

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

SANDRO MANSUR GIBRAN

DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E
INSTRUMENTOS DE EFETIVA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR:
ATUAÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA

CURITIBA

2009

SANDRO MANSUR GIBRAN

**DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E
INSTRUMENTOS DE EFETIVA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR:
ATUAÇÃO JUDICIAL E ADMINISTRATIVA**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental, oferecido pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, sob a orientação do Professor Doutor Antônio Carlos Efig.

De acordo:

Professor Dr. Antônio Carlos Efig

CURITIBA

2009

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

Gibran, Sandro Mansur

G447d Desenvolvimento socioeconômico e instrumentos de
efetiva proteção do
2009 consumidor : atuação judicial e administrativa / Sandro
Mansur Gibran ;
orientador, Antônio Carlos Efig. – 2009.
126 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do
Paraná,
Curitiba, 2009
Bibliografia: f. 111-126

1. Defesa do consumidor – Legislação. 2. Indenização.
3. Função judicial. 4. Responsabilidade (Direito). I. Efig, Carlos
Antônio. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título

Doris 4. ed. –
341.272

RESUMO

Verificando a atuação do Estado mediante o exercício de suas funções jurisdicional e executiva, analisa-se a indenização e a sanção administrativa decorrentes dos abusos cometidos em face dos consumidores, e o atendimento da finalidade preventiva e didática desses meios como dever ao Poder Público, em cumprimento aos ditames da Política Nacional de Relações de Consumo, advinda pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor –, e pressuposto para a almejada Ordem Econômica, fundamentada no art. 170 da Constituição. O referencial de proteção da Lei nº 8.078/90 não é aquele individualista, singular, próprio das relações de Direito Civil, mas difuso, inerente às negociações e práticas comerciais do amplo mercado de consumo. Como não se podem precisar quantos são os potenciais adquirentes e usuários de produtos e de serviços que haverão de ser tutelados pelo Estado, depreende-se que somente é possível alcançar a efetiva proteção do consumidor por meio de ação preventiva e coibitória em relação aos maus fornecedores. É, portanto, mister rever as bases da responsabilidade civil regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, esclarecendo a sua extensão e potência, inclusive como medida preventiva de segurança. Destaque-se que a nova ordem processual e administrativa compatível com a Política Nacional de Relações de Consumo se projeta, entretanto, para além do interesse particular das partes envolvidas diretamente em algum litígio ou algum procedimento. A atuação do Estado, jurisdicional e administrativa, haverá de ser instrumento de pacificação social e tem caráter pedagógico: é o meio que o Estado haverá de utilizar para ensinar aos jurisdicionados e aos administrados o cumprimento do Direito.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Indenização. Sanção administrativa. Política nacional de relações de consumo. Fornecedor. Práticas abusivas. Ordem processual e administrativa. Proteção coletiva. Prevenção. Desenvolvimento socioeconômico.

RESUMEN

Verificando la actuación del Estado mediante el ejercicio de sus funciones jurisdiccional y ejecutiva, se analiza la indemnización y la sanción administrativa resultantes de los abusos cometidos contra los consumidores, y la atención de la finalidad preventiva y didáctica de esos medios como deber al Poder Público, en cumplimiento a los dictámenes de la Política Nacional de Relaciones de Consumo, advenida de la Ley n° 8.078, de 11 de setiembre de 1990 – Código de Defensa del Consumidor –, y presupuesto para el anhelado Orden Económico, fundamentado en el art. 170 de la Constitución. El referencial de protección de la Ley n° 8.078/90 no es aquél individualista, singular, propio de las relaciones de Derecho Civil, sino difuso, inherente a las negociaciones y prácticas comerciales del amplio mercado de consumo. Como no se pueden precisar cuántos son los potenciales adquirentes y usuarios de productos y de servicios que habrán de ser tutelados por el Estado, se desprende que solamente es posible alcanzar la efectiva protección del consumidor por medio de acción preventiva y cohibitoria respecto a los malos proveedores. Es por tanto menester revisar las bases de la responsabilidad civil regulada por el Código de Defensa del Consumidor, esclareciendo su extensión y potencia, incluso como medida preventiva de seguridad. Destáquese, no obstante, que el nuevo orden procesal y administrativo compatible con la Política Nacional de Relaciones de Consumo se proyecta hacia más allá del interés particular de las partes involucradas directamente en algún litigio o algún procedimiento. La actuación del Estado, jurisdiccional y administrativa, habrá de ser instrumento de pacificación social y tiene carácter pedagógico: es el medio que el Estado habrá de utilizar para enseñar a los jurisdicionados y a los administrados el cumplimiento del Derecho.

Palabras-clave: Derecho del consumidor. Indemnización. Sanción administrativa. Política nacional de relaciones de consumo. Proveedor. Prácticas abusivas. Orden procesal y administrativo. Protección colectiva. Prevención. Desarrollo socioeconómico.

ABSTRACT

Verifying the performance of the State by the exercise of its judicial and executive functions, we analyze the compensation and the administrative penalty resulting from abuses upon the consumers, and the service of preventive care and teaching of these means as a duty to the Government, in compliance with the precepts of the National Consumer Relations Policy arising out of Law No. 8.078, September 11, 1990 - called the Consumer Protection Code - and precondition for the desired Economic Order, based on the Constitution's art. 170. The framework for the protection of Law No. 8.078/90 is not the individualistic, unique characteristic of the relations of Civil Law, but diffuse, inherent to negotiation and business practices in the broad consumer market. Since one can not say how many are potential buyers and users of products and services which will be managed by the State, it appears that the effective consumer protection can only be achieved by means of a preventive and restraining action in relation to bad suppliers. It is, therefore, necessary to review the civil liability bases governed by the Consumer Protection Code, explaining its scope and power, even as a preventive security measure. It is noteworthy to notice that the new procedural and administrative order compatible to the National Policy for Consumer Relations is projected, however, beyond the parties' private interest directly involved in any litigation or some type of procedure. The State's action, judicial and administrative, will have to be an instrument of social peace and it has a pedagogical feature: it is the means by which the State will have to use to teach the jurisdictional and administrative to comply with the law.

Key-words: Consumer's rights. Compensation. Administrative sanction. National consumer relations policy. Supplier. Abusive practices. Administrative and procedural order. Collective protection. Prevention. Socioeconomic development.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A HUMANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	9
2.1 AS RELAÇÕES DE CONSUMO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .	11
2.2 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	16
3 A RESPONSABILIDADE CIVIL TENDO POR REFERÊNCIA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	19
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VÍCIO E RESPONSABILIDADE POR FATO.....	20
3.1.1 A responsabilização subjetiva	22
3.1.2 A responsabilização objetiva	24
3.1.3 A compatibilização da teoria do risco com as necessidades contemporâneas	25
3.2 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO EMPRESÁRIO E A LIBERDADE DE INICIATIVA.....	31
3.3 A ÉTICA E A BOA-FÉ NAS RELAÇÕES CIVIS E DE CONSUMO.....	40
3.3.1 O direito à indenização fundamentada em princípios éticos	45
3.3.2 Limites da indenização, da satisfação e da pena	48
4 A REGULAÇÃO DO ESTADO PARA A ORDEM ECONÔMICA	50
4.1 A ATUAÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO PARA A DEFESA DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIO DE ORDEM ECONÔMICA.....	55
4.2 A ATUAÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DE ORDEM ECONÔMICA.....	58
4.2.1 A proteção do concorrente como consumidor equiparado	59
4.3 A ATUAÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO E A COMPREENSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	65
5 A ATUAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	70
5.1 A ADEQUADA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	76
5.2 A ATUAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS.....	77
6 A TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS	81
6.1 DAS AÇÕES COLETIVAS.....	87

6.1.1 Foro competente.....	91
6.1.2 Das medidas de urgência e da produção da prova.....	92
6.1.3 Da coisa julgada.....	94
6.2 A EFETIVA PROTEÇÃO PROCESSUAL DO CONSUMIDOR.....	95
6.3 A ATUAÇÃO PREVENTIVA COMO EFETIVO ELEMENTO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR.....	96
6.4 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....	102
7 CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS.....	110
DOCUMENTOS CONSULTADOS.....	117

1 INTRODUÇÃO

Diante da premente necessidade de garantir mais segurança à sociedade, vítima de constantes afrontas à sua integridade física e moral, e do apelo de ordem pública de respeito à dignidade humana é que se propôs o estudo sobre os instrumentos de efetiva proteção do consumidor, analisando, a este fim, a atuação judicial e administrativa do Estado.

O art. 4º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor,¹ fundamenta a Política Nacional de Relações de Consumo e eleva à obrigação a prevenção aos acidentes de consumo, consoante o art. 6º, VI e VII da referida Lei, impondo que a sanção e a indenização arbitrada ao fornecedor ofensor aconteçam como eficiente e adequado incentivo ao desenvolvimento da técnica por parte do fabricante de produtos e do prestador de serviços.

De fato, uma das violências mais praticadas são os abusos decorrentes da atuação antiética e ilegal por parte dos fornecedores de produtos e serviços, não obstante a existência de efetivo instrumento preventivo – a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – se responsabilmente manejado.

Infelizmente, muitos dos princípios e garantias albergados pelo Código de Defesa do Consumidor vêm tendo suas capacidades de tutela reduzidas por desconhecimento dos aplicadores da Lei, que não poucas vezes os confundem com aqueles inerentes ao Direito Civil.

Diferenciar a boa-fé objetiva² daquela subjetiva³ bem evidencia a significativa contribuição do Código de Defesa do Consumidor à ordem jurídica nacional e justifica o porquê ser tão importante a devida interpretação sistemática da Lei nº 8.078/90: a boa-fé subjetiva, do Código de 1916, valorizava o indivíduo e o seu estado em determinada situação concreta. A boa-fé objetiva, por sua vez, passa a ser regra de conduta, necessariamente geral, com a superveniência do Código de 1990, e tem a sua aplicação visando à coletividade. Por esse motivo não se dissocia o princípio da boa-fé daquele da dimensão coletiva das relações de consumo.

¹ O art. 4º dessa Lei dispõe sobre a Política Nacional de Relações de Consumo, a qual “tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como da transparência e harmonia das relações de consumo”, garantias essas balizadas em princípios arrolados entre os incisos I e VIII do mesmo artigo.

² Exemplificando, os artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor.

³ Inerente à Lei nº 3.071, de 01/01/1916 - o antigo Código Civil brasileiro.

Em sendo positivado, por exemplo, no inciso IV do art. 51,⁴ o princípio da boa-fé tornou nula toda e qualquer cláusula contratual contrária a si, se “incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Não há mais que se falar, a partir de então, da tradicional excludente de responsabilidade pelo *dolus bonus*, ou seja, da tolerância àquelas condutas que, apesar de desprovidas de boa-fé, eram irretocáveis sob o prisma da legalidade:⁵ a contrariedade à boa-fé, a partir do Código de Defesa do Consumidor, significa contrariedade à lei.

A nulidade expressa no inciso IV do art. 51, vale ponderar, é aquela de pleno direito, que reduz significativamente a chance de anulabilidade do ato. A opção do legislador pela nulidade de pleno direito evidencia razão óbvia: enquanto as anulabilidades atendem os interesses privados e individualistas, o regime das nulidades é imperativo de ordem pública, da coletividade, e por esse motivo podem ser conhecidas de ofício e não se sujeitam aos prazos decadenciais etc.

A observância ao princípio da boa-fé não mais se limita, todavia, à realização de um contrato, propriamente dito, mas estende-se também às fases pré⁶ e pós-contratual.⁷ A inegável amplitude desse dever de tutela, de efetiva materialização do princípio da boa-fé nas relações de consumo, impôs e impõe a constituição de uma nova ordem processual, tanto jurisdicional quanto administrativa.

Essa nova ordem processual se projeta, entretanto, para além do interesse privado, particular, individualista, inerente apenas às partes envolvidas diretamente em algum litígio. O processo haverá de ser instrumento de pacificação social e tem caráter pedagógico – é o meio que o Estado haverá de utilizar para ensinar aos administrados e aos jurisdicionados o cumprimento do Direito.

A reparação dos danos potencialmente ou realmente causados ao consumidor, decorrente da prestação jurisdicional tal como atualmente manifestada, está em desacordo

⁴ Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

⁵ Veja-se o caso da publicidade enganosa de condicionador de ar, que se dizia “totalmente silencioso”: *Cônsul Air Master. O Condicionador de Ar que rompeu a barreira do som. Totalmente silencioso*. O pedido de indenização (no sentido de destinar o montante da condenação ao fundo de defesa dos bens lesados) foi julgado inteiramente procedente. O julgador desconsiderou os argumentos de defesa no sentido de que haveria, na publicidade, simples *dolus bonus*, ou mero “artifício criativo em nada prejudicial aos interesses da sociedade” (Sentença publicada na Revista de Direito do Consumidor. nº 10, abr./jun. 1994, p. 277-280).

⁶ A oferta de produtos e serviços deve observar, dentre outros, o princípio da boa-fé (art. 30 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor).

⁷ Conforme art. 32 do Código de Defesa do Consumidor: “Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único: Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei”.

com essa noção/exigência,⁸ explicitada no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, de implementação de uma política pública de defesa: a jurisprudência vem garantindo a satisfação, quando muito, do consumidor singular (ou de um grupo seletivo), mas não aquela em prol da coletividade, da grande massa de consumidores.

Igualmente nociva, no âmbito dos litígios decorrentes das relações de consumo, é a tantas vezes forçosa busca de conciliação dos litigantes em juízo. A homologação de muitos acordos legitima o locupletamento de fornecedores inidôneos:

É necessário que, com força, a questão moral, entendida como efetivo respeito à dignidade da vida de cada homem e, portanto, como superioridade deste valor em relação a qualquer razão política da organização da vida em comum, seja resposta ao centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça. (PERLINGIERI, 1997, p. 23)

O mesmo se diga da Administração Pública: seu controle e fiscalização são ainda inexpressivos diante de tantos e frequentes abusos cometidos pelos fornecedores da sociedade de consumo.

Uma vez que a dignidade humana, a integridade física e moral são direitos existenciais, pode-se afirmar que qualquer lesão a esses privilégios é de difícil (para não dizer impossível) reparação, sobretudo ao atentar-se que tais prejuízos atingem, de regra, um número ilimitado de pessoas.

Essa constatação denota que a proteção eficaz do consumidor só será alcançada quando da atuação preventiva do Estado,⁹ dispondo dos meios previstos com a superveniência da Lei nº 8.078/90, que, apesar de quase vintenários, são ainda mal utilizados.

Com este mister, no primeiro capítulo abordar-se-á a humanização das relações de consumo como oposição à noção patrimonialista e individualista, inerente ao Código Civil de 1916, que ainda vicia a interpretação que se deve aos princípios da Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor, destacando a dignidade da pessoa humana, sua integridade física e moral como valores indisponíveis e reguladores do convívio social.

Atento a essa realidade legal e sob sua referência, o segundo capítulo analisará o instituto da responsabilidade civil e, de modo mais específico, pelo Código de Defesa do Consumidor, a compreensão e as consequências de fato do produto e de fato do serviço ao modelo contemporâneo de sociedade.

É também objeto de estudo o princípio constitucional da liberdade de iniciativa e a

⁸ Fundamental e indisponível, nos termos do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor.

⁹ Conforme art. 6º, VI e VII do Código de Defesa do Consumidor.

sua compatibilidade com a responsabilidade social do empresário, cuja atuação, apesar da primordial finalidade de lucro, inerente ao Capitalismo, terá por escopo a ética e a boa-fé, eis que referenciais a todas as relações civis e de consumo, inclusive quando do arbitramento de indenizações advindas das práticas de mercado que não atendam a esses princípios.

