total nas vendas a prestação”. Além do âmbito normativo, a proteção tem início, em 1978, com a criação do PROCON paulista, primeiro órgão brasileiro de defesa do consumidor.

O advento da Constituição da República, em 1988, teve grande impacto sobre o direito privado. Entre outras disposições diretamente atinentes a esse ramo do direito, está a primeira previsão de uma legislação especificamente consumerista, que assume contornos de direito fundamental (art. 5º, XXXII) e princípio da ordem econômica (art.170); o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no art. 48, prevê a elaboração de legislação especial, em um código próprio.

Assim, em 11 de setembro de 1990, promulgou-se a Lei n. 8.078, Código de Defesa do Consumidor, de forte inspiração francesa<sup>27</sup>, trazendo nova visão, novas normas e uma profunda alteração no direito privado. Trata-se de lei extensa, minuciosa, com disciplina administrativa, processual, criminal e civil, que busca ordenar sistematicamente a matéria conforme princípios, conceitos e regras específicos para a defesa do consumidor, tanto no âmbito preventivo como nos aspectos reparador e punitivo.

### **3.2.1 O âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor**

Para compreender o microsistema do direito do consumidor, faz-se necessário, de início, delimitar seu âmbito de incidência. O legislador brasileiro optou pela concepção subjetiva ou *ratione personae* da relação jurídica de consumo, definindo-a como a que tem, em um dos pólos, um fornecedor e, no outro, um consumidor; a partir daí, o Código de Defesa do Consumidor apresenta definições de um e outro. Determinadas relações, contudo, excluem-se da proteção *ratione materiae*, como os vínculos trabalhistas e os contratos administrativos, cada qual objeto de disciplina específica<sup>28</sup>.

Sem mencionar o debate acerca da inconveniência de o legislador apresentar definições para institutos jurídicos<sup>29</sup>, passaremos à análise dos sujeitos da relação de consumo.

---

<sup>27</sup> Segundo Geraldo de Faria Martins da Costa, o *Projet de Code de la Consommation* foi a principal fonte de inspiração do legislador brasileiro na elaboração do Código de Defesa do Consumidor (COSTA, 2000, p. 10).

<sup>28</sup> Exemplos de relações que não se consideram de consumo são os programas de crédito educativo, regidos pela Lei n. 8436/92, e os de financiamento para aquisição de casa própria cujo saldo devedor é garantido por fundo público (regidos por legislação administrativa). Cf. MIRAGEM, 2008, p. 96.

<sup>29</sup> Caio Mário da Silva Pereira aduz “não ser próprio do trabalho do legislador formular definições, senão baixar comandos e instituir normas” (Instituições de Direito Civil, v. III, p.151). A tarefa de elaborar conceitos deveria ser deixada à doutrina e à jurisprudência, de modo a permitir a adaptação e a atualização da norma jurídica.

### 3.2.1.1 Fornecedor

Conforme o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, fornecedor é

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

A doutrina<sup>30</sup> apresenta as características necessárias para que um sujeito seja considerado fornecedor de produtos ou serviços: *profissionalidade* e *remuneração*.

A primeira configura-se mediante *habitualidade* e *domínio da técnica*:

a noção de profissionalismo está vinculada a uma especialidade, um conhecimento especial e presumivelmente abrangente sobre dada atividade que se exerce, e cujas características essenciais são conhecidas, utilizando-se [o profissional] deste conhecimento como meio de vida. (MIRAGEM, 2008, p. 93)

A segunda traduz-se na finalidade econômica da atividade, podendo ser direta, sob a forma de pagamento, ou indireta, isto é, obtida por meio do preço total da prestação principal. Não é relevante, contudo, a natureza da pessoa física ou jurídica ou do ente despersonalizado que atua no mercado de consumo.

Neste sentido, podem ser relacionadas ao conceito de fornecedor as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, mesmo as que ostentem a certificação de filantrópicas, desde que esteja presente o critério objetivo da contraprestação de remuneração em razão dos produtos e serviços prestados no mercado de consumo. (MIRAGEM, 2008, p. 94)

Como se observa, ficam excluídos do conceito tanto aqueles que oferecem produtos ou serviços de forma esporádica quanto aqueles que os prestam de forma puramente gratuita.

---

<sup>30</sup> Cf. MARQUES, 2005, p. 393 e seguintes; MIRAGEM, 2008, p. 91 e seguintes.

De qualquer forma, o conceito é extenso o suficiente para que se considerem fornecedores todos os responsáveis pela colocação de produtos ou serviços à disposição do consumidor, isto é, “todos os membros da cadeia de fornecimento” (MIRAGEM, 2008, p. 92). Assim, não se diferenciam produtor e intermediário ou comerciante; da mesma forma, inclui-se no conceito o fornecedor aparente, consagrando a teoria da confiança, de modo a manter a mais ampla incidência do estatuto protetivo.

Importante notar a inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor em relação à responsabilidade do fornecedor, que aparece acentuada e, na esteira da evolução geral do instituto, objetivada. A intenção é manter o mais amplo acesso do consumidor à reparação dos danos. Assim, os fornecedores respondem solidariamente por vícios e defeitos dos produtos ou serviços que põem em circulação, desde a oferta (a que se vincula, inclusive, a publicidade) até a fase posterior à execução do contrato.

### **3.2.1.2 Consumidor**

O conceito jurídico de consumidor é um pouco mais complexo, tendo-se tornado fonte de divergências jurisprudenciais e de intensa discussão doutrinária, que resultaram no desenvolvimento de diversas teorias e tendências.

De início, a própria legislação apresenta uma definição plural de consumidor: no *caput* do artigo 2º, descreve um conceito padrão, ligado à vinculação contratual. No parágrafo 2º do mesmo artigo, no artigo 17 e no artigo 29, estabelece conceitos de consumidor por equiparação, no plano extracontratual. Vejamos.

Em sentido estrito, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (Código de Defesa do Consumidor, artigo 2º, *caput*). A discussão reside, justamente, na delimitação do sentido da expressão “destinatário final”.

Para a corrente finalista<sup>31</sup>, mais restritiva da aplicabilidade da proteção, importa que, além de encerrar, *de fato*, a circulação do bem, o consumidor não o destine a nenhuma *finalidade econômica*. É dizer:

não basta ser destinatário fático do produto (...); é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. (MARQUES, 2005, p. 304)

Cláudia Lima Marques (2005, p. 304) ressalva que a corrente evoluiu no sentido de estender a proteção ao *profissional vulnerável*, desde que o produto não constitua o objeto da atividade empresária. Manteve-se, contudo, a opção teleológica da interpretação.

Por outro lado, a corrente maximalista amplia o conceito legal, entendendo como consumidor, tão somente, o destinatário final *fático*; irrelevante, para essa linha de pensamento, a utilização dada ao bem.

Doutrina e jurisprudência vêm, claramente, afastando-se da concepção mais ampla; ora se aproximam da tese finalista estrita, ora a estendem conforme a verificação efetiva da vulnerabilidade. Cláudia Lima Marques entende, atualmente, que, se a presunção de vulnerabilidade – fática, econômica ou jurídica – é absoluta para as pessoas físicas, deve ser perquirida *in concreto* quando se trata de pessoa jurídica ou ente despersonalizado. Isso porque, por atuarem no mercado de consumo, presume-se que detêm o conhecimento sobre o produto ou serviço ofertado, a superioridade econômica e o domínio do direito – ou, quando menos, a possibilidade de servirem-se de orientação profissional. Quanto à inclusão da pessoa jurídica como consumidora, vale ressaltar a posição de Antônio Herman Benjamin:

Que a pequena e média empresa, com seus fins lucrativos, também necessitam de tutela especial, tal não se contesta aqui. Entretanto, reconhecer que a microempresa, quando adquire bens e serviços fora de sua especialidade e conhecimento técnicos, o faz em condições de fragilidade assemelhadas às do consumidor individual ou familiar não implica dizer que aquela se confunde com este. O fim lucrativo os divide. Do mesmo modo a atividade de transformação que é própria do consumidor (no sentido

---

<sup>31</sup> Representada, entre outros, por Antônio Herman Benjamin, Eros Roberto Grau e Bruno Miragem

econômico) intermediário. Além disso, os meios existentes à disposição da pessoa jurídica lucrativa para defender-se mais acentuam a diferença entre esta e o consumidor final, individual ou familiar. Por outro lado, pessoas jurídicas há que podem e devem ser denominadas consumidor, para fins de tutela especial, como, p. ex., as fundações sem fins lucrativos, as associações de interesse público, os hospitais e partidos políticos. (BENJAMIN, 1988, p. 22)

A tendência à verificação da vulnerabilidade concreta do consumidor vai ao encontro da idéia de apreciação tópica do direito, centrada no caso concreto. Corrobora, também, a harmonização entre as diversas fontes normativas, mormente considerando que o vigente Código Civil assumiu expressamente os princípios da boa fé objetiva e da função social do contrato. Nessa linha de pensamento, parece-nos mais coerente restringir a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, adotando a posição finalista mais restrita.

Ampliando a visão puramente contratual do consumidor, o legislador apresenta, além do conceito estrito acima apreciado, situações de *equiparação*. No parágrafo 2º do artigo 2º, amplia a proteção à “coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. A regra confirma a legislação brasileira como uma das mais evoluídas no sentido da defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, conforme descritos nos artigos 81 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

Por sua vez, o artigo 17 estende a tutela àqueles que, em que pese não serem propriamente consumidores, sofrem efeitos da relação de consumo – neste caso, danos causados pelo produto ou serviço. A equiparação destina-se a efetivar os direitos à qualidade, segurança, durabilidade e desempenho de produtos e serviços, sancionando defeitos de projeto, fabricação, construção, montagem. Com efeito, protege-se não só o consumidor direto, isto é, aquele que adquiriu o produto ou serviço, como ainda qualquer outra pessoa afetada pelo bem de consumo. Aí se inclui, até mesmo, o *bystander*, ou seja, o mero espectador que, casualmente, é atingido por defeito do produto ou serviço.

Por fim, pelo artigo 29, equipara-se a consumidor toda pessoa que se vê exposta a práticas comerciais abusivas ou desleais. Aqui, o ponto importante é a vulnerabilidade do sujeito em questão.

Em outros termos, resulta apenas equiparar a consumidor, e portanto, aplicar as regras sobre contratos e práticas

comerciais do CDC, quando estiver presente a vulnerabilidade do contratante, de modo que se justifique a equiparação em vista da finalidade de assegurar o equilíbrio entre desiguais. (MIRAGEM, 2008, p. 85)

Ressalta-se que, na esteira das teorias da responsabilidade pós contratual e da *culpa in contrahendo*, a equiparação abrange não apenas os momentos de conclusão e execução do contrato de consumo, mas também as fases pré e pós contratuais.

### **3.2.2 Princípios e direitos básicos do consumidor**

Na esteira da chamada *repersonalização* do direito privado, o legislador especial direciona-se à valorização da integridade do consumidor, assumindo como princípios gerais o reconhecimento de sua vulnerabilidade, a boa fé objetiva e a isonomia, entre outros.

Visando à efetivação desses princípios, o Código de Defesa do Consumidor atribui ao sujeito protegido alguns direitos essenciais, exemplificativamente enumerados no artigo 6º: vida, saúde, segurança, informação, proteção contra práticas abusivas, equilíbrio contratual, manutenção do contrato, prevenção e efetiva reparação de danos, acesso à justiça, facilitação da defesa dos seus direitos, prestação eficaz de serviços públicos.

Não é escopo deste trabalho avaliar separadamente cada um desses direitos, mas vale ressaltar que, aplicados especificamente às relações de consumo, corroboram o reconhecimento da necessidade de intervenção estatal e de revisão da teoria contratual clássica.

Pelo princípio da boa fé objetiva, atribuem-se aspectos éticos à relação de consumo: para além do puro estado de consciência do agente, passa a ser considerado seu comportamento concreto. Embora já houvesse aplicação dessa noção antes mesmo da vigência do Código de Defesa do Consumidor, sua positivação generaliza a aceitação da boa fé como regra de conduta.

A doutrina costuma apresentar o princípio de forma tripartite, conforme as *funções* a ele conferidas. Assim, a boa fé é, simultaneamente, cânone interpretativo,

critério de valoração da abusividade no exercício de direitos subjetivos e regra de conduta positiva, de que decorre uma série de direitos ao consumidor, correspondentes a deveres do fornecedor *anexos* ao contrato, como os de lealdade, segurança, proteção e informação.

Para Menezes Cordeiro, a boa fé objetiva efetiva a tutela da confiança e a primazia da materialidade subjacente, concretizando-se em cinco institutos de origem germânica: a culpa *in contrahendo*; a integração dos negócios; o abuso do direito; a modificação dos contratos por alteração das circunstâncias; a complexidade das obrigações (MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 231).

Pela teoria da *culpa in contrahendo*, as partes já têm, antes mesmo da formação do contrato, diversos deveres a respeitar, de modo a prevenir que a futura contratação seja usurpada à consecução de fins danosos.

A integração negocial é o aspecto da hermenêutica que visa completar o conteúdo do contrato, na existência de omissões das partes. “Nessa eventualidade, o intérprete-aplicador deverá ter em conta a lógica imanente ao negócio e as exigências substanciais do sistema, de acordo com as expectativas que as partes tenham, legitimamente, depositado no processo” (MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 231).

A vedação ao abuso de direito amplia-se e passa a configurar inibição de comportamento contraditório, que considera – antes do conteúdo declarado – a atuação das partes no cumprimento do contrato (*venire contra factum proprium, supressio, surrectio, tu quoque*<sup>32</sup>).

A alteração do conteúdo do contrato mediante modificação posterior das circunstâncias assume, no Código de Defesa do Consumidor, o fundamento da *quebra da base econômica do negócio*. Ressalte-se que a lei não exige, para aplicação da revisão contratual, que o fator de alteração das circunstâncias tenha caráter imprevisível.

Por sua vez,

a complexidade das obrigações promove, a propósito de cada vínculo, um conjunto de deveres de proteção, de lealdade e de informação que asseguram, nesse nível, a tutela da confiança das partes e do princípio de que, em qualquer caso, prevalecem os interesses reais protegidos do credor. (MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 232)

---

<sup>32</sup> Cf. FERNANDES, 2008.

Sendo assim, resta tutelada a confiança do consumidor, legitimamente imputável ao fornecedor, bem como a materialidade subjacente, que se traduz na busca de soluções efetivas, no plano do real.

## 4 O CONSUMIDOR CRÍTICO

Como ficou demonstrado, o Direito do Consumidor não foi estabelecido em vão. Antes, veio solucionar problemas sócio-econômicos importantes, constituindo necessária intervenção estatal no plano econômico. Com efeito, a rápida expansão desse ramo do direito no mundo ocidental, a partir da década de sessenta do século passado, só se explica porque ele atendia a carências urgentes. A sociedade tornara-se perigosa e complexa e, em alguma medida, o consumidor exige segurança, informação e proteção.

Isso não pode significar, contudo, uma concessão desenfreada de favores ao consumidor, num movimento a tal ponto paternalista que dispensa o uso da razão, a diligência ao contratar e a busca pelo conhecimento dos próprios direitos e deveres. Essa posição excessivamente assistencialista do Poder Judiciário é evidenciada por Humberto Theodoro Júnior:

Nessa linha, vários julgados têm, v.g., reconhecido a promissários-compradores inadimplentes o direito de impor a restituição ao promitente-vendedor do imóvel negociado, para forçar a recuperação das prestações pagas, ao simples pretexto de dificuldades pessoais do adquirente para cumprir as obrigações avençadas, como desemprego, doença, congelamento ou redução de salário, desvalorização do imóvel, etc. (THEODORO JR., 2008, p. 2)

Observa-se a tendência, gerada pelo excessivo protecionismo estatal, a incentivar um consumo inadvertido, irracional mesmo, motivado apenas por expectativas irreais suscitadas pelas técnicas publicitárias e pela angústia generalizada do excesso de opções.

Ora, a intervenção estatal justifica-se apenas na medida em que restabelece o equilíbrio, efetivando a plena igualdade entre as partes contratantes. Não se pode admitir que, calcado nessa busca por justiça contratual, o Estado juiz realize-a às avessas e deixe a relação inteiramente à mercê da vontade – e dos caprichos – do consumidor.

Outrossim, é fundamental evitar que a proteção jurídica acabe voltando-se contra o próprio consumidor, num movimento de inversão bastante característico da

atual sociedade capitalista: se a proteção implica custos ao fornecedor, naturalmente que estes serão acrescidos aos preços dos produtos e serviços.

A seguir, procura-se delimitar o patamar em que se encontra a sociedade de consumo para demonstrar inconveniência do tratamento paternalista conferido ao consumidor. Propõe-se a aplicação de *consentimento informado* ao consumidor como forma de harmonizar a teoria do contrato e a especial disciplina conferida às relações de consumo. Por fim, refuta-se a hipótese de desregulamentação como solução, em face da constatação da manutenção de contratos necessários.

#### 4.1 A atual sociedade de consumo

A vida no presente tomou o lugar das expectativas do futuro histórico e o hedonismo, o das militâncias políticas. A febre do conforto substituiu as paixões nacionalistas e os lazes, a revolução.

**Gilles Lipovetsky**

A sociedade atual, apelidada pelos pensadores de pós-moderna<sup>33</sup>, trans-moderna ou ultramoderna, é marcada por uma crise generalizada, por uma revisão constante dos pressupostos ou das bases sobre as quais se sustentam a política, a economia e a própria estrutura social.

Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação, à procura de uma nova racionalidade, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições, de desdogmatização do direito; para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrematador a influenciar o direito (MARQUES, 2006, p. 168).

O consumidor permanece como sujeito central das relações sociais, econômicas e jurídicas. Mas a lógica da atualidade vê-se refletida no processo

---

<sup>33</sup> Ressalte-se a crítica de Habermas, para quem a atualidade não está suficientemente distante do fenômeno analisado para denominá-lo pós-moderno, no sentido de algo concluído, encerrado (*apud* MARQUES, p.169). Para Francisco Amaral, contudo, a pós-modernidade é “uma sociedade pluralista, complexa, marcada pela revolução da técnica, pela mundialização da economia, pela massificação dos meios de comunicação. (...) É reconhecivelmente a sociedade da informação” (*in* FIUZA *et al*, 2003, p. 63).

produtivo por ele conduzido, que apresenta uma contradição intrínseca: por um lado, representa certa continuidade; por outro, difere do que caracterizou os primeiros tempos da sociedade de consumo. Se não, vejamos.

A princípio, não se verificou, nas relações de consumo, uma verdadeira ruptura. Mantêm-se a permanente criação de necessidades, a mercantilização dos modos de vida, o gosto pela novidade. Acentua-se, como se verá, a distância entre fornecedor e consumidor. Oferta e aceitação tornam-se simultâneas ou atemporais; a contratação se desprende do território; as duas vontades exteriorizadas são objetivas e exprimem-se diante de meios virtuais<sup>34</sup>. A confiança nas marcas, nessa medida, acentua-se, embora apresente novas feições:

Nesse contexto, a compra de um produto de marca não é apenas uma manifestação de hedonismo individualista, visa também responder às novas incertezas provocadas pela multiplicação de referenciais, bem como às novas expectativas de segurança estética ou sanitária. É sobre um fundo de desorientação e ansiedade crescente do hiperconsumidor que se destaca o sucesso das marcas (LIPOVETSKY, 2007, p. 93).

Os grandes armazéns do século XIX evoluíram em direção aos estabelecimentos de auto-serviço, que concluem o processo de *despersonalização* das relações comerciais, especialmente significativo nas contratações eletrônicas. Nesses estabelecimentos, o consumidor tem contato direto com a oferta, reduzindo-se ainda mais drasticamente a negociação entre as partes contratantes.

A fluidez ou desmaterialização da contratação é um elemento a ser considerado: o fornecedor não aparece materializado através de um vendedor, o fornecedor não tem mais “cara”, tem sim uma marca, um nome comercial, uma determinada imagem, um *marketing* virtual ou televisivo, uma estratégia de *telemarketing*. O fornecedor não tem endereço comprovável, mas apenas “informável”. Do fornecedor não se sabe sequer se é realmente um profissional, pois, dada a diminuição dos custos de oferta e transação que a internet traz, o fornecedor pode ser um “iniciante” ou mesmo um adolescente “genial”, o fornecedor pode ser, em resumo, um outro consumidor, como no caso dos leilões por rede ou dos negócios eventualmente realizados em *chats* ou salas virtuais (MARQUES, 2005, p. 119).

---

<sup>34</sup> Cf. LORENZETTI, 2004.

Por outro lado, verificam-se algumas mudanças significativas em relação aos dois séculos anteriores. O consumo atual ainda é abundante; porém, tornou-se diferenciador: mesmo os bens de consumo *de massa* permitem a individualização. A produção, como a publicidade, torna-se direcionada: procura *conquistar* segmentos específicos da população e *fidelizar* o consumidor. No entanto, *sugestionar* este consumidor é tarefa cada vez mais difícil:

Na linguagem corriqueira, consumir costuma ser associado a gastos inúteis e compulsões irracionais. Essa desqualificação moral e intelectual se apóia em outros lugares-comuns sobre a onipotência dos meios de massa, que incitariam as massas a se lançarem irrefletidamente sobre os bens. (...) **Hoje vemos os processos de consumo como algo mais complexo do que uma relação entre meios manipuladores e dóceis audiências.** (CANCLINI, 2008, p. 59. Grifamos.)

Além disso, o olhar consumista desvia-se do bem-estar simplesmente material, voltando-se para a expressão individual, o conforto espiritual, a saúde e a informação, que se transformam, também, em bens de consumo, cuja obtenção total e imediata parece representar a máxima realização pessoal.

O consumidor, graças às mudanças tecnológicas e ao recurso constante às telecomunicações, está a alterar as suas relações com diferentes grupos profissionais: um doente pode apresentar-se numa consulta médica com um diagnóstico feito através da *Internet* (...); também no mundo dos serviços financeiros é hoje possível encontrar sítios na *Internet* de ajuda na planificação de investimentos e aplicação de aforros (CARRAPICO, 2006, p. 24).