O terceiro capítulo tratará do imprescindível dever de atuação regulatória do Estado na Ordem Econômica, destacando, dentre os princípios que fundamentam tal objetivo,¹⁰ tanto a defesa do consumidor como aquela atinente à proteção da concorrência. É ainda a partir deste cogente poder regulador do Estado que se desenvolve o seu dever de bem prestar serviço público e o que significa fazê-lo ante a superveniência das agências reguladoras, objeto de verificação do capítulo quarto.

Como finalidade, justificativa e preocupação de todo este estudo, o quinto capítulo dedicar-se-á à tutela dos interesses coletivos e difusos, inicialmente apresentando as ações coletivas e seus aspectos processuais, também sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

Por derradeiro, defender-se-á a atuação preventiva do Estado como efetivo meio de proteção dos interesses do consumidor, demonstrando-a viável na justa indenização e na eficiente imposição de sanções administrativas como medidas necessárias e inibitórias de incidentes de consumo e de abusos da equivocada noção de liberdade de iniciativa pelo fornecedor irresponsável.

2 A HUMANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

As intensas transformações da sociedade pós-revolução industrial refletiram-se substancialmente nas relações econômicas, políticas e sociais e contribuíram para a formação de um mercado de consumo que sujeita e expõe seus indivíduos aos efeitos da progressiva produção em série e às crescentes – e tantas vezes agressivas – atividades empresariais (TEIXEIRA, 2002).

Trata-se da sociedade de consumo, estimulada pela vultosa oferta de produtos e serviços, pela cara concessão de crédito e pela publicidade. O apelo de todos esses elementos, conjuntamente, justificou o desenvolvimento do Direito do Consumidor como uma disciplina

¹⁰ Constituição, art. 170.

jurídica autônoma, mas interdependente do ordenamento em que se insere e com qual se harmoniza.

Em uma análise perfunctória, poderia haver um convencimento de que o incentivo ao consumo, a partir dessas premissas, fosse garantia de progresso, de evolução, de expansão econômica, com sensíveis vantagens ao cidadão, à humanidade.

Sabe-se, contudo, que uma economia de mercado sem mecanismos jurídicos adequados, incapazes de equilibrar os desníveis e desigualdades existentes nas relações de consumo – entre fornecedores de produtos e serviços e consumidores –, inviabiliza a ordem de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.¹¹

A edição do Código de Defesa do Consumidor, por meio da Lei nº 8.078, aprovada em 11/09/1990, para entrada em vigor em 11/03/1991, vem em resposta ao modelo de produção massificado e padronizado, para humanizar o Direito, “mudando sua racionalidade patrimonialista para uma racionalidade baseada na dignidade da pessoa humana” de modo a “trabalhar com o homem *in concreto*, a partir do momento que reconhece a desigualdade e passa a tê-la como pressuposto em suas manifestações na busca da realização do bem-estar do cidadão” (EFING, 2005, p.16).

Pode-se então afirmar, segundo Efig, que “a proteção do consumidor representa, assim, uma quebra de paradigma, no sentido de que o Estado passa a reconhecer e a garantir direitos ao homem enquanto consumidor” (2005, p.16).

O fundamento dessa imposição ao Poder Público, aliás, é inicial e expressamente estabelecido pela Constituição como direito fundamental, nos termos do art. 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.¹² É a partir deste essencial *status* constitucional que se orienta toda a ordem jurídica para o reconhecimento da vulnerabilidade do sujeito que pode e adquire produtos e serviços, “não só enquanto consumidor, mas essencialmente enquanto ser humano”. (EFING, 2005, p. 21).

Nesse sentido, adequado à determinação constitucional, o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor esclarece que as normas compreendidas por este ordenamento são de ordem pública e de interesse social, “nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias”. Em outras palavras, tem-se, sobre essas bases, que as normas de proteção e defesa do consumidor são cogentes e, portanto, inderrogáveis e inafastáveis, e capazes de proporcionar transformação jurídica e

¹¹ *Caput* do art. 170 da Constituição.

¹² Outros artigos da Constituição também se manifestam em relação à tutela dos interesses dos consumidores: artigos 24, VIII; 150, § 5º; 170; 173, § 4º; 220, §3º, II e § 4º; 221.

social à população brasileira.

2.1 AS RELAÇÕES DE CONSUMO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A defesa do consumidor foi elevada ao *status* de direito fundamental pela Constituição de 1988, conforme o disposto no art. 5º, XXXII,¹³ essencial que é para manutenção da ordem econômica.¹⁴ No entanto, somente com a edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), é que se estabeleceram instrumentos viáveis à garantia constitucional de efetiva proteção. Deu-se aqui o rompimento da dogmática de supremacia da vontade inerente à liberdade de contratar (teoria tradicional das obrigações estabelecida com fulcro no Código Civil de 1916), quando se tratando de relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor se destina à “proteção e defesa do consumidor”,¹⁵ conceitua os sujeitos desta relação, bem como o que se entende por produto e serviço, como devem ser oferecidos ou prestados e suas repercussões. Pelo disposto no art. 170 da Constituição, a defesa do consumidor é também fundamento jurídico da ordem econômica, em outras palavras, o consumidor, objeto dessa proteção constitucional, é considerado agente econômico.

O *caput* do art. 2º do referido Código esclarece que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Se limitada a compreensão de consumidor à interpretação literal do transcrito, convence-se o hermenêuta de que a Lei nº 8.078/90 nada inovou quanto à tutela deste sujeito pelo que já havia do Código Civil de 1916.

No entanto, diferentemente do que ocorre nas relações de Direito Civil, quando se presume a paridade das partes envolvidas, para o Direito do Consumidor é inegável a desigualdade existente entre o fornecedor e o adquirente. Por esse reconhecimento é que cumpre ao Direito dispor de instrumental que viabilize o equilíbrio das obrigações e garantias de quem fabrica, oferece, vende e, principalmente, de quem necessita, contrata e compra os

¹³ Art. 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

¹⁴ Art. 170, V, da Constituição.

¹⁵ Art. 1º do Código de Defesa do Consumidor: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias.”

produtos e serviços disponibilizados ao mercado.

Apesar do expressamente disposto no *caput* do art. 2º, esclareça-se ser consumidor não apenas quem adquire ou utiliza o produto e o serviço senão também aquele que efetivamente os consome ou deles se vale. É o exemplo dos filhos menores que passeiam no automóvel da família ou alimentam-se dos produtos adquiridos por seus genitores e advindos de determinado supermercado ou restaurante (NUNES, 2005, p. 73).

Em que pese, da mesma forma, o termo “destinatário final” estar presente no dispositivo legal em comento, é mister bem compreender a sua abrangência, sobretudo em face da existência de duas teorias, bastante difundidas, que restringem indevidamente a tutela que se espera do Direito do Consumidor, a saber: a teoria finalista e a teoria do finalismo aprofundado.

Segundo Marques (2006, p. 302), para a primeira delas o conceito “destinatário final” está relacionado ao consumidor em si, o sujeito vulnerável da relação de consumo, consoante o princípio basilar disposto no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, para ser considerado consumidor e merecedor da tutela da Lei nº 8.078/90, o indivíduo não poderá utilizar o produto adquirido para o desenvolvimento de atividade profissional ou dele retirar qualquer proveito financeiro. Em outras palavras, é consumidor aquele que adquire um determinado bem e não o revende ou devolve os resultados eventualmente dele advindos ao mercado.

Com fundamento na teoria finalista, limita-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à proteção do adquirente de produto e serviço para uso próprio ou de sua família, ou àquele que compra ou contrata sem qualquer relação com a sua ocupação ou trabalho.

A justificativa para restringir a compreensão de consumidor à literalidade do *caput* do art. 2º da Lei nº 8.078/90, segundo os finalistas, é garantir efetiva proteção à parte mais fragilizada da relação de consumo e não permitir que esse instrumental de defesa seja aproveitado por empresários fornecedores, que devem sujeitar-se, apenas, de acordo com a teoria finalista, aos Códigos Civil e Comercial.

A teoria que elastece essa compreensão é a denominada maximalista, eis que estende o conceito à defesa dos interesses da coletividade consumidora, adequado ao mercado e às relações massificadas. Portanto, além do destinatário final, equipara-se a consumidor, de acordo com o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.078/90, “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Ao tratar da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, o art. 17 expande a compreensão para

equiparar “aos consumidores todas as vítimas do evento”. Por fim, amplia-se ainda mais o dever de tutela quando das práticas comerciais e da proteção contratual, reconhecendo como consumidores “todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”, conforme expresso no art. 29 da referida Lei.

Destaque-se, aliás, que a guarda das práticas comerciais e a proteção contratual que se espera são destinadas a um universo ilimitado de consumidores, pessoas naturais e jurídicas, empresários e não empresários.

Não é possível enumerar todos aqueles que estão sujeitos à publicidade. É este reconhecidamente um fenômeno eminentemente coletivo e com significativos reflexos sociológicos e comportamentais.

Também não se podem precisar quantos são e nem quem são aqueles diariamente contratados por adesão, até porque, dentre as principais características inerentes a esses contratos estão a generalidade, a uniformidade e a abstração. O contrato por adesão foi desenvolvido juntamente e em consequência da massificação das relações de consumo.

Diante da fundamentada justificativa maximalista e ante a superveniência da Lei nº 10.406, de 10/01/2002 – o novo Código Civil Brasileiro, Marques (2006), doutrinadora de grande expressão dentre os finalistas, admitiu a insuficiência desta teoria para então chamá-la de “finalismo aprofundado”. Para ela, a restrição da teoria finalista foi abrandada e moldada pela Jurisprudência, para beneficiar, também, desde que reconhecidamente vulnerável, um pequeno empresário ou profissional que tenha adquirido um produto diferente daqueles de sua *expertise*, daí se permitindo a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, mas por analogia.

A verdade é que a teoria finalista ou sua versão aprofundada não se sustenta e contraria o objetivo de ampla proteção da Política Nacional de Relações de Consumo, cujos princípios balizadores estão dispostos no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Se não bastasse, tampouco há que se falar em aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor para fundamentar um “finalismo aprofundado”, pois a extensão do conceito de consumidor “destinatário final” é direta e expressamente determinada pelo contido no parágrafo único do art. 2º e nos arts. 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Reitere-se que o *caput* do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor não é um conceito suficiente a delimitar a proteção que se deve ao consumidor: a tutela não depende da efetiva aquisição ou utilização de produto ou serviço e menos ainda de a pessoa jurídica ser economicamente inferiorizada em relação ao fornecedor, mas, sim, da equiparação do sujeito

à condição de consumidor, tal como dispõe o parágrafo único do referido artigo, assim também o art. 17 e o art. 29.

De fato, como a massificação é característica do Capitalismo, muito difícil, para não dizer impossível, determinar quantos foram os sujeitos que, de algum modo, nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, tenham intervindo nas relações de consumo. Por esse motivo é que tal artigo expressamente equipara consumidor à noção de coletividade de pessoas.

Antes da inovação trazida pela Lei nº 8.078 quanto à noção de tutela coletiva dos consumidores, somente o indivíduo prejudicado, de per si, poderia demandar juridicamente a respectiva reparação patrimonial com o fito de tentar sanar eventual prejuízo advindo de relação de consumo, eis que apenas ele reunia todas as condições para o regular exercício do direito de ação em face do mau fornecedor, quais sejam: a legitimação *ad causam*, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

A tutela da segurança nas relações de consumo é especialmente considerada pelo Código de Defesa do Consumidor. É evidente que a noção de segurança que a Lei estabelece é àquela legitimamente esperada. Naturalmente não se trata de uma segurança absoluta, hermética. No mercado de consumo existem produtos que são naturalmente perigosos, ou nocivos à saúde. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor não proíbe que eles estejam à disposição dos consumidores.

A segurança almejada pela Lei é a de proteção à integridade física do utilizador do produto ou serviço, e da mesma forma, a proteção de seu patrimônio, evitando-se custos desnecessários.

O produto e o serviço têm segurança quando não manifestam elemento defeituoso que venha a causar prejuízos.

Convém distinguir que existem produtos ou serviços defeituosos, sem, contudo, serem inseguros. Por exemplo, uma roupa pode apresentar alguma deformidade de *design*, sem trazer riscos à saúde. Por outro lado, existem produtos ou serviços com deficiência que podem causar sérios prejuízos: um medicamento com data de validade vencida que continua exposto à venda, ou um portão que é fixado irregularmente e cai ferindo um transeunte.

Em consonância com o art. 12, a responsabilidade extracontratual pelo dano baseia-se na falta de segurança esperada.

A sistemática do Código de Defesa do Consumidor, relativamente à obrigação de indenizar do fornecedor tem sedimentação na existência do defeito, no dano gerado e no nexo

causal entre o defeito do produto ou serviço e o ato lesivo.

Pelo disposto no art. 17, o Código de Defesa do Consumidor protege todas as pessoas que forem prejudicadas a partir de uma relação de consumo. O fundamento da indenização está no disposto no inciso VI do art. 6º: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Assim, da mesma forma, qualquer pessoa física ou jurídica que sofra danos em virtude de fato do produto ou do serviço, sem que possa se enquadrar na condição de usuário final ou adquirente final, está, automaticamente equiparado a consumidor e, apta, portanto, para pleitear indenização com base na responsabilidade independente de culpa do fornecedor. (ALVIM et al., 1995, p. 50).¹⁶

Consoante anteriormente dito, o fornecedor é responsabilizado pelo produto ou serviço que coloca em mercado, se estes apresentarem defeito potencial ou real, e causar dano. A circulação defeituosa do produto, conjuntamente com o ato prejudicial, é o que caracteriza o dever de indenizar. Destaque-se que o ressarcimento não encontra apoio legal na singela conduta deficiente de quem fornece o produto ou serviço, mas, tão somente, na imperfeição produzida capaz de gerar prejuízo.

A noção de defeito do Código de Defesa do Consumidor tem estreita ligação com a ideia de segurança do produto.

Pelo que se depreende, pois, fato do produto e serviço significa dano causado por defeito apto a redundar em responsabilidade do fornecedor, sendo que beneficiados são todos os que suportarem os danos, todas aquelas vítimas do evento danoso.

Finalmente, estabelece o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor que “para fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Ao dispor sobre o Capítulo V, que trata “das Práticas Comerciais”, e Capítulo VI, denominado “Da Proteção Contratual”, destacando no primeiro caso a oferta e a publicidade, no segundo as cláusulas abusivas e o contrato de adesão, o Código estende a proteção a todas aquelas pessoas sujeitas ao *marketing* e demais estratégias mercadológicas dos fornecedores, independentemente de terem ou não adquirido ou utilizado o produto ou serviço.

Diante dessas ponderações, depreende-se que a defesa do interesse coletivo é a essência do Direito do Consumidor. Tanto é verdadeira essa afirmação que os diversos

¹⁶ Pelo que consta, o art. 17 permitiria que as empresas de revenda de produtos e aquelas de transformação industrial passassem a ser tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda que não enquadradas como adquirentes ou usuárias finais de produto ou serviço.

conceitos que integram a Lei nº 8.078/90 são diretamente relacionados à noção de coletividade de pessoas, a começar pela compreensão de quem é consumidor, segundo anteriormente comentado.

Pela definição de fornecedor constante no *caput* do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor,¹⁷ tem-se também que o legislador primou por uma responsabilidade que garantisse a proteção de interesses difusos, da coletividade, haja vista as atividades ali descritas (que dizem respeito, não exaustivamente, ao fornecedor) decorrerem, em geral, da circulação de riquezas por meio da produção em larga escala, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização ou prestação de serviços etc., fazeres todos inerentes ao amplo mercado de consumo atual, muito diferente daquele então regulado pelo Direito Civil de 1916, subjetivo, contratual, que envolvia um consumidor específico, efetivamente (não potencialmente) lesado, e um comerciante.