Nesta época, “o consumo ‘para si’ suplantou o consumo ‘para o outro’, em sintonia com o irresistível movimento de individualização das expectativas, dos gostos e dos comportamentos” (Lipovetsky, 2007, p. 105). A busca pela *felicidade* assume contornos muito peculiares: traduz-se na realização plena do bem estar, revelando, conforme a metáfora de Baudrillard (2007, p. 47), verdadeira *salvação pelo consumo*. Hoje, consome-se o prazer – fácil e imediato –, a saúde, a comodidade.

No entanto, esse mesmo indivíduo consumidor vê-se oprimido por um paradoxo: a felicidade procurada não é nunca atingida; “a consumação está sempre no futuro, e os objetivos perdem sua atração e potencial de satisfação no momento

de sua realização, se não antes” (BAUMAN, 2000, p. 37). Esse fenômeno pode ser explicado, em grande parte, pelo excesso de opções ao alcance do consumidor.

À medida que a variedade de escolhas aumenta, como tem acontecido em nossa cultura de consumo, a autonomia, o controle e a libertação que essa variedade traz são poderosos e positivos. No entanto, na medida em que a quantidade de escolhas continua crescendo, começam a aparecer os aspectos negativos de haver um número infinito de opções. À medida que a quantidade de escolhas cresce, seus aspectos negativos aumentam gradativamente até nos sufocar. Quando isso acontece, a escolha deixa de ser fonte de libertação e passa a ser fonte de fraqueza. Pode-se dizer, até, que ela passa a nos oprimir. (SCHWARTZ, 2004, p. 16)

Em outras palavras, o custo de oportunidade, assim entendida a vantagem que o consumidor deixa de auferir ao optar por uma coisa em lugar de outra, eleva-se sobremaneira. Como constata Zygmunt Bauman,

a individualização traz para um número sempre crescente de pessoas uma liberdade sem precedentes de experimentar – mas (...) traz junto a tarefa também sem precedentes de enfrentar as conseqüências. O abismo que se abre entre o direito à auto-afirmação e a capacidade de controlar as situações sociais que podem tornar essa auto-afirmação algo factível ou irrealista parece ser a principal contradição da modernidade fluida – contradição que, por tentativa e erro, reflexão crítica e experimentação corajosa, precisamos aprender a manejar coletivamente (BAUMAN, 2000, p. 47).

Nesse contexto, o espaço do consumo ampliou-se e, hoje, constitui, em grande medida, o lugar de construção da identidade. Num paralelo traçado por Néstor Canclini (2008), o consumidor do século XXI ocupa o lugar do cidadão do século XIX. Nesse sentido, enquanto se verifica certa *despolitização* do indivíduo, cuja descrença nas instituições políticas explica-se, em grande parte, pelo imediatismo e pelo individualismo já mencionados, o consumo de produtos e serviços apresenta novos meios de participação social e identificação.

Homens e mulheres percebem que muitas das perguntas próprias dos cidadãos – a que lugar pertença e que direitos isso me dá, como posso me informar, quem representa meus interesses – recebem sua resposta mais através do consumo privado de bens e dos meios de comunicação de massa do que pelas regras abstratas da democracia ou pela participação coletiva em espaços públicos. (CANCLINI, 2008, p. 30)

Assim, a esfera do consumo representa a definição da própria identidade pessoal e coletiva: o indivíduo afirma-se de acordo com seus hábitos de consumo; conforma-se, orienta-se e organiza-se em grupos segundo preferências de consumo, independentemente de limitações geográficas ou lingüísticas. “Ao contrário, *as identidades pós-modernas são transterritoriais e multilingüísticas*” (CANCLINI, 2008, p. 46).

A auto-afirmação individual impõe-se como *objetivo* e, ao mesmo tempo, *tarefa* a ser realizada pelo ato de consumo, que assegura a cada um o direito de permanecer diferente e determinar livremente seu próprio modelo de vida e felicidade.

Ao mesmo tempo, emerge uma nova crítica política e moral de respeito ao meio ambiente, preservação da saúde e consciência social, que o ato de consumir reflete e assegura: ganha espaço o produto que não incorpora mão de obra infantil ou escrava; que não resulta de sofrimento gratuito para animais; que não implica devastação de florestas e não utiliza energia não renovável.

Assim, o horizonte do consumo transforma-se, pouco a pouco, num “espaço para pensar” (CANCLINI, 2008, p. 50). O consumidor torna-se mais reflexivo e cauteloso na mesma medida em que se facilita seu acesso à informação. Sua atuação é, cada vez mais, crítica, consciente e cercada de orientação científica obtida na mídia, na *internet*, nos livros.

## **4.2 Perspectiva crítica**

### **4.2.1 Da tendência à desregulamentação**

Demonstrou-se, anteriormente, que a intervenção estatal na economia fez-se necessária para corrigir falhas do mercado, geradoras de desequilíbrio nas relações de consumo. Ocorre que o Estado também não se mostrou capaz de efetivar a igualdade entre os sujeitos de direito. Assim, partes da doutrina<sup>35</sup> e da jurisprudência

---

<sup>35</sup> Veja-se a posição da Análise Econômica do Direito, infra analisada.

passaram a defender um retorno à ordem anterior: “a experiência mostra que, assim como os mercados caem, também cai a regulamentação”<sup>36</sup> (GOLDRING, 2008, p. 128).

De fato, alguma crítica pode ser dirigida à legislação brasileira de consumo. Inicialmente, a linguagem utilizada é complexa e, por vezes, ambígua, o que dificulta a aplicação e leva o Código à contramão de sua intenção, qual seja, ampliar o acesso do consumidor à justiça. Veja-se, por exemplo, a disciplina dos prazos para a reclamação fundada em vícios redibitórios.

Há, também, alguns problemas de política legislativa. Tome-se, novamente, a garantia relativa a vícios redibitórios: eventualmente, contrariando a própria *ratio*, o Código de Defesa do Consumidor termina por favorecer o fornecedor, concedendo-lhe prazo – inexistente na legislação paritária – para sanar o defeito.

O Código é, também, uma lei inflexível, excessivamente limitadora da autonomia do consumidor. Nesse sentido, critica-se a caracterização dos direitos do consumidor como *indisponíveis*, isto é, não sujeitos a nenhuma espécie de renúncia ou transação. Esse fator, aparentemente favorável ao consumidor, constitui por vezes um entrave à circulação de bens, ao crescimento econômico e até mesmo ao desenvolvimento tecnológico<sup>37</sup>. Voltaremos a este assunto no último capítulo, quando trataremos da utilização da arbitragem para solucionar conflitos de consumo.

Além disso, alguns dos deveres impostos ao fornecedor podem se tornar, em concreto, excessivamente onerosos ao próprio consumidor, já que seu custo é, invariavelmente, transferido ao preço final do produto ou serviço; quando menos, os altos custos reduzem a competitividade.

A aplicação prática da norma também encontra dificuldades importantes. Seja devido à grande diversidade existente entre os consumidores brasileiros, à morosidade característica de nosso Poder Judiciário ou à inércia das associações de consumidores e dos órgãos administrativos encarregados da proteção, fato é que a legislação não atingiu o grau esperado de efetividade.

No entanto, a hipótese de desregulamentação também não encontra respaldo fático ou teórico. Certamente, a retração total do Estado seria causa de acentuação

---

<sup>36</sup> Tradução livre. No original, “*experience shows that just as markets fall, so does regulation*”.

<sup>37</sup> Analogamente a essa perspectiva, veja-se o atual movimento de flexibilização de outro ramo protetivo do direito, o direito do trabalho, que já se encontra sedimentado na doutrina e no dia-a-dia das relações jurídicas.

das desigualdades sócio-econômicas e retrocesso histórico, contrariando a idéia de justiça consagrada pelas declarações dos direitos humanos<sup>38</sup>.

Cabe, tão somente, reavaliar o conteúdo e a natureza da legislação protetiva, bem como os meios utilizados para sua realização. Nesse sentido, faz-se necessária uma revisão normativa, de modo a assegurar a proteção sem impor custos ou restrições desnecessários. Os itens seguintes são dedicados a esta tarefa: constatar as falhas da proteção ao consumidor nos moldes atuais e propor soluções coerentes com as mais recentes visões teóricas e realidades práticas.

#### ***4.2.2 Da racionalidade e plena capacidade de entendimento do consumidor***

A formulação do conceito de *pessoa* é, seguramente, uma das maiores contribuições de Roma à história do direito. Calcada, sobretudo, no reconhecimento da racionalidade humana, a noção romana de *pessoa* fundamenta a necessária garantia de liberdade. Explica-se: o exercício da liberdade determina a qualidade de *pessoa*, isto é, a aptidão para titularizar direitos e obrigações. E só pode ser considerado livre o ser dotado de razão, isto é, hábil para escolher a própria conduta.

É na experiência da consciência jurídica do romano que se desenvolve a noção de *pessoa*, vista como sujeito universal de direito, em cuja essência está o bem que dá suporte ao próprio direito, a liberdade, e com esse conceito, a igualdade. (SALGADO, 2006, p. 59)

Completa-se na Idade Média, especialmente com Boécio, a idéia de *pessoa*, que se admite como toda substância individual, natural e racional. A influência dos valores cristãos, especialmente da criação do homem à imagem de Deus, impõe a identidade entre *pessoa* e ser humano; ao mesmo tempo, agrega ao conceito a idéia de dignidade, como se depreende da obra de Tomás de Aquino<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Cf. SALGADO, 2006.

<sup>39</sup> Cf. SALGADO, 1986, p. 61 e seguintes.

Pessoa é, então, o sujeito capaz de propor fins a si mesmo e realizar esses fins, limitado pelo respeito à dignidade do outro. Já se reconhece que a existência da pessoa só é possível em sociedade: uma razão necessita de outra para seu desenvolvimento; um homem só é pessoa quando há outro homem para reconhecê-lo. O sujeito de direito só existe na medida em que há outro sujeito de direito.

Essa perspectiva teológico-cristã é retomada por Charles Taylor (1997), posto que sob um ponto de vista laico. Para o autor, a personalidade é um conceito tripartite, apoiado sobre as noções de autonomia, alteridade e dignidade<sup>40</sup>.

É na esfera de autodeterminação, entendida como submissão da pessoa a normas por ela mesma criadas, conforme um projeto de vida por ela mesma traçado, que reside a idéia de dignidade humana. Em última análise, trata-se de um “espaço livre para auto-realização consciente e conformadora” (PINTO, 2000, p.153).

Também no pensamento de Kant encontramos a relação entre razão e liberdade: “a idéia de uma razão prática, o refletir sobre uma razão que age, tem seu compromisso inquebrantável com a idéia de liberdade” (SALGADO, 1986, p. 132).

É função do Estado, portanto, reconhecer e promover essa espécie de liberdade, de modo a assegurar o livre desenvolvimento da personalidade. Stancioli, apoiado em Kohlberg, relaciona o grau de respeito pela autonomia, alteridade e dignidade dos indivíduos à medida da evolução das sociedades. “Assim, o respeito à pessoa e à personalidade são indicadores, mesmo, de desenvolvimento social” (STANCIOLI, 2008, p. 46).

Corresponde ao reconhecimento dessa racionalidade a atribuição, pelo direito positivo, de capacidade, como medida em concreto da personalidade:

A ordem jurídica não concedeu à pessoa tão só a personalidade, mas, paralelamente a essa qualidade essencial, dotou-a de *capacidade* para a *aquisição* dos direitos e para seu *exercício*, seja por si mesmo, seja por representação ou mediante assistência de outrem (EBERLE, 2006, p. 45).