Essa larga tutela dos direitos do consumidor não pode ser diferente: desde sempre um grande número dos usuários de bens e serviços disponíveis em mercado não era e não é, necessariamente, parte contratante,¹⁸ ou seja, não participava e não participa diretamente do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços. Há de se levar em conta, também, que o direito à integridade física e moral de um consumidor, nessa Política Nacional de Relações de Consumo, é valor existencial, imensurável e universal.

2.2 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Pelo que determina o art. 175 da Constituição,¹⁹ cumpre ao Poder Público manter adequados os serviços públicos por ele prestados, tanto diretamente quando sob regime de

¹⁷ Art. 3º, *caput*: “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”.

¹⁸ Apenas para exemplificar a afirmação, independentemente de quem tenha adquirido o automóvel e firmado o contrato de compra e venda junto à concessionária, é justo imaginar que os demais usuários do veículo (outros membros da família, amigos, motorista, um transeunte etc.) sejam, também, considerados consumidores. Essa garantia ou reconhecimento da extensão do conceito de consumidor sobreveio, apenas, segundo anteriormente esclarecido, com a edição da Lei nº 8.078/90 - o Código de Defesa do Consumidor - que, em seu art. 17, amplia o seu campo de aplicação às vítimas do evento danoso.

¹⁹ Art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único - A lei disporá sobre: (...) V - a obrigação de manter o serviço adequado.”

concessão ou permissão, sempre por meio de licitação.

Com a superveniência da Lei nº 8.078/90, essa obrigação constitucionalmente imposta ao Poder Público é intensificada e viabilizada porque o cidadão passou a ser reconhecido como consumidor de serviços públicos, condição que possibilita a ele os mesmos direitos e garantias estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

De fato, segundo o disposto no art. 6º do referido Código,²⁰ a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral é direito básico do consumidor. A esse respeito, Nunes (2005, p.137) assevera que “o serviço tem que ser realmente eficiente; tem que cumprir sua finalidade na realidade concreta”. Acrescenta, ainda, que “o significado de eficiência remete ao resultado: é eficiente aquilo que funciona”. Em outras palavras, “o indivíduo recebe serviço público eficiente quando a necessidade para a qual ele foi criado é suprida concretamente” (NUNES, 2004, p. 101).

Esse anseio de proteção é instrumentalizado no Código de Defesa do Consumidor por meio do desenvolvimento de uma Política Nacional de Relações de Consumo, cujos postulados, previstos em seu art. 4º, orientam-se para o “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

É a promoção de uma política pública²¹ que tem a finalidade precípua de estabelecer o equilíbrio das partes envolvidas na relação de consumo pelo aporte de princípios éticos orientadores a todos os agentes de mercado. Pretende-se definir ao Estado os “parâmetros que devem balizar todo e qualquer ato do governo, seja no âmbito legislativo, executivo ou judiciário, quanto ao tratamento das relações de consumo” (EFING, 2004, p. 91). Portanto, determina o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor que tanto o Estado, enquanto gestor, legislador e juiz, quanto a iniciativa privada deverão de atender as necessidades dos consumidores, tendo como referencial a dignidade da pessoa humana.

Para o cumprimento desse mister, os serviços prestados direta ou indiretamente pelo

²⁰ Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: (...) X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

²¹ O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 5º, estabelece os instrumentos para a execução da política nacional das relações de consumo, quais sejam: manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

Estado serão racionalizados e melhorados, consoante princípio previsto no art. 4º, VII, do Código de Defesa do Consumidor.

Se não bastasse, também o *caput* art. 22 do Código de Defesa do Consumidor impõe aos órgãos públicos, por si ou por suas empresas, concessionárias, permissionárias ou de qualquer outro revestimento empresarial, a obrigação de oferecer serviços adequados, eficientes, seguros²² e, quanto aos serviços essenciais, contínuos.

Em comentário aduzido em relação a esse artigo, Nunes (2005, p. 304-305) complementa: “a existência do art. 22, por si só, é de fundamental importância para impedir que os prestadores de serviços públicos pudessem construir ‘teorias’ para tentar dizer que não estariam submetidos às normas do CDC”. Assevera, ainda, que essa disposição da norma em questão decorre do princípio constitucional da eficiência, fulcrado no *caput* do art. 37 da Constituição.

O parágrafo único do art. 22, por sua vez, esclarece que no caso de descumprimento total ou parcial das obrigações de serviços adequados, eficientes e seguros, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos porventura causados aos consumidores.

É certo que a tratativa da responsabilidade da Administração enquanto fornecedora de serviço público era da seara apenas do Direito Administrativo.

Pelo expressamente disposto nos artigos em comento, é literal o advento, ante a superveniência da Lei nº 8.078/90, de uma perspectiva de vanguarda ao instituto da responsabilização civil, por meio da qual se açambarcaram às relações do consumo os serviços públicos, submetendo os seus prestadores (Poder Público ou particulares delegados) à disciplina do Direito do Consumidor.

Na opinião de Cazzaniga,

isso implica dizer que diversos conceitos a respeito do assunto responsabilidade do Estado, que até então eram aceitos como verdades absolutas, passam a ser questionados, visando sua atualização, ou melhor, sua adequação, perante os novos rumos tomados pelo Direito, com a importância conferida aos chamados direitos coletivos e difusos. (1994, p. 144).

Note-se que a Política Nacional de Relações de Consumo, determinada e viabilizada pela edição do Código de Defesa do Consumidor, objetiva a ampla e irrestrita proteção de todos os interesses dos consumidores, tanto daqueles materiais quanto imateriais, sendo indubitável que a dignidade da pessoa é bem existencial e, por conseguinte, inestimável.

²² Segundo Cazzaniga (1994, p. 155) isso “significa que os consumidores não serão expostos a riscos anormais ou imprevisíveis, inclusive os decorrentes de informações inadequadas a seu respeito”.

A Constituição da República Federativa do Brasil confere à indenização extrapatrimonial o *status* de direito e garantia fundamental ao positivá-la em seu art. 5º, incisos V e X, o dever de tutela da moral, da honra e da imagem da pessoa.

Não obstante essa valiosa e tardia conquista, a indisponibilidade deste bem essencial à integridade humana é relegada na medida em que, por ser extrapatrimonial, não permite sua quantificação em padrões matemáticos ou contábeis (SANTOS, 2001, p. 166).

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL TENDO POR REFERÊNCIA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Lei nº 10.406, de 10/01/2002, ao instituir o novo Código Civil brasileiro, inicia a parte geral tratando da personalidade, da capacidade e dos direitos da personalidade, destacando, desse modo, pela técnica legislativa, a valorização da pessoa humana para o Direito Civil.

Pelo disposto em seu art. 1º, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Sob essa base depreende-se que a pessoa humana é sujeito de direito universal, compatibilizando a Lei nº 10.406/2002 à Constituição, cujo art. 1º, inciso III, eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil.

Uma vez que os direitos de personalidade estão destacados e priorizados como base geral do Código Civil brasileiro e que a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, tem-se que a integridade humana é essencial para a compreensão do Direito Civil e aplicação dos seus concernentes institutos.

Especificamente quanto à responsabilidade civil, é mister destacar o art. 186 do Código Civil que esclarece o que se entende por ato ilícito: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Muito embora o ato ilícito e, conseqüentemente, a responsabilidade subjetiva integrem a parte geral do Código Civil, o parágrafo único do art. 927, por sua ordem, erigiu a responsabilidade com base no risco, independentemente de culpa, como outro fundamento para a responsabilização civil, ou seja, para a obrigação de indenizar.²³

²³ Consoante o *caput* do art. 927, do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Seu parágrafo único acrescenta: “Haverá obrigação de reparar o dano,

Verifica-se, então, que o Código Civil positivou dois diferentes modelos de responsabilidade: aquele por ato ilícito (já reconhecido pela Lei nº 3.071, de 01/01/1916 – o Código Civil de 1916) e aquele que se caracteriza independentemente de culpa do agente (comumente chamada de responsabilidade objetiva).

Destaque-se que a Lei nº 8.078, de 11/09/1990 – o Código de Defesa do Consumidor – foi precursora ao determinar e reconhecer, em seus arts. 12 e 14,²⁴ a responsabilização objetiva dos fornecedores de produtos e serviços, como regra geral aos fatos geradores de prejuízo à dignidade dos consumidores.

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VÍCIO E RESPONSABILIDADE POR FATO

O Código de Defesa do Consumidor estabelece duas possíveis causas de responsabilização civil do fornecedor de produtos e serviços defeituosos: aquela decorrente do fato, regulada no capítulo IV, seção II, arts. 12 a 17; e aquela que decorre do vício, segundo o previsto no capítulo IV, seção III, arts. 18 a 25. A diferença entre uma e outra causa de responsabilização é verificada a partir do dano, em si. A depender das repercussões danosas, um ou outro regime próprio da Lei nº 8.078/90 será aplicado.

O regime consumerista inerente à responsabilização por vício aparente do produto e do serviço é muito semelhante àquele do Código Civil, quando trata dos vícios redibitórios. É a tutela das questões de qualidade (e quantidade, no caso de produtos) que tornem o que foi mal fabricado ou mal prestado inadequado para o fim a que se destina, ou diminua-lhe o valor.

Note-se que, neste caso, o que se coíbe é a imprestabilidade do bem, seja produto ou serviço. Verificado o vício, o consumidor tem legítimo interesse para requerer as alternativas taxativamente a ele oferecidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

²⁴ Conforme o *caput* do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

Por sua vez, dispõe o *caput* do art. 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Pelo disposto nos arts. 18 e 20,²⁵ constatado situação de vício do produto ou do serviço, o consumidor poderá exigir que o fornecedor resolva o problema no prazo de até trinta dias, prorrogável por convenção das partes envolvidas na relação. Não sanado o vício, o consumidor poderá exigir, “alternativamente e à sua escolha”, a substituição do bem; a restituição da quantia paga (mediante a devolução do produto ou para contratar outro que refaça o serviço de modo adequado); ou o abatimento do preço pago ou a pagar ao fornecedor, permanecendo o consumidor com o produto viciado ou com o serviço insuficiente.

Desse modo, a proteção por vício do produto e do serviço visa à tutela de caráter econômico do consumidor, que pretende usufruir o bem de acordo com as legítimas expectativas geradas desde a sua aquisição, como garantia de adequação do produto e do serviço às suas respectivas e prometidas finalidades.

A responsabilidade por fato do produto e do serviço, por sua vez, é regime de proteção do indivíduo em si, estendido a todas as demais “vítimas do evento” que tenham sido prejudicadas pelo fornecedor de produto e serviço.²⁶ Nesse sentido, os arts. 12 e 14 do Código

²⁵ Art. 18: “Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. § 1º - Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. § 2º - Poderão as partes convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a 7 (sete) nem superior a 180 (cento e oitenta) dias. Nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor. § 3º - O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. § 4º - Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo. § 5º - No caso de fornecimento de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor. § 6º - São impróprios ao uso e consumo: I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam”.

Art. 20: “O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. § 1º - A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor. § 2º - São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam às normas regulamentares de prestabilidade”.

²⁶ Pelo que preconiza o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, todos aqueles que sejam vítimas do fato do

de Defesa do Consumidor²⁷ autorizam o pedido de reparação de danos aos consumidores prejudicados, ou a eles equiparados, por defeitos do produto e do serviço, definindo o que se entende por defeito nos parágrafos primeiros de cada um dos referidos artigos: o produto – ou serviço – é defeituoso quando não oferece – ou fornece – a segurança que dele legitimamente se deve esperar.

Em outras palavras, a responsabilidade por fato é proveniente apenas dos casos de efetivos danos decorrentes da relação de consumo, causados aos indivíduos em razão de defeitos, ou seja, de falhas ou anomalias do produto e do serviço que os tornem inseguros ao consumo.

Consequentemente, o defeito é necessariamente um vício, mas agravado pela existência de risco à segurança da pessoa. Quando esse vício inseguro causa dano, seja de ordem material ou moral, aplica-se o regime da responsabilidade por fato do produto ou do serviço. Se não há repercussões no âmbito da segurança que se espera ao consumidor, o regime a ser aplicado é aquele inerente à responsabilidade por vício do produto e do serviço.

Portanto, toda anomalia do produto ou do serviço é vício, independentemente de haver comprometimento ou não à segurança da pessoa. Se, contudo, houver falha de segurança da qual decorre dano, haverá fato do produto e do serviço (o chamado acidente de consumo). Se houver dano que não seja consequência de defeito (do comprometimento de segurança pessoal) ou mero vício sem repercussão danosa, aplica-se o regime de responsabilidade regulado pelo Código de Defesa do Consumidor entre os arts. 18 e 25.

produto e do serviço são equiparados a consumidores, para fins de tutela da Lei nº 8.078/1990.

²⁷ Art. 12: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Art. 14: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

Quando se tratar de risco do desenvolvimento, inerente à utilização de produtos e serviços, por sua natureza, perigosos, verificar-se-á o regime de responsabilidade decorrente do fato do produto, tal como disposto no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.1 A responsabilização subjetiva

A responsabilidade subjetiva, estabelecida no art. 186 do Código Civil, define-se a partir da conduta ativa ou omissiva. Quando decorrente de ação, cumpre ao Direito compreendê-la, interpretá-la e valorá-la, objetivamente. Destaque-se que o ato ilícito, a violação de direito ou o dano causado não advêm de fato natural. Parte-se do pressuposto de que o agente manifestou vontade do ato prejudicial a outrem.

Qualificar uma atitude como ilícita significa atestar que a orientação desse ato não atendeu a um dever. A condenação que advém de um modelo de ato ilícito é decorrente de um julgamento centrado na conduta humana relacionada a um determinado ordenamento. Explica-se, então, o fundamento da compreensão mais comum e usual, pela doutrina, de que o ilícito é o ato contrário ao Direito.

O ilícito pressupõe, necessariamente, uma atitude e a sua valoração é estabelecida com referência nos comportamentos, nas condutas humanas. Não que os acontecimentos naturais sejam irrelevantes ao Direito: ocorre que o juízo de licitude depende de um ato voluntário ou de um acontecimento dirigido e orientado pela vontade em referência às obrigações positivadas em uma ordem jurídica.

A constatação de um ato ilícito, pelo disposto no art. 186 do Código Civil, comporta a análise de culpabilidade do sujeito, ou seja, verifica-se o modo de agir do autor que não acontece de acordo com o Direito, não obstante a opção de poder fazê-lo. Portanto, por culpabilidade se entende o juízo de reprovação de alguém, dotado de consciência e de capacidade, que poderia ter conduta correta e não o teve.

Frise-se que, quando aplicada sanção de cunho repressivo fulcrada no art. 186 do Código Civil, ainda que a indenização seja determinada a partir do juízo de reprovação da resolução de vontade, mesmo sendo imprudente ou negligente, a extensão da condenação, de praxe, é aferida exclusivamente tendo o dano como parâmetro.²⁸

²⁸ De acordo com o art. 944, *caput*, do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Seu parágrafo único acrescenta: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o

De fato, o juízo de culpabilidade de um ilícito civil costuma ser menos incisivo que aquele do crime, da seara do Direito Penal. Uma vez que não se trata de condenação criminal mas de ressarcimento de um dano causado, a avaliação da culpabilidade é da essência do ilícito, muito embora a regra seja a de que a indenização não se gradua de acordo com a reprovação. É suficiente que se configure a existência de qualquer culpabilidade para que se compreenda o dever de reparar o prejuízo em sua integralidade.