Corroborando essa perspectiva a noção de *capacidade de entendimento*, que, na síntese de Brunello Stancioli,

denota o domínio cognitivo e habilidade decisional, ou “**poder de avaliar, julgar**”. Este outro critério leva em conta,

---

<sup>40</sup> Cf. STANCIOLI, 2008.

portanto, o **ethos crítico da pessoa natural, tendo em vista sua maturidade e educação**. Não apresenta critérios objetivos, mas deve ser avaliada de forma situacional. Em outras palavras, busca-se analisar se o indivíduo tem capacidade para uma atividade determinada. A capacidade de entendimento tem, portanto, uma imbricação muito mais íntima com a autonomia da vontade (STANCIOLI, 2004, p. 46. Grifamos).

Naturalmente, deve-se admitir que à autodeterminação corresponde, necessariamente, certo grau de riscos a serem assumidos pelo sujeito que a exerce. Em outras palavras, a responsabilidade é conseqüência lógica da liberdade, sob pena de configurar-se o arbítrio, a sujeição despótica de uma pessoa a outra. “O ato de reconhecimento da liberdade implica um limite do arbítrio ou a compatibilização das liberdades, pois a liberdade só se concebe na relação com o outro ser livre” (SALGADO, 2006, p. 11).

A construção é bastante elucidativa para o presente estudo. De início, é fundamental reconhecer no consumidor um sujeito de direito racional, apto a adotar posturas coerentes com sua própria concepção de bem-estar. Não há razão para considerá-lo um “juiz incompetente de sua própria situação” (CANCLINI, 2008, p. 58).

Entendemos que a tarefa do Estado é promover a educação para o consumo, que, aliás, constitui princípio da Política Nacional das Relações de Consumo e direito básico do consumidor, conforme se verifica no artigo 4º, inciso IV, e no artigo 6º, incisos II e III do Código de Defesa do Consumidor.

*Formar* o consumidor consciente e, conseqüentemente, assumi-lo como responsável por suas escolhas. “Formar-se é, assim, efetivar a liberdade. (...) Não se dá espontaneamente. O formar-se precisa ser conduzido, pois há nele uma finalidade posta, que se realiza no indivíduo, mas socialmente considerado” (SALGADO, 2006, p. 21).

A educação é o veículo da formação do homem livre e o caminho mais adequado à promoção da justiça, entendida como realização dos direitos fundamentais universalmente declarados<sup>41</sup>. “A visão do cidadão/consumidor, entendido como sujeito consciente, informado e responsável, não pode deixar de estar presente no conceito de cidadania activa que almejamos e que nos cabe promover sem subtilezas nem tibiezas” (CARRAPICO, 2006, p. 9).

---

<sup>41</sup> Cf. SALGADO, 2006.

Dessa forma, torna-se possível o exercício da autodeterminação do consumidor, sem que seja necessário tutelá-lo como a um “maior de idade cujo contrato coloca em estado de menoridade”<sup>42</sup> (MALAURIE, 1999, p. 196).

#### **4.2.3 Da inexistência de uma categoria jurídica abstrata a que se possa chamar consumidor**

Toda a regulamentação estatal concernente às relações de consumo parte do pressuposto de que existe um tipo médio de pessoas que se podem agrupar num conjunto homogêneo sob a denominação *consumidores*. “Trata-se da visão induzida pela representação da sociedade americana como imensa classe média” (BAUDRILLARD, 2007, p. 61).

Essa perspectiva ignora, no entanto, as quase infinitas diferenciações entre os membros de tal *classe*; abstratamente, não se considera que há consumidores ricos e pobres, letrados e ignorantes, versados em Direito e juridicamente leigos.

Na realidade, não há lugar para afirmações categóricas que apontam características genéricas do consumidor, como a seguinte: “o consumidor não é – mesmo que se considere – um especialista ou técnico em computadores e na internet” (MARQUES, 2006, p. 121). Ora, é inevitável reconhecer que alguns consumidores *são* especialistas em computadores e na internet...

O presente é tempo de pluralidade e *hipercomplexidade*. Reconhece-se, cada vez mais, o “direito a ser diferente”. Se o consumo tem se tornado, como acima se afirmou, o espaço de construção da identidade, é preciso que esse horizonte reflita a diversidade entre os muitos consumidores. Para constatá-la na realidade,

basta observar a sociedade brasileira deste início de século XXI, onde convivem a “idade média” das favelas, a “modernidade” dos parques industriais fordistas e a “pós-modernidade” das relações virtuais, desmaterializadas, cada vez mais fluidas e instáveis, a sociedade de informação, a globalização niveladora das culturas, a riqueza especulativa pós-fordista, o renascimento das identidades, tudo na mesma sociedade, convivendo e interagindo entre tolerância e

---

<sup>42</sup> Tradução livre. No original, “*le consommateur est un majeur que son contrat replace en état de minorité*”.

radicalismo, exclusão e setores de excelência (...)  
(MARQUES, 2006, p. 172).

Com isso não se pretende, em inadmissível retrocesso, deixar de reconhecer toda a teoria dos direitos do consumidor como direitos coletivos, em sentido amplo. Pelo contrário: é na seara da defesa coletiva que faz sentido a aplicação do modelo da “minoria informada”, segundo o qual a pressão exercida por parte dos consumidores beneficia a todos<sup>43</sup>: “geralmente, os consumidores mais fortes e sofisticados podem levar a uma purificação do mercado, por exemplo, através da eliminação gradual de produtos alternativos indesejáveis” (Johansson, *apud* BENJAMIN, 1988, p. 2).

Porém, até mesmo para tornar efetiva a proteção consagrada ao consumidor, faz-se necessário, mais do que reconhecer, *consagrar* as características diferenciadoras. Essa a constatação de Antônio Herman Benjamin:

A percepção de que nem todos os consumidores são iguais em suas necessidades e em suas expectativas é fundamental no contexto dos países subdesenvolvidos. Nas sociedades do Terceiro Mundo existe uma situação que se denomina dualismo e que consiste na coexistência, no mesmo país, de dois subsistemas sócio-econômicos, fundamentalmente diferentes: um setor moderno e avançado e um outro tradicional e retrógrado. O setor moderno utiliza-se de métodos avançados de produção. Seus membros, sofisticados e educados, apresentam níveis elevados de renda e consumo. Os integrantes do setor tradicional têm baixa renda, utilizam-se de métodos ultrapassados de produção e participam de uma economia de trocas, vivendo, quase sempre, ao nível da mera subsistência. Estes dois grupos de consumidores são econômica e socialmente diferentes e, portanto, exigem graus de proteção diferenciados. (BENJAMIN, 2008, p. 3)

Ora, ao presumir de forma absoluta a vulnerabilidade de *todos* os consumidores, nossa lei afasta-se do ideal de justiça que determina o tratamento desigual – apenas – a sujeitos desiguais. A correta interpretação do princípio constitucional da igualdade distancia-se do nivelamento absoluto dos sujeitos consumidores. Pelo contrário, “importa notar que o objeto dessa proteção não é o consumidor, como figura geral e abstrata, e sim diferentes consumidores, considerados em situações concretas e determinadas e inspirando diferentes graus de proteção” (VIEIRA, 2002, p. 62).

---

<sup>43</sup> Cf. BECHER, 2007, p. 14 e seguintes.

Propõe-se, nesse sentido, *relativizar* a presunção legal de vulnerabilidade do consumidor, remetendo a verificação ao caso concreto, em que caberá ao juiz buscar a *solução correta* tendo em vista a pluralidade de fontes do direito e o caráter marcadamente principiológico do ordenamento<sup>44</sup>.

#### **4.2.4 Direito à proteção x direito à informação**

A desigualdade mais odiosa e mais penosa não se estabelece entre quem tem e quem não tem, mas, sobretudo, entre quem sabe e quem não sabe.

**Pietro Perlingieri**

Afirmou-se, anteriormente, que o consumidor, na qualidade de sujeito de direito, deve atuar de forma livre e racional, de modo a preservar sua dignidade, entendida como capacidade de autodeterminação. É importante assegurar, para tanto, que esse sujeito possa agir conforme sua *verdadeira* vontade, direcionada à concretização de *seu* projeto de vida.

Ora, apenas a vontade *esclarecida* pode ser considerada livre e, nessa medida, racional. Assim, o direito à informação assume um valor jurídico sobremaneira significativo: “torna-se uma ferramenta de proteção econômica do consumidor e permite que ele se manifeste livremente sobre o que quer contratar” (AZEVEDO, 2008, p. 198).

Fundada na lição de Ian Ramsay, Cláudia Lima Marques aponta o *desequilíbrio informativo* como atual catalisador do direito protetivo do consumidor, superando o mero *desequilíbrio de forças* nas tratativas e na execução do contrato:

O poder de controle da informação, das imagens (da tecnologia) e da cultura (...) traz à tona forças ainda mais básicas, ligadas à personalidade do indivíduo e seus direitos fundamentais, em que o sujeito procura redescobrir sua liberdade material e manter alguma dignidade (MARQUES, 2006, p. 181).

---

<sup>44</sup> No sentido do pensamento de Dworkin, as decisões não comportam “textura aberta” ou discricionariedade, tendo em vista que o juiz norteia-se por um “esquema de princípios abstratos e concretos que o auxiliam na composição de uma teoria que explica e justifica a decisão como a única certa nos termos do direito estabelecido” (Sgarbi, 2006, p. 167)

No mesmo sentido, Philippe Malaurie afirma categoricamente: “Mais vale ser informado – pode-se agir livremente – que ser protegido, o que evoca uma *capitis deminutio*, um *status* de inferioridade<sup>45</sup> (1999, p. 195).

Com efeito, o grau de informação do consumidor determina a força de sua influência na estrutura econômica. Desde que devidamente esclarecido,

ele adquire, consome e se utiliza dos produtos e serviços oferecidos,  **julgando-os e, quando, possível, selecionando-os**. Demais disso, no pólo mesmo da produção o consumidor **faz-se ouvir**, quer pelas suas reações negativas a um determinado produto, quer pela manifestação de uma necessidade de consumo específica. (BENJAMIN, 1988, p. 2. Grifamos.)

Como já se afirmou, a educação para o consumo representa papel fundamental na formação do consumidor consciente e em sua capacitação para atuar de forma crítica no mercado de consumo.

Em relação, por exemplo, a lidar com dinheiro, obter aconselhamento e saber separar fato de ficção publicitária, consumidores educados e efetivamente habilitados são capazes de compreender as consequências de seu comportamento, inclusive quanto a dimensões mais amplas do consumerismo, ligadas a preocupações sociais, ambientais e políticas<sup>46</sup>. (BRENNAN e COPPACK, 2008, p. 307)

Seguindo essa linha de pensamento, não se pode admitir a desregulamentação absoluta. Ao contrário, tornam-se particularmente importantes as medidas estatais que garantem ao consumidor acesso a informações concernentes aos produtos, serviços e contratos; prazo para reflexão e arrependimento; respeito à correspondência entre o ofertado e o efetivamente prestado.

É importante ressaltar que, em face da profusão de informações característica da atualidade, o dever do fornecedor assume particular relevância. É a advertência de Bruno Miragem:

<sup>45</sup> Tradução livre. No original, “mieux vaut être informé – on peut librement agir – qu’être protégé, ce qui évoque une *capitis deminutio*, un *statut d’infériorité*”.