A análise de culpabilidade é o fundamento individualizador e delimitador da sanção. É o critério que personaliza a sanção, pressupondo, para tanto, a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa (e lícita).

É, também, pela gravidade da culpa que se dosará a sanção. Repita-se que tal função, para o Direito Civil, é menos relevante diante do interesse de ressarcimento que deverá ser equivalente ao dano. A culpabilidade, então, é referência para atenuar equitativamente a indenização quando de flagrante desconformidade entre a culpa e o dano.²⁹

A partir do convencimento de um sentido transcendente e, ao mesmo tempo, obrigatório do modo como se deve viver é que se forma a noção de culpabilidade, de direito e de justiça. A liberdade, assim, está condicionada à capacidade humana de se orientar de acordo com os critérios do que é correto, devido, justo e ético; ou em conformidade com um senso comum que lhe estabeleça os direitos, as obrigações e os parâmetros de conduta. A opção pelo correto, devido, justo ou não é que determinará o estado de liberdade ou culpabilidade de alguém. Quando objetivamente fixados os critérios do que é devido e do que é correto, possibilita-se ao ser humano, por sua própria vontade, cumprir ou não o determinado.

Configura-se a culpabilidade pela não observação do que é devido, independentemente de existirem condições para fazê-lo. A vontade pelo culpável é uma vontade não-livre e geradora da obrigação, para o Direito Civil, de indenizar.

É por meio do juízo de culpabilidade que a responsabilidade subjetiva, tratada no art. 186 do Código Civil, está fulcrada, de forma concreta, no princípio da dignidade da pessoa humana. Sob essa base é que se garante só haver responsabilização quando o autor é consciente e capaz de livre manifestação de vontade e assim dirige os seus atos para descumprimento do que é justo, devido e correto para com outrem. É o grau da culpa e de

juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

²⁹ Consoante o art. 945, do Código Civil: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

reprovação que permitirá a fixação dos limites do sancionamento. A noção do culpável estabelece o nexo entre a capacidade de entendimento e de livre manifestação de vontade com a obrigação judicialmente recebida a título de sanção.

3.1.2 A responsabilização objetiva

Consoante anteriormente mencionado, há quase vinte anos o Código de Defesa do Consumidor inovou a prática da responsabilidade civil nas relações que eram até então reguladas pelo Código Civil (na época, pelo de 1916): quando as atividades de comércio e contratos estabelecidos fossem reconhecidos como da seara da Lei nº 8.078/90 – do Código de Defesa do Consumidor –, a responsabilização dos fornecedores, por prejuízos causados ao consumidor, aconteceria independentemente da existência de culpa deles, nos termos dos arts. 12 e 14 da referida Lei. O Direito finalmente admitia a vulnerabilidade do consumidor frente àquele profissionalmente habituado à disponibilização dos produtos e serviços em mercado, responsabilizando-o por aquilo que não fosse adequado à dignidade do adquirente, ainda que potencialmente, sob o pressuposto de que devem – os fornecedores – deter a boa técnica e conhecer a segurança daquilo que oferecem.

O Código Civil de 2002, por sua vez, manteve o modelo da responsabilidade subjetiva difundido pelo Código de 1916 (nos termos do art. 186) e incorporou a teoria do risco como origem do dever de reparar o dano. É o que se observa diretamente do disposto no parágrafo único do art. 927, antes transcrito. Outros artigos do Código Civil também apontam que a responsabilização transcendeu a conduta própria, subjetiva e específica do autor, como se verifica, a título de exemplo, nos arts. 928, 931 e 932.³⁰

³⁰ Art. 928: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Art. 931: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

Art. 932: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”.

3.1.3 A compatibilização da teoria do risco com as necessidades contemporâneas

Foi a partir do século XIX, pelo Capitalismo, com a concentração do poder econômico em cartéis e monopólios, com a expansão das grandes corporações de capital, que as relações de consumo começaram a apresentar relevância para o Estado e considerável reflexo em todos os aspectos da vida humana.

Essas novas demandas sociais ampliaram o universo das necessidades a serem satisfeitas pelo Poder Público. Tornaram-se imprescindíveis garantias que permitissem destacar o ser humano da equiparação de elemento da atividade empresarial que o massificava, automatizava e coisificava, situações todas a que foi submetido, típicas e advindas de um liberalismo desenfreado.

Estabeleciavam-se, então, por meio dessa exaltação, os denominados direitos sociais e econômicos.

Para o operariado e classes menos favorecidas, o Estado firmou sua ordem econômica orientando o direito de propriedade, os direitos trabalhistas, previdenciários e educacionais. A realidade pós-Segunda Grande Guerra impôs ao Estado a recuperação dos olvidados direitos fundamentais.

Como nova ordem mundial, sobrevêm as soberanias de tutela à integridade física e moral da humanidade, representadas, entre outras, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, ambas de 1948; pelas Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos, de 1949; pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950; e pela Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972.

Destaque-se que a proteção universal almejada não se limitava ao belicismo, mas expandia-se à cultura, à ciência, ao meio ambiente, abrangendo a deferência às gerações futuras e, portanto, aos sujeitos indeterminados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 evoca toda essa dimensão, positivando direitos de efetiva proteção à dignidade da pessoa humana como a garantia de educação, cultura, desporto, ciência, tecnologia, comunicação social e meio ambiente.

Esse contexto (ou contextos) do tumultuado século XX e a complexa exigência de tutela e garantia de direitos fundamentais ao Estado repercutem, como não poderia deixar de ser, nos institutos jurídicos do Direito Civil. O modelo que responsabilizava subjetivamente,

por ato ilícito, o fabricante, os comerciantes etc. mostrou-se insuficiente para resguardar os interesses dos consumidores. Justificou-se, por tal constatação, o desenvolvimento do modo como o Direito Privado protegia as relações de consumo para responsabilizar, objetivamente, o fornecedor de produtos e de serviços atuante em mercado.

Além das razões históricas e sociais, o instituto da responsabilidade objetiva teria seu cabimento na pretensão de se atribuir o dano àquele que se beneficiou do empreendimento, como risco do negócio, em evidente fundamento no princípio da justiça distributiva. Sob essa perspectiva, quem explora, em interesse próprio, uma atividade econômica qualquer deve se responsabilizar pelas consequências, porventura nocivas (e não, necessariamente, ilegais) do seu empreendimento.

Em outras palavras, as perdas e os danos decorrentes de incidentes advindos da exploração de determinada atividade devem ser considerados custos do empreendimento, independentemente de quem seja o prejudicado dessa relação. Destaque-se que os custos dos danos, sob análise contábil do balanço de produtividade, não devem ser falseados ou repassados aos terceiros prejudicados. Mostra-se, pois, correto que tanto quanto a lucratividade seja também o prejuízo repassado e suportado pelo empreendedor/empresário.

Fundamenta-se, da mesma forma, a responsabilização objetiva no intuito de prevenirem-se os danos. De fato, o risco de condenação independentemente de culpa estimula o empresário³¹ a envidar todos os cuidados para evitar os prejuízos inerentes à sua atividade, tomando mais precauções, sendo mais diligente e preocupado com a qualidade, segurança e adequação dos produtos e serviços, o que se traduz, como cediço, em vantagem e economia ao próprio empreendedor.

Por fim, o instituto da responsabilidade objetiva está assentado no princípio da equidade, que obrigou, aliás, já no século XIX, a revisão dos critérios de indenização dos acidentes de trabalho. As transformações sociais determinadas pela Revolução Industrial revelaram a insuficiência da responsabilidade por culpa para amparar o crescente número de vítimas mortas e mutiladas por maquinário operacional.

Veja-se o que Perelman (2000, p.165) elucida, neste sentido:

Eis alguns exemplos que permitem compreender melhor como o juiz não se contenta em aplicar a regra da justiça, mas se serve de seu poder de interpretação e de apreciação para que suas decisões se conformem ao seu senso de equidade. Outro eminente exemplo de trabalho criativo, em matéria jurisprudencial, é fornecido pelas sucessivas interpretações do art. 1382 do Código de Napoleão, que se contenta em afirmar que 'todo e qualquer ato do homem que causa a outrem um dano obriga

³¹ Aqui entendido como todos os agentes fornecedores de produtos e de serviços.

aquele por, cuja culpa ele ocorreu, a repará-lo'. Através de sucessivas interpretações, a jurisprudência belga e francesa pôde estender e até transformar o sentido dos termos 'causa' e culpa de modo que se imputasse a responsabilidade de um dano não só àquele que cometeu um erro, mas também àquele que deu origem a um risco.

Se não por essa extensiva interpretação do art. 1382 do Código de Napoleão, todos aqueles trabalhadores lesados não seriam indenizados, uma vez que não se poderia atribuir culpa a um equipamento de trabalho, ante a ausência de qualquer aspecto subjetivo. Sem embargo, constatada a incapacidade do positivismo para regular a inovadora e complexa atuação humana (e seus efeitos, muitas vezes, trágicos), amplia-se o âmbito de responsabilização para obrigar inclusive aquele que se aproveitava dos benefícios de uma determinada atividade empresarial ou que voluntariamente empreendia em riscos anormais, para que respondesse por suas consequências mesmo quando imprevisíveis.

Tanto o risco do empresário, empregador e fabricante, quanto a garantia de ambiente de trabalho adequado ao operariado e a disponibilização de bons produtos e serviços aos consumidores são reconhecidos pelo Direito para viabilizar uma equânime distribuição dos custos dessas exigências entre todos estes sujeitos e, também, em relação à coletividade.

Nesses parâmetros, tem-se que ser responsável não é controlar a própria conduta senão assumir as consequências sociais que dela decorrem ou sucederão.

Não se condena o empresário que disponibilizou produtos defeituosos em mercado, quando não existiam meios para se ter ciência da imperfeição, mas se lhe atribuem os efeitos porventura negativos que possam advir. Sabe-se que o risco é sempre inerente à atividade do fornecedor de produtos e serviços, inclusive porque muitos desses são perigosos, por sua própria natureza (medicamentos, combustíveis, energia elétrica, explosivos etc.) e, paradoxalmente, não deixarão de ser disponibilizados ao mercado por serem igualmente essenciais ao bem-estar da sociedade.

É função do Direito, então, balizar a atividade empresarial para minimizar esses riscos e, na hipótese de serem inevitáveis, obrigar o empreendedor a suportar as consequências na medida em que ele, por sua atividade temerária, auferir ou pode auferir benefícios econômicos.

Ocorre que esse modo de responsabilização repercute na forma e na despesa da atividade e sua distribuição, uma vez que impõe ao empresário, em função do risco de condenações indenizatórias, ser mais cauteloso e proativo, abarcando todos os demais envolvidos da relação de produção e consumo, inclusive os consumidores, por meio da transferência de custos aos preços dos bens e serviços.

O direito à indenização, que tem por pressuposto a configuração de um ato ilícito e, portanto, a caracterização da responsabilidade subjetiva, depende, necessariamente, da análise da conduta humana. Esse critério não permite verificar, com segurança, a intenção do causador, se ele poderia evitar ou não o fato danoso, ou afastá-lo.

A responsabilização objetiva, por sua vez, não se subordina à comprovação de culpa ou de previsibilidade do dano, pois é imposta àquele que, voluntariamente, ao oferecer produtos e serviços, deu margem ao risco e, por estar em posição de vantagem (científica, tecnológica, econômica etc.), tem o dever de evitar todos os prejuízos que advenham dessa atividade. Diferentemente da subjetiva, a responsabilidade objetiva está focada nos resultados.

Almeja-se, então, a proteção àqueles prejudicados que estejam em uma posição de inferioridade em relação a quem deu causa ao dano. Em se tratando de relações de consumo, a presunção de vulnerabilidade do consumidor é incontestável e reconhecida como princípio fundamentado no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Destaque-se que, mesmo quando não possível evitar o dano, ainda assim prevalecerá o dever de indenizar, seja pelo risco da atividade, seja pela equidade ou demais princípios éticos.

Alterini (1999, p. 106) explica que a teoria do risco do desenvolvimento é um fenômeno contemporâneo de imputação de responsabilidade a todo aquele que introduz, na coletividade, um elemento virtual de produção:

Esta teoría prescinde de la subjetividad del agente, y centra el problema de la reparación y sus límites en torno de la causalidad material, investigando tan solo cuál hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más. Le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de la sucesión de sus elementos tradicionales – que arrancan de la ilicitud objetiva del obrar y se continúan con la culpabilidad del agente –, y se contenta con la trasgresión objetiva que importa la lesión del derecho subjetivo³²

Sem embargo, esse autor entende que a adoção da teoria do risco do desenvolvimento afronta o instituto jurídico da responsabilidade, fundamentado nos requisitos de culpabilidade e de voluntariedade do ato.

De outra sorte, não se pode deixar de notar que a sociedade de consumo, hodiernamente, assumiu novos contornos (decorrência direta dos avanços tecnológicos e

³² Tradução livre: “Esta teoria prescinde da subjetividade do agente, e centra o problema da reparação e seus limites em torno da causalidade material, investigando tão-somente qual fato foi, materialmente, causa do efeito, para atribuí-lo a ele, simplesmente. Basta-lhe a produção do resultado danoso, não exige a configuração de um ato ilícito por meio da sucessão de seus elementos tradicionais - que tiram da ilicitude objetiva do fazer e se perfazem com a culpabilidade do agente -, e se contenta com a transgressão objetiva que importa a lesão do direito subjetivo”.

científicos) que invariavelmente resultam em danos coletivos, causados em série e a um grande número de vítimas (muitas das vezes indeterminadas).

A proteção outorgada pelo Código de Defesa do Consumidor não se submete à verificação do critério da culpa do fornecedor ao impor a ele o dever de arcar com eventuais prejuízos causados. Não obstante, “risco do desenvolvimento” pode ser identificado, paradoxalmente, como excludente de responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços³³.

Para Miragem (2008, p.289), não há que se falar em responsabilização por defeitos em produtos e serviços quando se tratar daqueles “que se constata apenas após o ingresso do produto ou do serviço no mercado de consumo, em face de melhoria ou avanços científicos e técnicos que permitem a identificação do defeito já existente do produto ou serviço, mas não identificável pelo fornecedor”.

Em oposição à excludente de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento, Benjamin (2007, p. 130) questiona a quem deveria então ser imposto tal ônus e qual seria o limite de responsabilização, dúvida por ele chamada de “alocação do risco de desenvolvimento”.

Ainda que ausente vedação legal expressa e delimitada, a exoneração de responsabilização do fornecedor – porque o defeito do produto e do serviço não era, ao seu tempo, tecnológica ou cientificamente aferível ou, em outras palavras, porque não se conhecia o dano potencial a que estava exposto o consumidor³⁴ – é contrária à Política Nacional de Relações de Consumo fundamentada no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, pois, nesta hipótese, repassa-se o ônus ao elo vulnerável e suscetível às imperiosas ações do mercado: o consumidor.

A responsabilização pelo risco do desenvolvimento (em que pese ser considerada, por muitos, como motivo para excluí-la)³⁵ é igualmente fundamentada nos princípios constitucionais e no dever de substancial proteção do consumidor. Além do mais, é razoável supor que o fornecedor, a par dos riscos inerentes à sua atividade, haverá de internalizar os

³³ Pelo disposto no § 2º, do art. 12, do Código de Defesa do Consumidor: “O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado em mercado”.

Transcreva-se, ainda, o § 2º do art. 14, do referido Código: “O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas”.

³⁴ Segundo Benjamin (2007), o critério adotado para avaliação do risco do desenvolvimento não se destina a verificar um determinado fornecedor, mas, sim, a comunidade científica, o que intensifica a obrigação do fornecedor em manter-se atualizado, acompanhar e controlar o desenvolvimento de sua atividade no mercado de consumo.

³⁵ Como no Direito Europeu, no Direito Norte-Americano, por influência dos fornecedores representados, em especial, pelas seguradoras que suportavam as altas indenizações, os Tribunais adotaram o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade. Veja-se, nesse aspecto: Miragem (2008).

possíveis riscos na produção e na prestação dos serviços que serão repassados ao consumidor.

Portanto, não deve o consumidor suportar – ao menos diretamente – os riscos inerentes à atividade do fornecedor e o seu potencial desenvolvimento, não obstante prevalecerem as excludentes estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 12, § 2º, e 14, § 2º.

Frise-se que não se pretende a responsabilização por acontecimentos desvinculados de qualquer nexo voluntário. Superaram-se, na verdade, os estritos limites de deveres que tinham por referência apenas acontecimentos passados: a culpa precisava estar caracterizada, o prejuízo haveria de ser experimentado, quantificado e comprovado para que o empreendedor fosse efetivamente responsabilizado.

A extensão do modo de responsabilização e o reconhecimento do risco da atividade, pelo Direito, oportunizaram nova perspectiva temporal às atividades empresariais cuja gestão, a partir de então, é necessariamente projetada e criteriosamente planejada. O instituto jurídico da responsabilidade haverá de ser aplicado de forma utilitária, instrumental e preventiva, adequado ao empreendedorismo que se desenvolve mediante complexas e dinâmicas práticas mercadológicas.

Se o empreendedor desenvolve a sua atividade estimando os possíveis prejuízos, prospectando-os racionalmente, com maior segurança suportará os danos porventura causados por ele a terceiros.

Ao se responsabilizar objetivamente o empresário, protegem-se os interesses daqueles que potencialmente serão prejudicados por iniciativas perigosas exercidas por quem detém ou deveria deter o domínio da técnica. Quem dispõe desses meios sofisticados, por óbvio, possui maior autonomia em relação aos demais, que são, portanto, desprotegidos e vulneráveis.

3.2 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO EMPRESÁRIO E A LIBERDADE DE INICIATIVA

No Brasil, a Constituição de 1934, conhecida como a do Estado Novo, foi a primeira a considerar a livre iniciativa como postulado impostergável do regime democrático. Para assegurar a ordem, a soberania nacional e a realização de uma justiça social, é prevista a intervenção do Poder Público em determinadas áreas econômicas, tal como disposto no título “Da Ordem Econômica e Social”.

Esse modelo econômico foi seguido pelas Constituições promulgadas posteriormente,

garantindo a liberdade de iniciativa privada para organizar e explorar as atividades econômicas, orientada, todavia, por regras e demais princípios constitucionais, observados para permitir e desenvolver a expectativa de uma Ordem Econômica.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 (em vigor) tem disposto todo o Título VII para a Ordem Econômica e Financeira, e determina, em seu art. 170, que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente [...]; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O parágrafo único desse artigo assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Para garantir efetiva arrecadação fiscal, a Administração adotou a política de criminalizar certas condutas evasivas que antes eram consideradas meras infrações, sem repercussões penais. A partir da Lei nº 8.137, de 27/12/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências, foram incluídas ou tipificadas no Direito Penal condutas antes tratadas apenas no âmbito de procedimentos administrativos e executivos.

A Lei nº 9.983, de 14/07/2000, por sua vez, a fim de impingir maior responsabilidade diante das obrigações para com a Previdência Social, acrescentou ao Código Penal o art. 168-A, tipificando como crime de apropriação indébita o não-recolhimento das contribuições previdenciárias, no prazo e na forma legal ou convencional.

Nota-se que, nesses casos, a tipificação penal, mais do que incriminar condutas, teve por principal escopo a arrecadação fiscal e parafiscal, haja vista que sob a ameaça de pena, inclusive restritiva de liberdade, compelia-se o contribuinte inadimplente a cumprir com prioridade as suas obrigações em relação aos cofres públicos.

Esclareça-se que obrigações como essas, também impostas ao empresariado, não caracterizam restrição ao princípio da livre iniciativa. A experiência de garantia da liberdade empresarial já se mostrou como a melhor forma de organização do mercado, desde que tal atividade seja desenvolvida tendo por referência os interesses difusos e coletivos da sociedade.

A livre iniciativa será exercida também mediante a observância de outros determinados princípios inerentes à exploração de atividade econômica, por meio dos quais o empresário deve se orientar, na formação, na manutenção e na expansão dos seus negócios etc.

Pelo disposto no art. 170 da Constituição, é com fundamento na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa que se estabelece o fim de assegurar, indistintamente, a existência digna, segundo as regras da justiça social, observando-se, entre outros, os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente, da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Já a exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado só será permitida se necessária à segurança nacional ou a interesse coletivo relevante, cabendo ainda à lei reger o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias, bem como regulamentar as suas relações com o próprio Estado e com a sociedade, nos termos do art. 173 da Constituição.

Não obstante esses princípios e diretrizes para que exista ordem econômica e financeira, sabe-se que as decisões empresariais, ao menos da iniciativa privada, são pautadas na lei de oferta e demanda ou, de outra forma, na relação custo-benefício que justificará as razões para a alocação de recursos finitos na produção de um ou outro bem que se pretenda ofertar em mercado.

O fornecedor de produtos e serviços, geralmente representado e constituído sob a forma de empresário individual ou de sociedade empresária, desenvolve a sua atividade orientando-se tanto pelos aspectos internos de sua organização, quais sejam: a sua relação com os demais sócios e destes entre si e com os administradores, acionistas, conselheiros etc. (caso seja uma pessoa jurídica empresária, naturalmente), quanto pelos externos, tais como o necessário trato com terceiros não sócios e nem acionistas: o fisco, os empregados, os credores e, principalmente, até por questão de direta dependência financeira, os seus clientes/consumidores, cuja renda, em um ciclo, é o que oportuniza a expectativa de crescimento e de enriquecimento do próprio empresário fornecedor.

Por esses motivos, afirma-se que o fornecedor de produtos e serviços tem presença relevante também entre as demais pessoas ou comunidades nas quais se insere, abarcando não só aqueles direta e internamente ligados a ele como os outros que, em muitos e diferentes aspectos, são atingidos pelo resultado dessa atividade econômica exercida em mercado, que fundamenta a almejada Ordem Econômica.

O empresário e a sociedade empresária conscientes de sua responsabilidade social, com fundamento nos objetivos da República Federativa do Brasil, especificados, não exaustivamente, no art. 3º da Constituição, buscarão, como é de se supor de um Estado organizado sob o regime capitalista, a lucratividade, sem se olvidar dos chamados direitos de solidariedade, aqueles de ordem ética e moral, e que não são conflitantes, como poderia parecer mediante análise perfunctória, com a geração de riqueza.

O dever de solidariedade do empresariado, motivado pelo princípio constitucional da livre iniciativa e da força do trabalho, decorre da cooperação entre aqueles que, por meio de sua atividade, pretendem o bem-estar da coletividade – talvez o maior anseio de todos os tempos da humanidade –, fulcrado na inexplicável sensação de que há um dever intrínseco de auxiliar os menos afortunados, restringindo as desigualdades sociais.

Em outras palavras, a condução das atividades do fornecedor de produtos e serviços precisa estar focada nos valores éticos, no respeito ao indivíduo, ao coletivo, ao meio ambiente, no rigoroso cumprimento das leis e da ordem jurídica, dentre outras atividades que são, igualmente, da responsabilidade do fornecedor. Essa conscientização levará o fornecedor à pretensão de sempre gerir os seus negócios de modo a atender ou superar anseios éticos, jurídicos e empresariais dos consumidores, consequência de uma política administrativa consistente, representada por práticas e programas integrados nas operações sociais e inseridos nos processos decisórios, reconhecidos por acionistas, sócios, conselheiros, gerentes, empregados etc. e pela sociedade civil, como meritórios e desejáveis, e que, sob esta égide, podem manter-se, aperfeiçoar-se e até ampliar-se

Pelo disposto no art. 174 da Constituição,³⁶ a ordem jurídica impõe respeito e qualidade de vida para todos, a ser possibilitada mediante uma ação política coordenada pelo Poder Público e pela iniciativa privada. Desse modo, as grandes sociedades empresariais, inclusive aquelas de capital privado, pelo poder e pela influência que exercem em mercado, têm o ônus de serem o exemplo propulsor da boa alocação de recursos, parâmetro aos médios, pequenos e microempresários.

Essa referência não desvirtuará a atividade empresarial em instituições de caridade, tampouco beneficente. Reitera-se que o empresário visa ao lucro e dele depende, a tal ponto que seria inviável prospectar desconsiderando a finalidade social de, pelo menos, gradativo aumento dos resultados econômico-financeiros. Seria a ruína, um retrocesso, a exclusiva

³⁶ Consoante o *caput* do art. 174 da Constituição: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

dependência de um Estado que, por conseqüente e sucessiva escassez de recursos, entraria em colapso.

Bessa (2006, p. 139-141) explica que os empresários são corresponsáveis em relação ao desenvolvimento social e ambiental do país, de acordo com a legislação brasileira. Ademais, existe demanda social por uma atuação ética e que considera as necessidades dos diferentes grupos afetados pela atividade empresarial e, por tal razão, deve o empresário administrar todos os impactos a que ele der causa (direta ou indiretamente). Entretanto, a referida autora explica a diferença entre a responsabilidade social e a filantropia:

Ora, a filantropia foge ao objeto da empresa (aos interesses individuais de seus acionistas, ao tipo de atividade produtiva a que ela se propõe, ao lucro), inserindo-se na idéia de humanitarismo, de voluntariedade. [...] Ao contrário, a responsabilidade social da empresa – e essa percepção está presente em todos os depoimentos registrados no item anterior – associa-se diretamente às atividades inerentes ao negócio (no jargão dos administradores, o *core business*). Não se está no campo da responsabilidade estritamente “moral”, na convicção íntima de que se deva contribuir para o bem-estar da sociedade.

É notório, por outro lado, que o objetivo de lucratividade aliado à adoção de práticas sociais responsáveis representa aumento de resultados, pois a atividade empresarial exercida dessa forma é bem vista e favorável ao mercado, aos consumidores, à sociedade, com sensíveis e diretos reflexos no mercado de capitais, servindo de estímulo à prática de investimentos para os sócios, cotistas e acionistas, ao ingresso de capital estrangeiro, bem como à distribuição de dividendos e de criação de vantagens para os trabalhadores, entre outros.

Consumidores conscientes dão preferência, quando da aquisição de produtos e serviços, àqueles oferecidos por fornecedores de boa reputação,³⁷ comprometidos com a solução de problemas sociais, ambientais, da comunidade; são estes os empresários que experimentam o aumento das vendas e, naturalmente, estabelecem-se e permanecem em mercado.

³⁷ Tal a importância para os fornecedores da preferência dos consumidores que, em 2009, segundo a pesquisa promovida pelo Instituto Akatu pelo Consumo Consciente e o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, houve um aumento na adesão dos empresários às práticas de Responsabilidade Social Empresarial. Segundo o relatório “Práticas e Perspectivas da Responsabilidade Social Empresarial no Brasil - 2008”, os dados referentes a preocupações sociais refletem a atenção dos empresários a anseios de seus consumidores. Na pesquisa “Como e por que os brasileiros praticam o consumo consciente”, realizada pelo Instituto Akatu em 2007, 63% dos entrevistados manifestaram suas expectativas de que os empresários assumissem as chamadas responsabilidades “cidadãs das empresas” (‘ajudar a resolver problemas sociais’, ‘ajudar a reduzir a distância entre ricos e pobres’, ‘apoiar políticas e leis favoráveis à maioria da população’ e ‘reduzir violações de direitos humanos no mundo’). Documento disponível em: <http://www.akatu.org.br/central/noticias_akatu/nova-pesquisa-do-akatu-e-do-instituto-ethos-mostra-aumento-na-adesao-das-empresas-as-praticas-de-responsabilidade-social-empresarial>. Acesso em: 29 jul.2009.

Para a formação da clientela, a título de exemplo, o empresário naturalmente deverá se pautar pela honestidade, também pela lealdade e por correção profissional, o que equivale dizer: nas relações de consumo o fornecedor deverá observar tanto o princípio da boa-fé subjetiva, como aquela objetiva, conforme tópico já desenvolvido.

Boas relações entre o empresariado, seus empregados e desses com os clientes/consumidores é a forma de gestão que possibilita os maiores lucros aos fornecedores; portanto, aumentam a riqueza dos mesmos sócios investidores. A experiência empresarial torna essa afirmativa incontestável e aceita também pelo Direito quando se admite a existência de um fundo de comércio,³⁸ formado pela organização da atividade mercantil, constituído não só por bens tangíveis como também por aqueles intangíveis, tal qual a fidelização da clientela a uma determinada marca, produto ou serviço, confiança esta que agrega considerável valor ao estabelecimento empresarial.

Constata-se, então, que não há melhor técnica publicitária para o fornecedor de produtos e serviços que manter sua clientela fiel e satisfeita.

É esse poder de influência, de domínio econômico, que justifica ao empresário uma responsabilidade social a ser exercida não só em favor de seus empregados e clientes, mas, extensivamente, em defesa e proteção ao meio ambiente, às pessoas enfermas, carentes e abandonadas, a projetos de educação e profissionalização etc., ações todas indubitavelmente positivas e muito bem-vistas pela sociedade, pelos consumidores.

Essa atitude não quer significar que o assistencialismo é dever da iniciativa privada. A garantia de segurança, de defesa e de bem-estar da coletividade é, sem dúvida, inerente à atuação do Estado brasileiro.³⁹ Entenda-se por responsabilidade social do empresário a sua obrigação de colaborar e cooperar para a realização do objetivo público de ordem econômica, fundamentado no art. 170 da Constituição,⁴⁰ principalmente ao se deparar com a corrente

³⁸ O Código Civil compreende estabelecimento empresarial por fundo de comércio, também tratado na doutrina por aviamento (Código Civil, art. 1.142).

³⁹ Pelo disposto no *caput* do art. 5º da Constituição, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, arrolando-se, a partir dos incisos, garantias fundamentais não-exaustivas que viabilizem tais direitos.

⁴⁰ Art. 170, da Constituição: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em

escassez de recursos da Administração para atender a todos os anseios da população. Desde que cumpridas as suas obrigações para com a sociedade, não é defeso ao empresário ter benefícios, no exercício de sua atividade, advindos de sua boa reputação e prestígio junto aos consumidores, seja pelos bons produtos e serviços que fornece ao mercado, seja por sua ação social e benfeitora.

Segundo Teizen Junior (2004, p.144), “no exercício da atividade empresarial, reconhece a lei que devem ser respeitados os interesses internos e externos à atividade empresarial, ou seja, os interesses dos capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da 'comunidade em que ela atua’”.

A livre iniciativa não pode ser exercida em oposição ao disposto no artigo 3º da Constituição que trata, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, do desenvolvimento nacional equilibrado. Para Comparato e Salomão Filho (2005, p. 18) é, então, finalidade do sistema econômico garantir a igualdade de condições de seus agentes, combatendo as estruturas de poder em mercado:

Mas não é só por esse aspecto por assim dizer de negação do poder econômico que a diluição dos centros de poder deve ser estimulada. Também por seu aspecto positivo. É ressaltado e já foi alhures discutido, a importância da concorrência (diluição do poder econômico) como instrumento de formação do conhecimento econômico. Afastado o dogma essencialista do conhecimento, só a comparação pode indicar em sua direção. Conclui-se, portanto, que tanto pelo seu potencial criador como distribuidor de conhecimento, o combate ao poder econômico pode e deve ser um dos primeiros itens da lista de preocupações dos estudiosos das relações sociais [sic].