<sup>46</sup> Tradução livre. No original, “as well as, for example, *managing money, knowing how to obtain advice and being able to separate fact from advertising fiction, educated and truly empowered consumers are able to understand the consequences of their behaviour, including wider dimensions of consumerism related to social, environmental and political concerns*”.

Este dever de informação, como autêntico dever de esclarecimento, estabelece que o ato de informar o consumidor seja, antes de tudo, o oferecimento de uma **informação qualificada, integrada por todos os dados úteis e necessários à sua compreensão**. O que há de ser garantido também pelo modo, quantidade e velocidade com que estas informações são repassadas ao consumidor. A sociedade de consumo, ou também a sociedade da informação, caracteriza-se, sobretudo, pela hiperinformação, ou seja, a elaboração e divulgação, em alta velocidade, de um grande número de informações, sem que necessariamente esteja o seu destinatário alertado ou capacitado para recebê-las, identificá-las e compreendê-las com a mesma agilidade. (MIRAGEM, 2008, p. 178. Grifamos.)

Por fim, cabe ressaltar que, embora o cumprimento do dever de informar não constitua, em si, causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, pode vir a afastar sua incidência. É o caso da obtenção do *consentimento informado*, pelo qual, uma vez esclarecido acerca dos riscos a que se submete, o consumidor acaba por assumi-los, desde que o fornecedor cumpra sua obrigação de meio. Isto é, o esclarecimento ao consumidor não é *suficiente* para afastar a responsabilidade; porém, combinado com a devida diligência e o emprego da técnica adequada, deve surtir, exatamente, esse efeito.

#### **4.2.5 Consumidor crítico e contrato de adesão**

Embora a padronização dos contratos tenha se estabelecido como realidade já nos primeiros tempos da sociedade de consumo, a predominância dos contratos de adesão é, hoje, ainda mais evidente.

Por definição, nessa forma de vinculação, o consumidor não tem a prerrogativa de negociar o conteúdo substancial do contrato. Nessa medida, instrução, reflexão e crítica não são suficientes para assegurar uma contratação equânime. O quadro se mostra especialmente lesivo nos casos de contratação necessária, como a que se dá em relação a fornecedores de produtos ou serviços essenciais prestados em mercados monopolistas, tais como o fornecimento de água e energia elétrica.

Em outras palavras, no momento da formação de um contrato de adesão cujo objeto seja essencial e cuja provisão seja dominada por um único fornecedor, pouca ou nenhuma diferença faz o grau de informação do consumidor.

Duas soluções são adotadas, tradicionalmente, para emendar a situação de desequilíbrio: de um lado, intervenções legislativas determinam, previamente, o conteúdo possível dos contratos, considerando certas cláusulas como abusivas e, por consequência, nulas, ou antes inexistentes<sup>47</sup>. De outro, os tribunais são chamados para, *ex post*, promover a revisão contratual, corrigindo os termos sob os quais as partes se vincularam.

Parece-nos, entretanto, que tais métodos não são capazes de proporcionar soluções efetivas para o desafio de reequilibrar referidas relações jurídicas. De início, porque apenas uma pequena parcela dos consumidores é agasalhada por eles. Ademais, por manter-se, em última análise, a desconsideração da racionalidade e da autonomia do consumidor. Por fim, compromete-se a segurança, um dos escopos da contratação por adesão e da própria ordem jurídica. Se não, vejamos.

Chega a ser um *truísmo* afirmar que o acesso à justiça – notadamente ao Judiciário – é limitado a uma minoria<sup>48</sup>. Não se pode fechar os olhos à realidade de que apenas uma pequena parte dos consumidores detém, de fato, a possibilidade de movimentar a jurisdição estatal na defesa de seus direitos.

Além disso, a vedação *a priori* de determinadas cláusulas contratuais aponta a inegável desestímulo à racionalidade do consumidor, na medida em que fomenta um comportamento passivo. Com efeito, o consumidor tende a *não ler* o contrato a que adere<sup>49</sup>, sabendo que determinados itens não lhe serão vinculantes. “Os consumidores não avaliam termos padronizados, mas focam sua atenção, principalmente, na reputação dos fornecedores”<sup>50</sup> (BECHER, 2007, p. 6).

Sobre o mesmo aspecto, uma contradição se apresenta. Embora o consumidor tenda a não se inteirar do conteúdo do contrato no momento da

---

<sup>47</sup> Cf TELLES, 2002, p. 112.

<sup>48</sup> Cf. CAPPELLETTI e GARTH, 1988.

<sup>49</sup> Embora se trate de suposição comum na literatura jurídica, em geral especulativa, a pesquisa de campo realizada por Becher e Unger-Aviram fornece dados empíricos que comprovam esse fato. Cf. BECHER *et al*, 2008.

<sup>50</sup> Tradução livre. No original, “consumers do not evaluate standardized terms but rather focus their attention mainly on sellers’ reputation”.

celebração, já se demonstrou<sup>51</sup> que, à vista de conflito posterior, o aderente recorre, em primeiro lugar, ao próprio instrumento contratual:

A descoberta *ex post* também valida a suposição de que os termos contidos nas cláusulas contratuais gerais podem, de fato, influenciar e moldar o comportamento dos consumidores em um sentido mais amplo. O fato de que muitos consumidores consultam suas cláusulas contratuais gerais como primeira opção de ação na emergência de uma disputa demonstra que os consumidores tendem a atribuir importância a seus contratos. **Assim, é razoável presumir que a maioria dos consumidores acredita estar vinculado à linguagem do contrato.** Isso poderia reforçar a necessidade de proteger os consumidores contra termos inescrupulosos ou errôneos (que são vistos pelos consumidores como aspectos vinculantes da transação a que aderiram)<sup>52</sup>. (BECHER, 2008, p. 17. Grifamos)

Como se vê, a não obrigatoriedade de determinadas cláusulas contratuais gerais apresenta duas faces opostas: de um lado, desestimula o consumidor a conhecer o conteúdo do contrato. De outro, constrange-o em momento posterior, dissuadindo-o, pela aparente vinculação, de fazer valer a vedação legal. Isso explica por que fornecedores insistem em manter, entre suas cláusulas contratuais gerais, conteúdo abusivo e declaradamente nulo.

Ademais, como se afirmou, em contratos de adesão pressupõe-se a ausência de verdadeiro consentimento, tendo em vista que os termos contratuais são dados pela parte superior. Ora, “na ausência de efetivo consentimento, as cláusulas contratuais gerais não devem ser executáveis. Seguindo essa linha de raciocínio, Kornhauser sugere que a maioria das cláusulas gerais candidata-se à ineficácia”<sup>53</sup> (BECHER, 2007, p.6). Esse fenômeno leva a um sério comprometimento da previsibilidade das relações jurídicas. É justamente por essa razão que “*não deve aceitar-se a modalidade da tese contratualista que restringe o acordo às condições*

<sup>51</sup> Cf. BECHER *et al*, 2008.

<sup>52</sup> Tradução livre. No original, “*the ex post finding also validates the assumption that the terms contained in SFCs may indeed influence and shape consumers’ behavior in a broader sense. The fact that many consumers consult their SFCs as their first choice of action once a dispute surfaces entails that consumers tend to attribute importance to their contracts. Hence, it is only reasonable to assume that most consumers believe they are bound to the contract’s language. This might strengthen the need to protect consumers against scrupulous or unconscionable terms (which are perceived by many consumers as binding aspects of the transaction they entered)*”.

<sup>53</sup> Tradução livre. No original, “*where the necessary component of assent does not exist, form contracts should not be enforced. Following this line or reasoning, Kornhauser suggests that ‘most clauses of SFCs are candidates for nonenforcement’*”.

*particulares*, dando como não vinculativas para o aderente as condições gerais” (TELLES, 2002, p. 313. Grifo original).

É sabido que a certeza e a segurança jurídica vêm, no contexto da superação do paradigma moderno, perdendo espaço para a idéia de equidade, com o reconhecimento de que vivemos em uma sociedade de risco e desigualdade. Deve-se notar, contudo, que *negar* a obrigatoriedade do contrato é cercear a liberdade e autodeterminação das partes, o que, como já se afirmou, nem sempre resulta na consagração da justiça. “Está em jogo a confiança sobre a seriedade do vínculo contratual, não somente o instrumento principal da autonomia privada, (...) mas também o meio idôneo à programação e à realização da atividade econômica dos contratantes”<sup>54</sup> (MACARIO, *in* Di MARZIO, 2004, p. 210). Em outras palavras, a segurança jurídica permanece como corolário da justiça, na medida em que esta “não passa de simples quimera se a sociedade não tiver uma forte e concreta garantia de segurança no inter-relacionamento social” (THEODORO JR., 2008, p. 14).

Ora, recusar força executiva ao contrato de adesão é deixar “o patrimônio e os projetos individuais aos azares da incerteza e fragilidade de um contrato desprovido de sua básica função, qual seja a de outorgar segurança jurídica às partes interessadas” (THEODORO JR., 2008, p. 16).

Sendo assim, impõe-se cautela ao Judiciário quando chamado a rever contratos de consumo. Nesse sentido, confira-se a lição de Humberto Theodoro Júnior:

**A revisão do contrato, pelos tribunais, em nome dos princípios ético-sociais não pode ser discricionária nem tampouco paternalista.** Em seu nome não pode o juiz transformar a parte frágil em superpoderosa, transmudando-a em ditadora do destino da convenção. Isto não promoveria reequilíbrio, mas, sim, um desequilíbrio em sentido contrário ao inicial. Se se pudesse cumular a parte débil com uma desproporcionada proteção judicial, quem se inferiorizaria afinal seria o contratante de início forte. Solucionar-se-ia um mal com outro mal, uma injustiça com outra injustiça. Evidentemente não se concebe que em nome da justiça contratual se realize tamanha impropriedade. Daí por que a intervenção judicial na revisão do contrato tem de ser limitada, respeitando-se, com prudente moderação, as exigências da boa fé objetiva e do justo equilíbrio entre as

<sup>54</sup> Tradução livre. No original, “È in gioco l’affidamento sulla serietà del vincolo contrattuale, non soltanto strumento principale dell’autonomia privata ma anche (...) mezzo idoneo alla programmazione e alla realizzazione dell’attività economica dei contraenti”.

prestações e contraprestações. (THEODORO JR., 2008, p. 23)

Note-se que, em princípio, não se admite que a responsabilização do proponente, no âmbito civil e quanto a danos materiais, assuma caráter punitivo. A menos que se estruture um *fundo* específico para direcionar indenizações nesse sentido, entendemos que a condenação que extrapola o valor do dano esbarra, necessariamente, na vedação do enriquecimento sem causa. Filiamo-nos, como se vê, à concepção tradicional, que vê na responsabilidade civil um escopo essencialmente reparador ou compensatório.

Visto isso, cabe buscar soluções eficazes ao desequilíbrio nos contratos de adesão cujo objeto constitui bem essencial e cujo fornecedor é monopolista. Não se trata, certamente, de adotar uma “visão *demagógica* da tutela devida ao *consumidor*, olhado como vítima inerte de um estipulante ditatorial” (TELLES, 2002, p. 332). Não se poderia, tampouco, entregar ao consumidor a impossível missão de assumir uma postura crítica quando não há opção senão aderir à vontade do fornecedor.