Segundo esses autores, ao elevar a propriedade privada como princípio de ordem econômica, o art. 170 da Constituição não exceptua a propriedade acionária e nem, conseqüentemente, a propriedade dos meios de produção. Logo, conforme os ditames da justiça social, cumpre ao Estado intervir na atividade econômica para promoção de um desenvolvimento equilibrado:

Na concepção econômica tradicional, se o mercado era organizado em função do consumidor, todo ato de produção seria, em princípio, benéfico à coletividade. Ainda aí, portanto, reduzia-se a atividade empresarial ao interesse particular do empresário. A consciência pública rejeita, atualmente, essa idéia simplista. A História adverte que todo poder, livre de peias, degenera, naturalmente, em pura força, a serviço do seu titular. Compete, pois, ao Estado intervir no jogo econômico para evitar a degradação da função social das empresas. (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 558).⁴¹

lei”.

⁴¹ A título de exemplo, os autores asseveram que ao Estado cumpre “incentivar as atividades empresariais

A responsabilidade social do empresário é igualmente manifestada em relação ao empregado e materializa-se em planos de carreira e salarial, participação nos lucros, em benefícios, treinamento, privacidade, formação cultural inclusive extensiva aos familiares etc. A preocupação do empregador também direcionada para garantir melhores condições de trabalho traz resultados sensíveis e imediatos: há aumento de produtividade, tanto em qualidade como quantitativamente, maior assiduidade e cooperação dos trabalhadores, redução dos casos de enfermidades e de acidentes de origem ocupacional, diminuem-se os custos com a saúde, seja na reabilitação do empregado lesionado, seja pelo seguro de vida ou gastos com o atendimento médico-hospitalar, com medicamentos etc.

Além do cuidado com o trabalhador, é socialmente responsável alterar o processo produtivo visando à redução e à erradicação da emissão de resíduos poluentes. Se diminuídos ou erradicados os resíduos, reduzem-se, como consequência, os custos de armazenamento e de deslocamento de lixo industrial para aterros adequados, cujo espaço é já saturado e com altos e quase irreversíveis níveis de degradação ambiental.

Por fim, a consciência que se espera do empresário é ainda manifestada no atual processo de educação, informação e formação dos clientes/consumidores que, estimulados por políticas públicas,⁴² aumentam a procura por produtos ecologicamente corretos, daqueles manufaturados, a título de exemplo, sem o emprego de trabalho escravo ou infantil, em ambiente digno, em condições seguras e outros. Já é expressivo o percentual da população a indicar preferência por boas marcas,⁴³ quais sejam, aquelas cujos fabricantes são socialmente

correspondentes, primordialmente, às necessidades públicas, quando localizadas no setor não-tecnológico ou periférico da economia, ou seja, as que se submetem às leis do mercado, ditadas pelas empresas do setor avançado; em contrapartida, impõe-se ao Estado o dever de desestimular as atividades produtoras de bens e serviços menos importantes, ou mesmo nocivos à saúde ou ao bem-estar públicos, ainda que tais empresas sejam altamente rentáveis ou lucrativas. Urge também criar um sistema mais efetivo de proteção do consumidor quanto à qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado, bem como de defesa do meio ambiente, ou equilíbrio ecológico”.

⁴² O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor fundamenta a Política Nacional de Relações de Consumo, dispondo sobre os objetivos e os princípios que deverão ser observados, tanto pelo Estado como pelos fornecedores.

⁴³ Os resultados de uma pesquisa de 2007 mostram que 77% dos brasileiros têm muito interesse em saber como os empresários tentam ser socialmente responsáveis, índice este que revela estabilidade se comparado aos dados registrados nos levantamentos anteriores (2004 - 72%; 2005 - 78%; 2006 - 75%). O número dos que atribuem ao empresário um papel que vai 'além do meramente econômico, incluindo também o estabelecimento de padrões éticos mais elevados e a construção de uma sociedade melhor' diminuiu: 51% expressaram essa opinião no levantamento de 2006, ante 64% em 2004. Por outro lado, a pesquisa de 2007 demonstra que o percentual médio dos entrevistados que manifestaram expectativas com as chamadas "responsabilidades cidadãs das empresas" ('ajudar a resolver problemas sociais', 'ajudar a reduzir a distância entre ricos e pobres', 'apoiar políticas e leis favoráveis à maioria da população' e 'reduzir violações de direitos humanos no mundo') é de 63%. Outro dado relevante é o de entrevistados que concordam com a afirmação de que 'as empresas estão fazendo um bom trabalho em construir uma sociedade melhor para todos': 66,5% em 2006, quase dez pontos acima do registrado em 2005. (Disponível em: <<http://www.cimm.com.br/>

responsáveis, desenvolvendo a atividade empresarial de forma consciente e preocupada com o meio ambiente e com o bem-estar das futuras gerações.

É notório, em contrapartida, que esse adequado modelo de produção implica aporte de investimentos da iniciativa privada, e toda inversão, ao que se sabe, é justificada na real expectativa de retorno do valor empenhado. O que não se pode desde já aferir é se as gerações futuras, potenciais beneficiárias dessas ações demasiado caras, vêm estimulando – tanto quanto deveriam – as boas e necessárias mudanças por parte do empresariado.

Por outro lado, a sociedade exige desses fornecedores muito mais que informações precisas quanto aos produtos e serviços disponibilizados ao consumo: é mister conhecer as ações de cunho social dessa iniciativa privada, das instituições financeiras, do fisco, da Administração e seus compromissos em relação aos empregados, com a comunidade local e contribuintes.

As sociedades empresárias de capital aberto dependem ainda mais dessa boa política de gerência para garantir a valorização das ações pulverizadas em mercado, como atrativo à atenção dos investidores que, mais do que interesse em algum controle de gestão, capitalizam-nas com vistas aos melhores dividendos. A esse respeito, Sztajn (1999, p. 41) assim se manifesta:

Princípios de contabilidade ética e social baseiam-se em explicar como a sociedade introduz e mantém valores éticos na organização e administração. A informação deve permitir a continuação do diálogo com a comunidade e o ajuste de rumos, sempre que necessário ou conveniente; questões como ações propostas contra a sociedade, segurança no trabalho, salubridade e saúde, não discriminação, reclamações dos empregados, informação sobre os controladores, impacto ambiental, criação de empregos, investimentos, contribuições, comércio internacional, multas aplicadas contra a sociedade oferecem pontos de partida para o aperfeiçoamento das metas que aparecerão no outro balanço social.

O balanço social é, conforme acima esclarecido por Sztajn, um instrumento de informação interna e externa e é por meio dele que se desenvolvem as estratégias de gestão da atividade empresarial. De regra, a auditoria enfatiza os aspectos positivos e negativos para orientar a coordenação eficiente dos novos rumos em mercado, após o fechamento de cada exercício.

Essas tantas incumbências e deveres do empreendedor não significam que os bens empresariais ou sua atividade e propriedade capitalista tenham se transmutado em algo de utilização coletiva ou de caráter público. A garantia constitucional de que a propriedade deve

atender à sua função social não a converte em bem coletivo.

Entenda-se que a propriedade capitalista é regulamentada para atender aos interesses da sociedade em geral, mesmo mantida sob o domínio de seu proprietário ou proprietários. Entretanto, os bens utilizados na produção capitalista acabam por também se destinar à satisfação dos interesses da sociedade. É o que acontece, a título de exemplo, quando há maior oferta de empregos; quando do implemento e aperfeiçoamento das técnicas de produção, do desenvolvimento científico e de comunicação; diante da captação de divisas e da ampliação de mercado ou mercados; diante da distribuição de rendas e da assistência social (GRAU, 1981, p. 112-117).

A propriedade dos bens empresariais deve ser observada, a fim de que o empresário possa cumprir a principal finalidade de sua atividade, qual seja: a obtenção de lucro, mas realizando-a de forma lícita e satisfazendo, ainda, as necessidades dos consumidores, individual, coletiva e difusamente considerados.

3.3 A ÉTICA E A BOA-FÉ NAS RELAÇÕES CIVIS E DE CONSUMO

À medida que se desenvolveram as relações de mercado em massa, a teoria clássica do direito obrigacional, centrada no princípio da autonomia da vontade, no modelo tradicional de contrato, precisou ser adequada e compatibilizada à noção de proteção e de segurança do consumidor.

A fim de que “os ditames da justiça social” sejam assegurados, de modo a garantir a “todos existência digna”, a Constituição estabelece diversas medidas destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso de liberdade de iniciativa, no exercício da atividade privada.⁴⁴

Neste sentido, Moreira Neto (1989, p. 28) esclarece que:

O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e da solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da

⁴⁴ Consoante art. 173, § 4º, da Constituição: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

função social da propriedade.

Uma vez que o Estado brasileiro tem por princípio fundamental a livre iniciativa⁴⁵ e como princípio da ordem econômica a propriedade privada,⁴⁶ é mister sua atuação para disciplinar e fomentar a atividade econômica, explorando-a diretamente apenas por exceção.⁴⁷

Desse modo, cumpre ao Estado atuar na atividade econômica, mas para conciliar determinados interesses do mercado nacional, valendo-se de política de efetivo planejamento, com vistas a assegurar o bem-estar coletivo, garantindo saúde, habitação, educação, alimentação, urbanização e solução para as questões fundiárias, entre outras. Igualmente cabe a ele disciplinar, mediante o exercício do seu Poder de Polícia, os setores nos quais a atividade econômica, embora exercida pelos agentes privados em regime de competição, deva estar submetida a determinados controles para coibir abusos e ineficiências; e, finalmente, aqueles setores de mercado para os quais sua atuação seja indispensável, intervindo diretamente, como Estado empresário.⁴⁸

Eizirik (1993, p. 7), por sua vez, lembra que

assim, houve uma evidente limitação às atividades empresariais desenvolvidas pelo Estado; com efeito, a Constituição anterior, em seu art. 170, § 1º, estabelecia um regime de complementariedade ampla da iniciativa estatal sobre a privada. Na vigente Carta, passou-se a um sistema de complementariedade restrita, nos termos do art. 173, caput, que reduz as hipóteses de atuação do Estado na economia, ao dispor expressamente quais são os casos em que ela se justifica (segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei).

⁴⁵ Art. 1º da Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - pluralismo político. Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁴⁶ Art. 170 da Constituição: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

⁴⁷ Conforme o *caput* do art. 173 da Constituição: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

⁴⁸ Consoante art. 177 da Constituição: “Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados”.

A interferência do Poder Público é, muitas vezes, fundamental para o desenvolvimento da economia e perfeito cumprimento dos direitos individuais e difusos. O funcionamento do regime liberal pressupunha certa igualdade em mercado, requerendo também uma competição equilibrada. Como tais requisitos nunca foram alcançados, sobreveio a crise, caracterizada pela depressão econômica entre as duas grandes guerras e os desequilíbrios internacionais entre Estados ricos e empobrecidos. A prática de um liberalismo absoluto poderia ter sido eficaz para uma economia com muitos competidores essencialmente em pé de igualdade, mas apresenta pouca relevância em um sistema cujas decisões de uns poucos conglomerados e as do Governo afetam a renda e as oportunidades de emprego de todos os cidadãos.⁴⁹

Com respaldo constitucional admitiu-se, então, a intervenção do Estado na seara antes disciplinada, exclusivamente, pelo Direito Civil e Comercial, para ajustar a vontade dos contratantes a um interesse maior de ordem econômica. A partir deste escopo, verifica-se uma gradativa crescente publicização do Direito Privado para compatibilizá-lo com essa realidade, moderando o que se concebia por liberdade contratual, dos moldes de uma Administração liberal.

Exsurgem a ética e a boa-fé como limitadores de direitos subjetivos, para pautar as relações jurídicas, sociais, econômicas e políticas ao interesse coletivo e para impedir a convalidação de atos que não atendam a essas diretrizes.⁵⁰

O Código Civil de 1916,⁵¹ formal, individual, patrimonialista, estabelecido em bases liberais, principal fonte do direito substantivo privado brasileiro, era insuficiente ou incompatível com a nova ordem hermenêutica.

O Código de Defesa do Consumidor de 1990,⁵² ao contrário, positivou o princípio da boa-fé⁵³ e antecipou o anseio legislativo de eticidade vislumbrado pelos elaboradores do, na

⁴⁹ Comentando a obra *The Wealth of Nations*, de Adam Smith, Ivo Dantas esclarece que “no sistema da liberdade natural o soberano tem somente três deveres a desempenhar [...]: o primeiro é proteger a sociedade de qualquer violência ou invasão por parte das outras sociedades independentes. O segundo é proteger, tanto quanto possível, cada membro da sociedade contra a injustiça ou opressão de qualquer outro membro, ou seja, o dever de estabelecer uma rigorosa administração da justiça. E o terceiro é criar e manter certas obras e instituições públicas que nunca atraiam o interesse privado de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos na sua criação e manutenção, na medida em que o lucro não compensa as despesas”. (DANTAS, 1995, p. 62-63).

⁵⁰ Antes do Código de Defesa do Consumidor se reconhecia a boa-fé como princípio geral de direito. Todavia, diante da ausência de regra específica não se lhe permitia exercer a função de sistematização das decisões judiciais tendo em vista que a sua utilização dependia de construção doutrinária o que prejudicava a sua aplicação prática na jurisprudência.

⁵¹ Lei nº 3.071, de 01/01/1916.

⁵² Lei nº 8.078, de 11/09/1990.

⁵³ A título de exemplo o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor: “A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como

época, projeto de Novo Código Civil, só efetivado em 2002, por meio da Lei nº 10.406, de 10/01/2002.

De fato, o *caput* e o inciso III do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor informam os princípios reguladores das relações de consumo. Mediante a presunção de ética e de boa-fé, verifica-se, entre outros, o princípio da transparência na oferta dos produtos e dos serviços; o da equidade na proteção do consumidor, que se reconhece sempre vulnerável; e o da confiança em se adquirir produtos e serviços que sejam adequados e seguros.

A aplicação harmônica e conjunta desses princípios viabiliza a ordem econômica das relações de consumo eis que, sob a égide da ética e da boa-fé, as práticas mercantis são necessariamente conduzidas por valores de lealdade e de cooperação, respeitando-se as expectativas legítimas dos consumidores porque o fornecedor se vincula àquilo que oferta e porque são vedadas as práticas abusivas ou a disponibilização de produtos e serviços que não estejam em conformidade com o que foi anunciado e prometido em mercado.

Esses mesmos direitos e garantias norteadores estão também agora previstos, intensa e finalmente, no Código Civil de 2002, com a pretensão de conferir a quem instrumentaliza o Direito os valores éticos que, se efetivamente observados, permitem a ampla proteção do indivíduo e da coletividade onde ele se insere. Miguel Reale, no prefácio da obra de Costa e Branco (2002, p. x), afirma que

a nova Lei Civil se distingue da anterior pela frequente referência de seus dispositivos aos princípios de equidade, de boa-fé, de equilíbrio contratual, de correção, de lealdade, de respeito aos usos e costumes do lugar das convenções, de interpretação da vontade tal como é consubstanciada, etc. etc. sempre levando em conta a ética da situação, sob cuja luz a igualdade deixa de ser vista in abstracto, para se concretizar em uma relação de proporcionalidade.