Em outras palavras, não se pretende configurar o contrato de adesão como instrumento de dominação, mas sim reconhecer que ele “reclama a *intervenção tutelar do legislador* para que não deixe de ser, como cumpre, um *instrumento de justiça*” (TELLES, 2002, p. 334).

Esse escopo só será atingido mediante controle prévio e efetivo do conteúdo dos contratos de adesão, indo além do campo normativo e, de forma profilática, fugindo ao controle posterior do Judiciário, naturalmente restrito e lento.

Novamente, a educação e a informação ao consumidor representam papel fundamental. No entanto, já não basta que se voltem ao produto ou serviço em si, aos riscos envolvidos, ao preço ou ao próprio fornecedor. Quando não há, sequer, liberdade de celebração<sup>55</sup>, amplia-se a necessidade de informação quanto aos aspectos jurídicos. Impõe-se, a toda evidência, o alargamento efetivo do acesso à justiça.

Deve-se incentivar, igualmente, o fluxo de informação entre os próprios consumidores. “Quando há um fluxo intenso, é mais provável que os fornecedores

---

<sup>55</sup> Entende-se liberdade de celebração como a opção por contratar ou não; de outro lado, liberdade de estipulação é a possibilidade de negociar o conteúdo contratual. Cf. MENEZES CORDEIRO, 2000, p. 218.

tenham incentivos econômicos para abster-se de usar cláusulas exploradoras em seus contratos padronizados<sup>56</sup> (Becher, 2008, p. 17).

Bem assim, é fundamental estimular e viabilizar a participação ativa das organizações de consumidores, bem como do Ministério Público, canalizando o poder coletivo desses sujeitos de direito. Com isso, pretende-se que a determinação da base dos contratos a serem celebrados passe a caber, direta ou indiretamente, aos consumidores.

Essa participação pode se dar, por exemplo, mediante a exigência de aprovação prévia dos modelos contratuais. Naturalmente, a influência dessa manifestação sobre o comportamento do consumidor dependerá do prestígio das associações e de sua capacidade de demonstrar o valor que sua aprovação acrescenta ao modelo. Por isso, os órgãos de representação do consumidor devem ser reconhecidos e independentes. Um bom exemplo do modelo ora sugerido é o *ombudsman* escandinavo, que negocia – previamente – termos de contratos modelo<sup>57</sup>.

Na esteira do respeito à autonomia do consumidor e à cláusula geral de boa fé, Francesco Macario refere-se à “obrigação de renegociar”<sup>58</sup> que, direcionada ao contrato relacional, reconhece que a intervenção jurisdicional não deve substituir a vontade das partes. Nessa medida, cabe aos contratantes decidir as regras da relação contratual a desenvolver e, ao juiz, limitar-se a controlar e sancionar certos comportamentos, de forma a restabelecer a proporcionalidade.

Conclui-se este item, portanto, constatando a necessidade de proteção ao consumidor crítico e, mais uma vez, refutando-se a toda prova a hipótese de desregulamentação. Esta tutela não deve se dar, contudo, de maneira paternalista e *a posteriori*, mas de forma prévia, refletida e estendida a todos os consumidores, sempre tendo em conta sua capacidade de entendimento e viabilizando a negociação.

---

<sup>56</sup> Tradução livre. No original, “*when a strong flow exists, it is more likely that vendors will have the profit-incentive to refrain from using exploiting clauses in their SFCs*”.

<sup>57</sup> Cf. CAMPBELL, 1999, p. 291 e seguintes.

<sup>58</sup> In DI MARZIO, 2004, p. 228

#### 4.4 O papel do Ministério Público

### 5 A perspectiva da Análise Econômica do Direito

#### 5.1 Análise Econômica do Direito – noções

#### 5.2 A posição da Análise Econômica do Direito acerca da proteção ao consumidor

Como visto, a Escola de Chicago levou ao extremo os critérios de eficiência, tomados como diretriz exclusiva para a elaboração e aplicação das normas jurídicas, superando os ideais clássicos de justiça corretiva e distributiva. Como consequência do teorema de Coase, a eficiência é alcançada num mercado equilibrado e mediante redução dos custos de transação.

Alguns adeptos da Análise Econômica do Direito chegaram a repudiar todas as formas de intervenção estatal, por considerar que provocam o chamado “*free riding*”, ou comportamento oportunista. Com efeito, tomando-se o princípio da compensação como critério de eficiência, entendem esses autores que o consumidor estaria disposto a pagar pela informação, caso houvesse um mercado específico. Isto é, cabe ao consumidor avaliar se o benefício trazido pela informação *compensa* o valor a ser pago por ela. “A informação é um bem que se adquire, que tem um valor de mercado e que não se tem sempre que divulgar gratuitamente” (MALAURIE, 1999, p. 200).

Outros autores, menos rigorosos, entendem que a regulação jurídica da informação tem o condão de tornar mais eficiente a alocação de recursos, na medida em que poupa custos de transação.

De qualquer forma, o Estado deve limitar-se a impor regras destinadas a minimizar esses custos, enquanto a alocação de recursos deve ser deixada às próprias partes, que a farão de forma eficiente: “o intervencionismo impede uma eficiente alocação de recursos e deve ser evitado” (REICH, 1992, p. 263).

Em relação aos contratos de adesão, a escola considera que, embora reduzam o poder de barganha do consumidor-aderente, evidenciando desigual poder econômico entre as partes, constituem, antes de um desafio à doutrina jurídica, instrumento útil à concretização da eficiência. Com efeito,

Na medida em que os contratos de adesão minimizam custos de produção e transação, supõe-se que empresas e consumidores dividem os benefícios de seu uso. Ademais, o emprego de contratos não negociáveis por fornecedores denota tratamento igualitário a todos os consumidores. Quando o consumidor sente que todos os compradores em perspectiva recebem o mesmo leque de benefícios e obrigações, seu medo de subsidiar outros ou ser explorado pelo contrato padronizado que tem em mãos pode ser significativamente reduzido<sup>59</sup>. (BECHER, 2008, p. 6)

Por fim, no mercado de consumo, a concorrência é capaz de garantir a escolha racional do consumidor e, conseqüentemente, a alocação eficiente de recursos é assegurada pelas normas antitruste e pelo direito à informação. Nesse sentido, observe-se o pensamento de Norbert Reich:

Remédios específicos são uma intromissão desnecessária na tomada de decisão autônoma do consumidor e normalmente produzem custos de transação adicionais: “não existe almoço grátis!”. Problemas de equidade e distribuição de renda não devem ser parte da política de competição e da Análise Econômica do Direito em geral. (...) Se se considerarem as transações de consumo apenas pelo critério da eficiência, pode-se facilmente concluir que “caveat emptor” é uma regra muito “eficiente”: ela vê o consumidor como aquele que mais se esquivava dos custos; aquele que, se não é enganado, pode evitar danos sendo cauteloso ou deixando de comprar certo bem ou serviço; mais, ela impede que as pessoas se comportem oportunisticamente em relação à parte contratante<sup>60</sup>. (REICH, 1992, p. 263)

<sup>59</sup> Tradução livre. No original, “Moreover, as SFCs minimize production and transaction costs, firms and consumers are assumed to share the benefits gained from using such contracts. In addition, by employing nonnegotiable SFCs sellers signal their equal treatment of all consumers. Where consumers feel that all prospective buyers receive the same set of benefits and obligations, their fear of subsidizing others or being exploited by the SFC at hand may be reduced dramatically”.

<sup>60</sup> Tradução livre. No original, “specific remedies are an unnecessary intrusion into the consumer's autonomous decision-making and usually produce additional transaction costs: ‘There is no such thing as a free lunch!’ Problems of equity and income distribution should not form part of competition policy and of economic analysis of law in general. (...) If one considers consumer transactions only by criteria of efficiency, one might easily come to the conclusion that caveat emptor is a very “efficient” rule: It sees the consumer as the “cheapest cost avoider,” who, if s/he is not deceived, can avoid damage by being careful or by not buying a certain good or service and it deters people from behaving opportunistically towards the contracting party”.

### 5.3 Crítica

Inicialmente, a perspectiva exclusivamente econômica do direito peca, claramente, pela excessiva simplificação, ao tentar reduzir o fenômeno jurídico aos princípios econômicos. Com efeito, a redução das ações a uma medição de utilidade de bens jurídicos segundo critérios de eficiência constitui, de certa forma, uma “visão cínica da natureza humana. Haverá uma oferta e uma procura de filhos? E de maridos? E de roubos? Haverá uma oferta e uma procura de roubos?” (RODRIGUES, 2007, p. 36).

Além disso, cabe ressaltar que a Escola tem recebido a séria objeção de desprezitar princípios morais básicos.

Esta opinião é agravada pelo facto de os economistas, para analisarem a eficiência das situações que comparam, converterem habitualmente as suas vantagens e inconvenientes em valores monetários. Os economistas parecem interessar-se, apenas, por dinheiro. (RODRIGUES, 2007, p. 37)

De fato, Posner propõe uma idéia de justiça baseada em critérios de eficiência, num movimento de *superção do direito* que prima pela objetividade. Para ele, seria necessário abandonar os princípios puramente morais, demasiado inseguros devido à diversidade de concepções teóricas que se faz presente nos debates modernos. É dizer que

o projeto de Posner procura apresentar uma metodologia que possa superar as limitações de outras formas de entender o fenômeno jurídico, principalmente aquelas que encontram seus fundamentos na filosofia moral e na política. (RIEFFEL, 2006, p. 14)

No entanto, quer-se crer que o Direito permanece assente em algum ideal de justiça, que cabe à doutrina e à jurisprudência definir e concretizar. Noções como igualdade, autonomia e dignidade, posto que amplíssimas, devem conduzir a atuação de legislador e juiz, sem que isso importe em *moralismo*, no sentido de imposição artificial de um determinado modelo de vida. Na realidade, o fenômeno

jurídico não se separa absolutamente da moral. Confira-se, nesse sentido, o pensamento de Joaquim Carlos Salgado (2006):

O jurídico, portanto, assume o ético (moral) e o político (p. 5). (...) Essa unidade do justo e do normativo é que forma o fenômeno jurídico. Nem a norma precede o valor (normativismo), nem o valor precede a norma (axiologia). São aspectos de um mesmo movimento da razão ética e, por conseguinte, da razão jurídica (p. 6). (...) A consciência jurídica supera a dicotomia direito-moral, pois o direito não é visto paralelamente com a moral, mas como ponto de chegada do processo ético, que começa na interioridade imediata da consciência moral (p. 36). (...) A justiça é, assim, o valor por excelência do direito e todos os fatos considerados pelo direito em razão da exigência da normatividade que revelam só se consideram tais se se valoram como justos ou injustos, ou seja, segundo o princípio da igualdade na prevenção e solução de conflitos de interesses e na *tribuição* do valor jurídico ou bem posto como direito do sujeito (p. 38).

Também Dworkin, concebendo os princípios como referências valorativas de correção, considera artificial a separação entre direito e moral. Sua crítica à visão econômica do direito é incisiva: contesta a riqueza como valor por si mesma e a eficiência como critério de igualdade, constatando que a atribuição instrumental de direitos visando somente à maximização dessa riqueza é incompatível com qualquer concepção pluralista de justiça<sup>61</sup>.

Em que pesem as objeções, a Análise Econômica do Direito tem exercido enorme influência no pensamento jurídico ocidental e sua crítica ao intervencionismo protecionista merece ser considerada.

---

<sup>61</sup> Cf. DWORKIN, 2005, p. 351 e seguintes.

## 6 A solução arbitral

Sob o ponto de vista crítico que se busca adotar neste trabalho, a arbitragem aparece como campo fértil à manifestação da liberdade e da racionalidade do consumidor. Por esse motivo, defende-se a licitude de sua utilização e propõe-se, inclusive, a ampliação das hipóteses em que ela é possível.

Assim, será exposto, inicialmente, o panorama político-jurídico em que a arbitragem se insere; em seguida, serão fornecidas noções acerca do instituto; ao final, serão apresentadas as propostas específicas.

### 6.1 Arbitragem – contexto

Como visto, o paradigma jurídico anterior à Primeira Guerra mundial deveu-se à ideologia liberalista, cujos valores exigiam previsibilidade num sentido de segurança jurídica. Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo,

Era o *paradigma da lei*. Vindos dos traumas do absolutismo, os juristas de então viam, na lei, o direito. Para dar segurança, a norma devia ser clara, precisa nas suas hipóteses de incidência (*fattispecie*), abstrata, universal. Como garantia de impessoalidade, o papel do juiz, por isso mesmo, era visto como passivo. (...) a função do juiz era a de um autômato; bastava verificar se havia ocorrido o fato previsto na lei e, se sim, impor a consequência. (AZEVEDO, 2004, p. 58)

Essa visão foi alterada pelos acontecimentos ligados à Primeira Guerra, quando, então, os rigores da lei passaram a ser alvo de críticas dos juristas. Acentuou-se o papel do juiz como intérprete do direito, capaz de construir, em sua atividade, o sentido de vocábulos amplíssimos como *boa fé*, *interesse público* e *função social*.

Atualmente, vivemos uma situação em que nem a lei nem o juiz se mostram suficientes à realização do Direito. Ainda com Antônio Junqueira de Azevedo, percebemos que o Direito existe para “solucionar conflitos da melhor forma possível”, o que não ocorre, necessariamente, por meio do Estado-juiz:

Aos poucos, os grupos sociais descobrem outras soluções. Da fuga para o juiz, cabe hoje falar em fuga *do* juiz – e isso, diga-se, não diminui o Poder Judiciário, já que este fica limitado a agir nas hipóteses em que, de fato, é necessário como *jugador*. Para que juiz, nos casos nos quais as partes admitem um árbitro? (AZEVEDO, 2004, p. 59)

Nesse contexto, a arbitragem apresenta-se como elemento do atual paradigma de Estado reduzido. Trata-se de uma forma de solução de litígios por meio de heterocomposição, alternativa ao Poder Judiciário.

Quando da entrada em vigor da Lei n. 9307/96, que passou a disciplinar a arbitragem no Brasil, as opiniões dividiram-se entre extremos: o que a uns se apresentava como panacéia, a solucionar todos os males que acometiam a aplicação da justiça, a outros parecia algo “primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo” (PONTES DE MIRANDA, 1977, p. 34).

É fato que se trata de instituto bastante antigo, cujos registros remontam à Babilônia, à Grécia Antiga e a Roma. Não é de surpreender que, numa situação de conflito, a vantagem de delegar a solução a um terceiro imparcial tenha se evidenciado antes mesmo da organização do Estado como hoje o entendemos.

Porém, isso não depõe contra o instituto, cujos resultados têm sido, efetivamente, positivos. Se, por um lado, a arbitragem contribui para o atual movimento de “fuga do juiz”, por outro pode ser vista como o campo da autonomia privada por excelência, tendo em vista que envolve a autodeterminação não apenas para fazer circular riquezas, mas para determinar o âmbito da solução de *litígios*.

Este, aliás, é um dos principais argumentos dos autores que defenderam a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, hoje pacificamente reconhecida. Sendo expressão da autonomia privada, o juízo arbitral não fere o artigo 5º, XXXV da Constituição da República, que determina que *a lei não afastará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Além disso, sendo escolhido livremente, o árbitro torna-se juiz natural do caso a ele submetido, restando consagrado, também, este outro princípio basilar do direito processual.

## 6.2 Arbitragem – noções

Antes de avaliar, propriamente, a utilização da arbitragem no direito do consumidor e passar à verificação dessa via como possível solução para alguns dos problemas já apresentados, faz-se necessária uma breve digressão para apresentar, sucintamente, noções sobre o tema.

Por meio de um negócio jurídico bilateral denominado convenção de arbitragem, as partes estabelecem que a solução da lide será determinada por um juiz privado livremente eleito.

A convenção apresenta como espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A primeira vincula-se a um contrato, embora não lhe seja, propriamente, acessória, visto que não lhe “segue a sorte”. Por ela, as partes determinam a via arbitral para solução de *eventuais* conflitos acerca do pacto. O segundo é celebrado já na existência do conflito, independentemente da verificação de qualquer vínculo jurídico anterior entre as partes.

A convenção tem força vinculante, como os contratos; isso significa que a escolha pela arbitragem é definitiva e passível de execução específica no âmbito do Poder Judiciário. Seus efeitos costumam ser apresentados pela doutrina sob os aspectos positivo e negativo, sendo estes ligados ao afastamento do Poder Judiciário e aqueles, à instauração de um juízo privado.

Vinculante também é a sentença do árbitro, que, hoje, constitui título executivo judicial – sujeita, portanto, ao cumprimento forçado na esfera estatal. Até o advento da lei 9307/96, a decisão carecia de homologação pelo Poder Judiciário, hoje exigida apenas para as sentenças estrangeiras.

Podem atuar como árbitros todas as pessoas civilmente capazes, individualmente ou de forma colegiada, no que se denomina *tribunal arbitral*. Cabe às partes escolher o árbitro ou delegar a opção a uma entidade privada previamente constituída para administrar juízos arbitrais.

A arbitragem é marcada pela *desformalização*: a atuação da vontade das partes não se limita à escolha da via arbitral e do árbitro, mas estende-se à eleição do procedimento e, até mesmo, dos critérios de julgamento. Além da legislação brasileira em princípio aplicável, pode-se utilizar legislação estrangeira, regras internacionais de comércio, tratados e convenções. É possível, até mesmo, o

juízo por equidade, isto é, pela aplicação do senso de justiça pessoal do árbitro, limitado tão somente pelas normas de ordem pública. Apenas para o último critério exige-se autorização expressa das partes.

Podem celebrar convenção arbitral todas as pessoas capazes de contratar, isto é, os *civilmente capazes* e *legitimados* conforme o caso concreto. Mais significativa é a limitação objetiva, que restringe o juízo arbitral aos conflitos acerca de direitos *patrimoniais disponíveis*. Esta é objeto da crítica a seguir construída.

### **6.3 A arbitragem no direito do consumidor**

A possibilidade de utilização da arbitragem no campo das relações de consumo não é pacífica, graças a dois aspectos essenciais. O primeiro é de natureza mais formal e deve-se à aparente antinomia entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem no que se refere à aposição de cláusula compromissória em contrato de adesão. O segundo, de cunho material, refere-se à limitação objetiva imposta pela disciplina legal da arbitragem, que, como dito, restringe sua utilização aos conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Vejamos cada um desses aspectos.

#### **6.3.1 O conflito aparente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem**

O Código de Defesa do Consumidor enumerou, exemplificativamente, cláusulas que, incluídas em contrato de adesão, são consideradas abusivas e, portanto, nulas, respeitado o princípio da conservação do negócio jurídico na modalidade de *redução*.

Assim, no inciso VII do artigo 51, a lei consumerista aponta como viciada a cláusula que impõe a utilização compulsória da arbitragem. É o mesmo que dizer que considera nula a cláusula compromissória, presumidamente abusiva. Isso

porque a obrigatoriedade, a vinculação à vontade manifestada, é própria da cláusula compromissória, dada sua natureza jurídica contratual.

**Art. 51** – São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

**VII** – determinem a utilização compulsória da arbitragem.

A seu turno, a Lei de Arbitragem, no § 2º do artigo 4º, reconhece a validade da cláusula, embora a submeta a alguns requisitos:

**Art. 4º** – a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

**§ 2º** – nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Considerando que a lei 9.307 é posterior ao Código de Defesa do Consumidor, alguns juristas chegaram a afirmar que ela teria o condão de revogá-lo no que diz respeito ao estabelecimento da cláusula compromissória. Embora atraente, a solução não satisfaz quando se tem em conta que cada um desses diplomas presta-se à regulação de uma situação específica, isto é, que se trata de dois *microsistemas* diferentes e coexistentes.

Assim, fez-se necessário conciliar as regras, e a solução a que se chegou foi a seguinte: em se tratando de relação de consumo, a arbitragem só seria possível mediante celebração do compromisso arbitral. A regra da Lei de Arbitragem se aplicaria aos contratos de adesão formadores de outra espécie de relação. Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo,

A Lei de Arbitragem nada alterou no Código de Defesa do Consumidor, *sobre os direitos do consumidor*. Perante a lei protetiva, o quadro era, e é, pois, o seguinte: o compromisso entre consumidor e fornecedor, desde que sem abuso deste sobre aquele, é permitido; a cláusula compromissória, inversamente, tem presunção absoluta de vulnerabilidade e é proibida (art. 51, VII). No compromisso, o abuso é uma possibilidade, a ser examinada caso a caso; na cláusula compromissória, é uma certeza, legalmente determinada (AZEVEDO, 2004, p. 242).

Esta a solução mais adequada aos princípios hermenêuticos e à idéia de coerência sistemática do ordenamento jurídico. Porém, na esteira da crítica construída neste trabalho, é de se refletir sobre a efetiva necessidade da proibição em questão. A idéia será desenvolvida de forma mais completa nos próximos itens.

### **6.3.2 A indisponibilidade dos direitos do consumidor**

Como se viu, a proteção ao consumidor estabelecida atualmente é restritiva da liberdade negocial, conforme a *ratio* protecionista do Código de Defesa do Consumidor. Protege-se o consumidor contra si mesmo, a partir do pressuposto de que a vulnerabilidade desse sujeito de direito impede-o de tomar decisões razoáveis porque racionais. Os direitos daí decorrentes são tidos, precisamente por isso, como *indisponíveis*.

Contudo, essa presunção merece ser repensada. Já se demonstrou que a proteção deve considerar o caso concreto, sem ignorar a racionalidade do consumidor.

Portanto, o caráter de indisponibilidade atribuído aos direitos do consumidor precisa ser repensado. Trata-se de relações negociais, privadas, em que há de prevalecer a vontade autônoma do particular.

Responsável por movimentar a economia e, assim, por determinar toda uma estrutura social, a relação de consumo constitui o vínculo jurídico por excelência na sociedade atual. Exatamente por isso, tornou-se, indubitavelmente, uma das principais fontes de conflitos entre as pessoas.

Conseqüência direta da observação é a multiplicação de lides levadas ao Judiciário por consumidores insatisfeitos com o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços. Consumidores conscientes e bem informados acerca de seus direitos – e da quase inexistência de seus deveres – movimentam o maquinário estatal para obter solução de conflitos muitas vezes previsíveis e facilmente evitáveis.