Com a finalidade de implementar a supremacia da ética nas relações de Direito Privado é que o Código de Defesa do Consumidor e o atual Código Civil impõem uma série de direitos, deveres e obrigações – decorrentes do princípio da boa-fé – às partes direta ou indiretamente envolvidas ou contratualmente obrigadas.⁵⁴

Em se tratando, de forma mais específica, de relações de consumo, objeto deste estudo, a ética e a boa-fé exigem que o fornecedor preste informações de forma didática ao

a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

⁵⁴ Se a ordem é de proteção aos interesses difusos, mesmo aqueles indiretamente envolvidos na relação que se estabelece haverá de ser tutelados pelo Estado.

consumidor; que com ele coopere ao disponibilizar produtos e serviços seguros à sua integridade física, psíquica e ao meio ambiente; que lhe seja leal e que honre aquilo que prometeu; e que se preocupe com a dignidade de quem adquire ou possa adquirir o que se oferta. Em outras palavras, o fornecedor haverá de orientar a sua atividade em atitudes transparentes que possibilitem ao consumidor, reconhecidamente vulnerável por lei, meios de se igualar ao detentor da técnica, ao ofertante de bens e serviços, a quem predetermina as cláusulas contratuais a serem aderidas etc.

É por observância à ética e à boa-fé que o fornecedor é responsável pelo consumidor antes mesmo de efetivamente estabelecido o contrato de compra e venda ou de prestação de serviço. Pela noção de oferta, tal como disposta no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, toda informação ou publicidade, suficientemente precisa,⁵⁵ vincula o fornecedor e passa a integrar o futuro contrato.

Entenda-se por oferta a proposta instigante dirigida ao consumidor, convidando-o a adquirir um bem, a contratar um serviço, a criar necessidades que não conhecia.

Nesse sentido, ainda que admitindo exceções, o próprio Código Civil, pelo que se depreende do art. 427, determina a vinculação do proponente à oferta formulada, sendo suficiente à aceitação da contraparte para que o contrato seja válido.⁵⁶

Destaque-se que nas relações em mercado, massificadas, a oferta não só é dirigida de forma individualizada, mas, sim, à coletividade, a inúmeras pessoas. No intuito de assegurar o respeito às expectativas legítimas dos consumidores sempre instados a adquirir produtos e serviços, amplia-se o dever de proteção para alcançar a informação e a publicidade veiculadas.

A imposição ao fornecedor de que a informação e a publicidade por ele ofertada integrem o contrato é garantia de lealdade e de transparência para com os consumidores. Estes esclarecimentos vinculantes, aliás, devem apontar as características essenciais do produto e do serviço, naturalmente verdadeiras, refletindo a ética e a boa-fé que devem imperar em sociedade, inclusive para que os contratos tenham suas redações claras e com conteúdos precisos, pois, do contrário, não obrigarão o consumidor por serem considerados, por esses motivos, nulos.

Se não bastasse tal proteção na fase pré-contratual, a ética e a boa-fé estendem e

⁵⁵ A precisão por lei exigida é aquela capaz de individualizar e identificar o fornecedor, o produto e o serviço ofertado.

⁵⁶ Do Código Civil, art. 427: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

outorgam essa tutela também quando da vigência do contrato, quando asseguram o direito de arrependimento ao consumidor que adquiriu produtos e serviços fora do estabelecimento empresarial, ou seja, nas vendas em domicílio, por catálogos, televisão, rádio, *internet* etc.⁵⁷

Verificam-se, ainda, a ética e a boa-fé na seara do direito obrigacional, pois cláusulas consideradas iníquas, abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada são consideradas nulas, sem prejudicar o contrato como um todo, exceto quando sua ausência constitua ônus excessivo a qualquer das partes.⁵⁸ O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, arrola, não de forma exaustiva, cláusulas abusivas que são nulas de pleno direito, porque evadidas de flagrante má-fé e por cercearem a adequada defesa do consumidor.

Já nas relações regidas sob a égide do Código Civil, muitos são também os dispositivos de lei que manifestam a ética e a boa-fé como principal fundamento.⁵⁹

Note-se, a título de exemplo, o disposto no art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A boa-fé, enquanto princípio ético, é aplicada como norma de interpretação dos negócios jurídicos. De natureza cogente, imperativo, representa uma imposição, e não uma opção ao intérprete ou aplicador da lei

Aplicar o Direito com base na ética e na boa-fé é concretizar a justiça como realidade.

3.3.1 O direito à indenização fundamentada em princípios éticos

O art. 953, parágrafo único, e o art. 954, ambos do Código Civil, asseguram o direito a uma indenização em dinheiro, com fulcro na equidade, para determinados danos de origem não patrimoniais, como aqueles decorrentes de injúria, difamação, calúnia, cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé, e prisão ilegal.⁶⁰

A respeito dos direitos básicos do consumidor, previstos no Capítulo III, do Título I, do Código de Defesa do Consumidor, arrolados não exaustivamente em seu art. 6º, tem-se o seguinte esclarecimento, verificado no art. 7º:

⁵⁷ Nos termos do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁸ Conforme art. 51, IV e seu § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁹ Do Código Civil, ver os arts. 164, 422, 765, 879, 1.201, 1.202, 1.214, 1.217, 1.219, 1.238, 1.242, 1.258, 1.561 e outros.

⁶⁰ O fundamento constitucional dessa possibilidade está no direito fundamental estabelecido no art. 5º, X, da Constituição.

Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções, internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

A indenização a que o consumidor tenha direito básico deverá ser estabelecida igualmente em princípios éticos. Desse modo, prejuízos não materiais como o são os decorrentes de lesão ao corpo ou à saúde, à honra, casos de privação à liberdade física e psicológica etc. permitem ao prejudicado exigir uma equitativa indenização em dinheiro.⁶¹

Note-se que não se trata de pretensão comum de indenização por perdas e danos, por um prejuízo material sofrido e quantitativamente reparável, mas de uma pretensão peculiar, que visa a propiciar ao(s) lesado(s) uma compensação à injustiça que sofreu(ram), considerando, ainda, que o agressor efetivamente deve aos ofendidos uma satisfação pelo mal causado a eles.

A compensação que se espera deverá de alguma forma amenizar tanto as dores sofridas como a frustração e o desânimo. Independentemente de o prejuízo ser imaterial, aos prejudicados devem ser oferecidas vantagens mesmo que de outra natureza, como, por exemplo, a monetária.

Não se pretende, naturalmente, justificar uma compensação no sentido estrito da palavra, de prestações equivalentes, entre o agente ativo e o passivo da lesão, por faltar um denominador comum ao dano imaterial e à compensação pecuniária.

É cediço que o dano imaterial, tal como a expiação, não pode ser calculado em valor monetário. Não é possível ver, demonstrar ou valorar a dor e o perdão, mas somente senti-los. Por meio da indenização, faz-se, na verdade, uma tentativa simbólica de compensação, agregando a ela um sentimento de satisfação a quem foi prejudicado.

Essa busca então advém da relação pessoal que o fato danoso suscita entre o ofensor e o ofendido (ou ofendidos), o qual, por sua natureza, exige que a determinação do quanto a indenizar seja arbitrado levando em consideração todos os elementos do caso, sem se olvidar ao menos de três condições: de um lado, a indenização deve oportunizar ao lesado um sentimento de contentamento, apaziguando o seu senso de justiça ferido; de outro, deve impor

⁶¹ Dispõe, ainda, o art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. O Enunciado 46 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovado na Jornada de Direito Civil de 11 a 13/09/2002, acrescenta: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

ao ofensor um sensível sacrifício patrimonial; e, como consequência, a condenação deve atuar preventivamente, de modo que nem o ofensor e nem terceiros voltem a se valer dessa mesma conduta ou prática ilícita, exaltando um caráter didático (NUNES, 1999, p. 2).⁶²

Essas três condições serão analisadas a partir de diversos fatores, casuisticamente verificados.

O senso de justiça é estabelecido quando se leva em conta a importância, a medida e a duração do dano. Considerar-se-á a intensidade e por quanto tempo persistiram as dores físicas e psicológicas dos prejudicados, os cuidados durante a convalescença e o estado de tristeza decorrente de incapacidades, deformações permanentes, da frustração.

Para um sentimento de satisfação é também muito relevante conhecer o grau de culpa do ofensor, que haverá de ser considerado não apenas tendo em conta os resultados danosos causados. Com efeito, a circunstância de o dano ser decorrente de culpa grave ou, até mesmo, de dolo é fator que influenciará em um estado de maior ou menor amargura, ao passo que quando é causado por um leve descuido, sem qualquer intenção, aquele que foi lesado costuma a encarar o incidente como fatalidade.

Contudo, independentemente da reação do ou dos prejudicados, a análise desse elemento é equitativa quando, no caso concreto, a intencionalidade ou a culpa grave foi levada em consideração para condenar o autor do dano ao pagamento de indenização mais vultosa ou, ao contrário, amenizá-la quando em situações de culpa leve. Seria incoerente um julgador arbitrar condenação menos elevada ao criminoso que dolosamente causou a dor a outrem e vultosa àquele que sem querer, em acidente de trânsito, trouxe a mesma consequência a outro lesado.

Além desses fatores, sabe-se que existem outras circunstâncias paralelas ou concorrentes que sempre são consideradas ao se tentar alguma compensação perante o juízo cível, como as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido; e se houve ou não repercussão do fato na seara administrativa e criminal, com a imposição de sanção ou condenação criminal ao ofensor (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 33).

Não é possível, todavia, estabelecer uma ordem de prioridades nessas situações pois são juízos ou poderes independentes. A compensação e a satisfação que se espera, seja cível, administrativa ou criminal, completam-se reciprocamente cada uma dentro de sua respectiva

⁶² Também se destaca o entendimento do 3º Grupo de Câmaras do TJRS: “O critério de fixação do valor indenizatório do dano moral levará em conta tanto a qualidade do atingido como a capacidade financeira do ofensor, de molde a inibi-lo a futuras reincidências, ensejando-lhes expressivo, mas suportável gravame patrimonial” (j. 01/09/1995, maioria, RJTJRS 176/250).

delimitação, sempre com fulcro no princípio da equidade, como é gide também de Direito Administrativo e de Direito Penal.

Não obstante, existem objeções quanto ao entendimento de que a indenização deve almejar tanto a compensação quanto a satisfação, por justificar que esta – a satisfação – seria analisada apenas quando de eventual condenação criminal, tendo em vista o cumprimento da pena, como resposta ao anseio de ordem e segurança da sociedade. Cahali (2005, p. 35), por exemplo, ao tratar do “fundamento e natureza da reparação”, colaciona alguns entendimentos divergentes quanto aos objetivos da indenização. Assim, a indenização cível ficaria restrita à tentativa de compensar o lesado ou lesados pelos prejuízos que tenham experimentado, ainda que sejam imateriais.

Outra restrição à análise da satisfação seria a que se trata de um critério muito subjetivo, pessoal, demasiado aberto.

Destaque-se, porém, que a satisfação, inclusive com fundamento no princípio ético da equidade, não se orienta tendo por referência apenas o lesado, dado que insere também aquele que causou o dano. Sabe-se, a título de exemplo, que são levadas em consideração circunstâncias positivas e negativas concernentes ao ofensor, quando da determinação do quanto a ser indenizado.

É fato, por outro lado, que a ofensa à dignidade e à honra não se trata de ilícito civil, patrimonial, e que o fator reparação só seria quantificável se do abalo moral fosse decorrente alguma perda de cunho propriamente material. Do contrário, não haveria como se falar em direito à indenização (CAHALI, 2005, p. 326-327).

Haverá satisfação ao ofendido e à sociedade quando o ofensor é efetivamente condenado ao pagamento de indenização por um dano que tenha causado, mesmo nos casos de ofensa à honra e à dignidade de outrem, e desde que essa imposição desestime a reincidência da conduta danosa.

Limitar o direito à indenização ao critério de satisfação poderia ensejar uma falsa conclusão de que aquele ou aqueles que perderam ou não têm capacidade de compreender tal contentamento, ainda que em decorrência do dano, perderiam o direito a qualquer compensação. Deste modo, ainda que o lesado não experimente ou não possa experimentar um sentimento de contentamento ou satisfação, há um inegável sentimento coletivo de justiça a impor que qualquer prejuízo causado ao ser humano não deve permanecer sem reparação, ainda que de caráter simbólico, para atingir os ofensores mediante o pagamento de um sacrifício palpável.

Por fim, destaque-se que a persecução criminal ou a imposição administrativa não traz benefício direto ao ofendido, mas, de modo geral, à coletividade. A efetiva compensação ou satisfação só é viável quando da superveniência de condenação ao pagamento de indenização, em justos parâmetros, que obrigue o causador do dano a amenizar o sofrimento do prejudicado e daqueles que poderiam, futuramente, pelos mesmos motivos e consequências, direta ou indiretamente, também ser lesados.

3.3.2 Limites da indenização, da satisfação e da pena

Frise-se que a satisfação, advinda com a indenização por perdas e danos, extrapola o sentimento de compensação. Ao pensar nos parâmetros de indenização, o julgador, de regra, só se atém às circunstâncias do ofendido, ou seja, quais foram os seus danos, os prejuízos etc., sem preocupar-se, ao menos em um primeiro momento, com a figura do ofensor.

É justo que o ofendido receba uma reparação pelo prejuízo sofrido e, de preferência, que seja *in natura*, restabelecendo o estado perdido e prejudicado. Caso não seja possível, então seria viável a indenização em dinheiro ou por bem economicamente equivalente.

A expectativa de prevenção em relação a danos supervenientes é, também, consequência do adequado dever de indenizar. O sentimento de satisfação do ofendido, ao contrário, pode estar inteiramente desvinculado da indenização, em si, e simplesmente não acontecer por meio de qualquer pagamento, por mais vultosa que seja a quantia.

Quando haverá, então, a satisfação do ofendido? O que é necessário para reconfortá-lo? Para o ofendido, além da avaliação e verificação de seus prejuízos, a satisfação adviria por meio da ponderação em torno da responsabilidade do ofensor, muito embora não pareça correto ou compatível utilizar-se da culpabilidade como parâmetro para gradação do *quantum* a indenizar, por parecer critério de aplicação de pena, da seara do Direito Criminal.

Caso a culpabilidade fosse referência para valoração da indenização, irrisório ou inexpressivo acabaria sendo o valor arbitrado se comparado ao prejuízo, quando verificada situação de culpa levíssima do ofensor.

Por outro lado, condenar o ofensor ao pagamento de soma superior ao prejuízo que causou colocaria em xeque os fundamentos que justificam o direito à indenização. Neste molde, o direito à indenização é desviado e alargado para além da referência do dano em si causado.

Precisamente por esse motivo é que se admite considerar tanto o grau de culpa do ofensor quanto o prejuízo por ele causado, ainda que voltar-se para o ofensor ou para o agente do prejuízo seja critério inerente ao Direito Penal e não ao Direito Civil.

O Direito Penal brasileiro é aquele que avalia a culpabilidade e não o resultado, em si. Interessa-se, portanto, pelo agente e pelo ato. A condenação cível ao pagamento de indenização e a condenação criminal diferenciam-se – no julgamento de um mesmo ato – porque a primeira pretende compensar os danos causados ao prejudicado, enquanto a segunda produz efeitos sobre o agente para que o ato ilícito seja expiado e para que ele se ressocialize.

A fim de alcançar a satisfação àquele que foi lesado dever-se-ia, então, agregar à condenação indenizatória também a finalidade de sanção e prevenção, sem que necessariamente esta se confunda com uma condenação criminal.

O intuito de apaziguamento da vítima ou daqueles a ela ligados, como desincentivo à vingança, é pertinente ao Direito Penal, pelo cumprimento de pena por quem causou o dano. Evidentemente, essa conclusão só é aplicável quando as consequências de um ato ilícito tenham repercussões tanto cíveis quanto criminais, ou seja, quando se trate de conduta tipificada e que caracterize direito a buscar as perdas e danos.