Nesse contexto, a morosidade do Judiciário se faz presente e consumidores efetivamente lesados quedam, sistematicamente, desatendidos. Para esses, a arbitragem pode se apresentar como solução viável, célere e menos dispendiosa.

Por outro lado, a arbitragem apresenta a fundamental vantagem de ser sigilosa. Do ponto de vista do fornecedor, o ganho é evidente: a publicidade negativa tem conseqüências desastrosas. Mas não se devem desconsiderar os benefícios sociais desse mesmo fato. A manutenção da empresa é escopo declarado do Direito, pois que esta tem, intrínseca, uma função social, representada, entre tantos fatores, pela geração de empregos.

É de se discutir, portanto, a natureza indisponível dos direitos do consumidor e, conseqüentemente, a posição segundo a qual a vulnerabilidade do sujeito impõe a proibição da celebração, por ele, de cláusula compromissória.

#### **6.4 Propostas**

Indo mais além, ousa-se levantar a seguinte questão: *de lege ferenda*, deveria a limitação objetiva da arbitragem, em geral, ser revista. Note-se que a escolha do juízo arbitral apresenta-se, ontologicamente, diferente de institutos como a transação e a renúncia.

Em outras palavras, ao fazer uso da arbitragem, o sujeito não está, em nenhuma hipótese, *abrindo mão* de seu direito. Antes, trata-se, essencialmente, do contrário: elege-se um árbitro merecedor da confiança das partes e, por isso mesmo, capaz de proferir uma decisão apta a satisfazer seus interesses e, em última análise, a atingir o escopo jurisdicional de pacificação social.

Sob esse prisma, não há sentido em vetar a utilização da arbitragem para a solução dos conflitos envolvendo questões diretamente ligadas à própria personalidade – que, por isso mesmo, causam um nível de angústia muito mais significativo.

Propõe-se, portanto, a ampliação do campo de atuação do juízo arbitral a questões envolvendo interesse privado, *ainda que indisponível*, como ocorre nas relações de família entre pessoas capazes, nos dissídios trabalhistas individuais e, principalmente, porque foco deste estudo, nas relações de consumo.

## 5 CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar historicamente a evolução do direito do consumidor: de agente juridicamente desamparado, amplamente exposto às práticas muitas vezes abusivas do mercado capitalista, o consumidor passou a sujeito de direito merecedor de especial proteção legal.

Esse movimento parece ter, no entanto, certas conseqüências indevidas: de início, a tutela irrestrita estimula um comportamento inadvertido por parte do consumidor, que tende, assim, a não adotar a diligência mínima exigível de qualquer contratante, como o dever de inteirar-se do objeto e das condições do contrato.

Além disso, o conjunto normativo referente às relações de consumo dirige-se a uma classe abstrata de sujeitos, que a doutrina não é capaz de delimitar, já que compreende pessoas completamente diferentes entre si, tanto em termos econômicos quanto no aspecto informacional.

Sendo assim, observa-se, na prática, a seguinte contradição: grande parte dos consumidores – os economicamente fortes e capazes de negociar livremente – recebe imerecida proteção jurídica, enquanto outros vêm-se distanciados dessa mesma tutela, seja por desconhecimento de seus direitos, seja pelas restrições fáticas ao acesso à justiça.

Ao mesmo tempo, inúmeras são as situações em que a formação crítica do consumidor não é suficiente para sua atuação livre no mercado, pois o objeto do contrato é essencial e o fornecedor é monopolista. Refutou-se, assim, a hipótese de que a desregulamentação é a resposta adequada para fomentar, por parte do consumidor, um comportamento racional e, assim, efetivar seus direitos subjetivos e os princípios gerais de isonomia e justiça social.

Propõe-se, dessarte:

- a) A simplificação da legislação de consumo, de modo a tornar sua linguagem mais acessível e evitar ambigüidades.
- b) A relativização da presunção de vulnerabilidade, de modo a diferenciar os consumidores entre si e destinar a proteção a quem dela efetivamente precisa, na esteira do direito do caso concreto.

- c) O reconhecimento da racionalidade do consumidor e a conseqüente responsabilização desse sujeito por suas escolhas, desde que livres e conscientes; como conseqüência, a consideração dos direitos do consumidor como direitos disponíveis.
- d) A promoção da educação para o consumo como meio mais adequado de fomentar essa racionalidade e tornar o consumidor participante ativo do mercado.
- e) A participação positiva das associações de consumidores e dos órgãos públicos de proteção, especialmente do Ministério Público, no sentido de efetivar a tutela preventiva, em lugar da busca casuísta pela reparação de danos.
- f) Por fim, a ampla utilização da arbitragem nas relações de consumo, como forma de respeitar a autonomia do consumidor e, ao mesmo tempo, contribuir para “desafogar” o Poder Judiciário e alcançar um processo de resultados, capaz de efetivar o ideal de justiça característico do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALERMAN, Richard M. **The future of consumer law in the united states – hello arbitration, bye-bye courts, so-long consumer protection (revised)**. Disponível em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1015517](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015517)>. Acesso em 15/04/2008.

ALMEIDA, João Alberto de. **Processo arbitral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALPA, Guido. **Il diritto dei consumatori**. 2. ed. Roma: Laterza, 1996.

AMARAL, Luiz; PORTO, Walter Costa. **O cidadão e o consumidor**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1984.

ARISTÓTELES. **Obras Completas**. Madri: Aguilar, 1969.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Marta Britto de. O consumidor consciente: liberdade de escolha e segurança. **Revista de Direito do Consumidor**. V. 67, jul. – set. 2008.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BECHER, Shmuel I. Asymmetric Information in Consumer Contracts: The Challenge That Is Yet to be Met. **American Business Law Journal**. V. 45. Austin, 2007.

BECHER, Shmuel I.; Unger-Aviram, Esther. **Myth and Reality in Consumer Contracting Behavior**. Draft, April 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1117422>. Acesso em 04/12/2008.

BELMONTE, Cláudio. **Proteção contratual do Consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**. V. 628. Fev. 1988.

BETTI, Emílio. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. 2. ed. Trad. José Luiz de los Mozos. Madri: Revista de Derecho Privado, 1975.

BRENNAN, Carol; COPPACK, Martin. Consumer empowerment: global context, UK strategies and vulnerable consumers. **International Journal of Consumer Studies**. V. 32, n. 4. p. 306-313. Jul. 2008.

BUENO, Roberto (org). **Os limites da liberdade: estudos jurídicos e sociológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMPBELL, David; LEWIS, N. Douglas. **Promoting participation: law or politics?**. Londres: Cavendish Publishing, 1999.

CANCLINI, Néstor Garcia. **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização**. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARRAPICO, Joaquim (org.). **Educação para a Cidadania - Guia de Educação do Consumidor**. Lisboa: Ministério da Educação, 2006.

CAVALERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor** 35/97, jul. – set. 2000.

CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant**. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CÓDIGO DE HAMMURABI. Disponível em <http://www.culturabrasil.org/zip/hamurabi.pdf>. Acesso em 10/08/2008

COMTE-SPONVILLE, André. **O capitalismo é moral?** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CORDEIRO, A. Manuel Menezes. **Da Boa fé no Direito Civil**. Lisboa: Almedina, 1984.

CORDEIRO, A. Manuel Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. Parte Geral, Tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês**. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2000.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Consumidor e profissional: contraposição jurídica básica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DI MARZIO, Fabrizio (org.). **Il Nuovo Diritto dei Contratti**. Milão: Giuffrè, 2004.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: SAFE, 2006.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Desregulamentação e o controle do abuso de poder econômico: teoria e prática. **Revista de Economia Política**. V. 14, n. 3 (55). Jul. – set. 1994.

FERNANDES, Magda Mendonça. **O venire contra factum proprium: obrigação de contratar e de aceitar o contrato nulo.** Coimbra: Almedina, 2008.

FIUZA, César Augusto de Castro; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FIUZA, César Augusto de Castro; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de (org.). **Direito Civil: Atualidades.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIUZA, César Augusto de Castro. Para uma releitura do revisionismo contratual. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** V. 42, jul. – jun. 2004.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil - Curso Completo.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito.** 5. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

GILMORE, Grant. **The Death of Contract.** 2. ed. The Ohio State University Press, 1995.

GOLDRING, John. Consumer Law and Legal Theory: reflections of a common lawyer. **Journal of Consumer Policy** 13:113--132, 1990.

GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. **Revista de Direito do Consumidor** 5, jan. – mar. 1993.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HIRSCHMAN, Albert O. **De consumidor a cidadão: atividades privadas e participação na vida pública**. Trad. Marcelo M. Levy. São Paulo: Brasiliense, 1983.

IRTI, Natalino. **L'étá della decodificazione**. Milão: Giuffré, 1979.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Defensa del Consumidor: Ley 24.240**. Santa Fé: Rubinzal-Culzone Editores, 1993.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. T. I., V. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia do Livro, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (org.). **A idéia de justiça de Platão a Rawls**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MALAURIE, Philippe. Le droit civil français dès contracts à la fin du XXeme siècle. *In Mélanges Michel Cabrillac*. Paris: Dalloz-Litec, 1999, p. 187-203.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista dos Tribunais**, v. 51, jul. – set. 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção – as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa** 139/5-22.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MOURA JUNIOR, Flávio Paixão *et al* (org.). **Ministério Público e a Ordem Social Justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MURCHLAND, Bernard. **Humanism and Capitalism: a survey or thought on morality**. Washington: AEI, 1983.

NERY JR., Nelson. **Da proteção contratual - Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto (coord.). **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – Convergências e Assimetrias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V.III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. Discurso de agradecimento proferido por ocasião do título de Doutor *Honoris Causa* na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 24 de agosto de 1998. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. N. 6-7. Rio de Janeiro, 1999.

PINTO, Paulo Mota. **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade**. In Portugal-Brasil Ano 2000, *Studia Iuridica*. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. XV. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2006. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em 13 de outubro de 2008.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 4. ed. Boston: Little Brown, 1992.

REICH, Norbert. The Regulatory Crisis: American approaches in the light of European experiences. **American Bar Foundation Research Journal**, 1983:693.

REICH, Norbert. Diverse Approaches to Consumer Protection Philosophy. **Journal of Consumer Policy**, 14: 257-292, 1992.

RIEFFEL, Luis Reimer Rodrigues. **Um mundo feito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner**. Dissertação de Mestrado. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/8053/000566217.pdf?sequence=1>. Acesso em 15/10/2008.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SÁ, José Adônis Callou de Araújo. **Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHWARTZ, Barry. **O paradoxo da escolha: por que mais é menos**. Trad. Fernando Santos. São Paulo: A Girafa, 2007.

SHELLING, Friedrich Von. **Obras escolhidas**. Coleção *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, v. 8. jan.-mar. 1993.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. **O novo Código Civil e a Constituição**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **O direito do consumidor e a publicidade**. São Paulo: MP, 2008.

SOUZA, Miriam de Almeida. **A política legislativa do consumidor no direito comparado**. 2.ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.

SILVA, Paulo Márcio da. **Inquérito Civil e Ação Civil Pública: instrumentos da tutela coletiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação jurídica médico-paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm>. Acesso em 7/10/2008.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

TEPEDINO, Gustavo (coord). **Problemas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2v. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JR., Humberto. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **O Princípio Constitucional da Igualdade e o Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Trad.: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.