Poder-se-ia concluir, a partir dessa premissa, que haveria satisfação do lesado quando o ofensor fosse criminalmente condenado, mediante o cumprimento da pena, independentemente de qualquer direito à indenização. Ambas se prestam a permitir ao prejudicado um sentimento de contentamento, de satisfação. Deve-se, naturalmente, delimitar o que é a condenação cível e o que é a criminal, para não se estabelecer um instituto híbrido, simbiótico. A condenação criminal serve à satisfação coletiva, da sociedade, já a condenação cível se presta à satisfação de quem foi lesado.

A condenação cível também se diferencia da criminal mesmo nos casos de aplicação de pena pecuniária ao réu, que deverá pagá-la diretamente ao Estado ou a quem por ele indicado, ao passo que a indenização é destinada ao prejudicado.

Registre-se que não existe nenhum consenso quanto a que circunstâncias devem ser consideradas para estabelecer o montante da indenização, haja vista as controvertidas opiniões sobre a natureza da condenação cível e sua interface com a criminal. Sabe-se que devem ser levados em conta o grau de culpa e o volume do patrimônio do ofensor, bem como a magnitude, o tipo e a duração das dores sofridas.

Não obstante, é mister esclarecer que poderá haver condenação ao pagamento de indenização também nos casos de responsabilidade delitual sem culpa ou independentemente

de culpa. Nesse caso, o pressuposto de responsabilização seria a conduta objetiva contrária a um dever ético, social e legal, consoante anteriormente comentado, ao se tratar, de forma específica, da responsabilidade do empresário que oferta e fornece produtos e serviços à população, ao mercado.

4 A REGULAÇÃO DO ESTADO PARA A ORDEM ECONÔMICA

A tutela Constitucional da Ordem Econômica impõe uma série de princípios que deverão ser respeitados tanto pela Administração, como pela iniciativa privada, com o fim de regular a atividade estatal e garantir o desenvolvimento equilibrado do país.

A respeito dos objetivos traçados pela Constituição à República Federativa do Brasil em garantir o desenvolvimento equilibrado do país, Nusdeo (2002, p. 17) faz importante diferenciação entre “desenvolvimento” e “crescimento”, uma vez que eles poderão ser confundidos, porque em ambos os casos haverá o crescimento do PIB (Produto Interno Bruto).

A efetiva diferença é evidenciada no “desenvolvimento” em si, quando além do crescimento do PIB há profundas alterações em toda a estrutura de um país, como aquelas de ordem cultural, psicológica e social. Todas essas mudanças, aliás, permitirão a sustentabilidade do processo de crescimento, ou seja, viabilizarão o desenvolvimento autossustentável.

No mesmo sentido, Veiga (2007, p. 48-49) esclarece que o crescimento econômico é acontecimento de meio e não finalístico. Para explicar essa afirmação, o autor cita o alto PIB de países como a China (que em 2003 tinha um PIB de 8,2), a Coreia (que em 2003 tinha um PIB de 6,1), cujos indicadores de desenvolvimento e sustentabilidade foram superados pelo Brasil que possuía um PIB de 0,8. Para se ter uma idéia, em sustentabilidade ambiental (em que pese toda a devastação e degradação nos principais ecossistemas brasileiros), o Brasil obteve nota 6 no “provão de sustentabilidade” (ESI – *Environmental Susteinability Index* 2005), enquanto a China não chegou a 4.

Entretanto, a necessidade de regulação estatal da economia não pode ser exercida de modo absoluto e sem que haja fundamento para a interferência.

A ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado

organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica; opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso de poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros [...] (GRAU, 2001, p. 54).

É verdade que compete ao Estado⁶³ conciliar determinados setores do mercado nacional, valendo-se de política de efetivo planejamento, com vistas a assegurar o bem-estar coletivo, garantindo saúde, habitação, educação, alimentação, urbanização e solução para as questões fundiárias etc., e também disciplinando, mediante o exercício do seu Poder de Polícia, os setores nos quais a atividade econômica, embora exercida pelos agentes privados em regime de competição, deva estar submetida a determinados controles para coibir abusos e ineficiências em face, dentre outros, dos empregados, dos concorrentes, dos consumidores e do meio ambiente.

Neste sentido, Dias (1991, p. 320) assevera que

tanto a liberdade de empresa, como de concorrência, não podem exercitar-se em prejuízo dos legítimos interesses econômicos da população. O art. 5º, XXXII da Constituição determina que o Estado promova a defesa dos consumidores e o art. 170, V, atribui a essa tutela nível de princípio da ordem econômica. É preciso então conciliar a proteção dos interesses dos consumidores com a liberdade de empresa e de concorrência.

A transferência das funções de utilidade pública do setor público para o privado, com o fenômeno da privatização, atribui ao Estado poder crescente de regulamentação, fiscalização e planejamento da atividade privada, antes por ele exercida. No Brasil, o programa de reforma do Estado decorre da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente do desenvolvimento econômico, sendo imperiosa a necessidade do aprimoramento das funções reguladoras.

A retirada do Estado da prestação direta da atividade econômica não significa ausência de intervencionismo estatal. Ao contrário, faz-se necessária a criação de mecanismos desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não fique ao alvitre do interesse privado do fornecedor, cuja atuação muitas vezes não beneficia a coletividade.⁶⁴

⁶³ Por meio de seus três Poderes.

⁶⁴ Esclareça-se que esse processo de substituição das formas de intervenção direta do Estado não é peculiaridade brasileira, mas se trata de mudança ideológica e de reclassificação do papel estatal nos demais países organizados de forma social democrata.

Para Ribeiro (1999, p.155-156),

os séculos IX e XX têm sido os palcos do progresso do Estado providência e, talvez não coincidentemente, também espectadores de importantes crises nos planos social, econômico e internacional. Todavia, à medida que se fez mais desenvolvido, o Estado de bem-estar passou a exigir a aplicação de recursos cada vez mais significativos, acompanhando-se ainda do acréscimo da demanda de sua atuação. Chega-se, então, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, nos países organizados de forma social democrata, a desequilíbrios das balanças comerciais, desestabilização da moeda, aumento fiscal e de preços.

A difícil conciliação proporcional desses diferentes setores e princípios, imperiosos para a ordem e para o desenvolvimento econômico nacional, não pode servir de justificativa para a inércia da Administração, que resultaria em um extremo Liberalismo. Da mesma forma que o Poder Público deve pautar a sua atuação no princípio da proporcionalidade, também não poderá extrapolar os parâmetros previstos no *caput* do art. 174 da Constituição.⁶⁵

O princípio da proporcionalidade também compreende o princípio da subsidiariedade que, na seara do Direito Econômico, sob o fundamento dos artigos 173 e 174 da Constituição, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exploradas e autorreguladas pela iniciativa privada. Em outras palavras, se compatível com os princípios dispostos no art. 170 da Constituição, o Estado não pode coarctar a livre iniciativa dos agentes econômicos; sendo incompatível, deve fazê-lo de modo razoável e menos restritivo possível.

Essa é a regulação que se espera do Estado Democrático de Direito que tem, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a livre iniciativa.⁶⁶ Dessa forma, apesar de o bem-estar social e coletivo prescindir, para a sua manutenção, do intervencionismo público, tal poder é também orientado às demais garantias constitucionais de desenvolvimento econômico alicerçado nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Em outras palavras, a persecução do bem-estar social, apesar de exigir sempre certo grau de intervenção do Poder Público, não poderá ser dissociada da idéia de subsidiariedade enquanto princípio normativo. Se o Estado Democrático impõe a garantia das condições básicas de dignidade da pessoa humana, a verdade é que isso não significa necessariamente que tenha de ser apenas o próprio Estado a realizar este objetivo. (OTERO, 1998, p. 18-19).

Tanto quanto o princípio da subsidiariedade, o da proporcionalidade também

⁶⁵ Art. 174 da Constituição, *caput*: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

⁶⁶ Art. 1º, IV, da Constituição.

compreende o princípio da razão pública, pelo qual a regulação administrativa não pode ser justificada por razões ou interesses inerentes a grupos parciais. Por mais respeitável que seja a minoria ou até a maioria interessada, seus anseios só podem ser atendidos não em virtude deles em si, mas por razões públicas atinentes a toda a coletividade.

Deve-se compreender, por fim, como inerente à proporcionalidade, o princípio da diferença, pelo qual as liberdades econômicas e as desigualdades evidenciadas em sociedade são admissíveis, se forem vantajosas aos mais desfavorecidos. (RAWLS, 1997, p. 80).

O princípio da proporcionalidade, se plenamente compreendido, impede que o Estado Democrático se revista de um dirigismo totalitário e abrangente. Por outro lado, ao contrário do que postulam os neoliberais, tal princípio demonstra que a livre iniciativa e a autorregulação privada da economia são possíveis e compatíveis, mas com equilíbrio, devendo-se criteriosamente aferir, caso a caso, se são melhores para a sociedade do que a regulação estatal, que também, por sua vez, será mais ou menos rígida de acordo com os mesmos princípios balizadores da Ordem Econômica.

É o princípio da proporcionalidade que autoriza o Estado a atuar sobre a economia quando os agentes do mercado não satisfizerem ou agredirem o interesse coletivo, harmonizado no disposto no art. 170 da Constituição. (BARROSO, 1990; SILVA, 1998).

A dignidade da pessoa humana, enquanto referência determinante para aplicação do princípio da proporcionalidade pela Administração, não se configura limite substancial ao exercício do Poder Público, tratando-se, na verdade, de exigência positiva de intervenção para garantir a manutenção da ordem econômica. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade pode e deve desempenhar o papel de critério funcional determinante de intervenções públicas em distintos setores sociais ou econômicos, à medida que a dignidade da pessoa assim o exija.

Não existe um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. O método regulatório do Estado é bem mais criterioso do que se poderia simplesmente entender da literalidade de “supremacia do interesse público”:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. [...]. Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma 'conexão estrutural'. [...]. A verificação de que a Administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de conflito. (ÁVILA,

1999, p. 111-112).

Destaque-se, ainda, que na complexa vida em sociedade não há apenas um interesse público e nem um que seja predominante: há vários, como a necessidade de melhoria e de ampliação dos serviços, a acessibilidade das tarifas, as estratégias para estimular o investimento estrangeiro, a atuação preventiva para maior e efetiva segurança jurídica etc. Como esclarece Medauar (1992, p. 182),

a doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua própria objetividade.

O Estado, quando regula as atividades econômicas, deve buscar satisfazer os interesses públicos fixados no ordenamento jurídico – não um “interesse público” exclusivo e teórico –, o que abrange, inclusive, os da própria Administração, os dos fornecedores de produtos e serviços e os das diversas categorias de consumidores (enquanto pessoas jurídicas de Direito Público e Privado, pessoas naturais, sujeitas ao *e-commerce* etc.), ainda que em aparente conflito de objetivos.

Incompatível, diante dessa realidade, pretender o sacrifício de um interesse em benefício de outro ou falar de primazia de um sobre outro. Interesses em confronto devem ser ponderados, sem que haja sacrifício de algum, tanto quanto possível. Tal análise exige a ampla apreciação de todos os fatores envolvidos, objetivando conciliação e sacrifício mínimo, de acordo com o princípio da impessoalidade imposto para todos os setores da Administração Pública.⁶⁷

Na aparente colisão de princípios, diversamente do que sucede com a aparente colisão de regras ou entre regra e princípio, o que se deve buscar é a eficácia de ambos, com limites de atuação, impostos um sobre o outro, e vice-versa, a fim de que possa coexistir juridicamente e no mundo fático, ante a sua aplicação concreta. (ALEXY, 1993, p. 87).

Sob esse convencimento se constata que a efetiva compatibilização da defesa do consumidor com a livre iniciativa somente acontecerá mediante intervenção do Poder Público, na busca de equilíbrio dos interesses decorrentes das relações de consumo.

4.1 A ATUAÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO PARA A DEFESA DO CONSUMIDOR –

⁶⁷ Constituição, art. 37, *caput*.

PRINCÍPIO DE ORDEM ECONÔMICA

A orientação econômica constitucional é literal ao estabelecer, consoante o art. 170, o seu fundamento no princípio da livre iniciativa, condicionando-o, expressamente, à garantia de existência digna à coletividade, de acordo com os ditames da justiça social.

Diante desse modelo de Estado liberal contido, tem-se que a satisfação das necessidades econômicas da sociedade depende também da atividade empresarial, inclusive e principalmente daquela de iniciativa privada, não obstante ser desenvolvida para a realização do objetivo lícito de lucro, que é decorrente da aquisição de bens e serviços disponibilizados ao dinâmico mercado de consumo.

Com fulcro no art. 170 da Constituição, nota-se, portanto, que os agentes econômicos podem atuar livremente desde que não provoquem distorções prejudiciais aos anseios e à justiça social ou fraudes capazes de causar danos à população.

Para que a livre atividade empresarial seja explorada dentro dos parâmetros constitucionais, evitando-se abusos, impõe-se a regulação pelo Estado para a defesa do consumidor, assim como para a realização dos demais princípios e garantias previstos no referido art. 170.

Justifica-se o caráter cogente desse poder interveniente ao se constatar que o agente da prática empresarial abusiva é, via de regra, o titular da posição dominante no respectivo segmento econômico, pois, por suas condições de determinismo sobre o mercado, possui força suficiente para alterar os rumos naturais da lei econômica da oferta e da procura, de modo a fixar e a manipular preços e estabelecer condições predispostas.

Assim sendo, caso sejam evidenciadas práticas abusivas por parte do titular de posição dominante, para a manutenção do imperativo constitucional de soberania nacional, de cidadania, de dignidade da pessoa humana e, especificamente, de defesa do consumidor e de função social da propriedade, mister se faz a firme regulação estatal para inibir a atividade econômica monopolista, restabelecendo a dinâmica normal do mercado atingido.

Logo, à medida que um indivíduo vai se integrando na sociedade, já a partir de seu nascimento, vão se desenvolvendo outras necessidades que não simplesmente aquelas básicas à sobrevivência, como alimentação e proteção. Seja o indivíduo pessoa física ou esteja por trás de uma pessoa jurídica, o fato é que, integrado à sociedade, ele precisará, até por indução, de tudo o mais que o mercado de consumo possa lhe prover, na proporção de sua própria integração, como fazer refeições a cada dia, trajar as vestimentas compatíveis com a situação

climática ou social em que se encontra etc.

A imposição de necessidades de consumo convence o indivíduo a satisfazê-las como se o fossem condição de subsistência (ainda que não o sejam, propriamente dito), como imprescindíveis para uma boa qualidade de vida, ou como meio de reconhecimento e de integração social.

Em contrapartida, a impossibilidade de satisfação das vontades de consumo é causa de sofrimento, de infelicidade, de ostracismo; em casos mais extremos, talvez essa frustração seja a razão da prática de tantos atos impensados ou delituosos para suprir a desesperadora carência do algo que tanto se quer.

Todas essas circunstâncias coagem o indivíduo ao consumo. Esta compulsão à aquisição de bens é a base econômica do regime Capitalista.⁶⁸

Na inafastável realidade de dependência na qual se inserem os cidadãos, o Estado garantirá maior segurança aos consumidores se incentivar a competição lícita na atividade empresarial. Na busca da maior e melhor clientela, os empresários não medem e não medirão esforços: tentarão ofertar os produtos e serviços mais adequados e seguros, permanecerão atentos aos preços etc.

Por esse motivo, aquele que detém posição dominante em mercado, segundo anteriormente esclarecido, e dependendo do grau de sua própria situação monopolística ou de domínio em relação aos demais fornecedores, está em condição de superioridade tanto em relação aos seus concorrentes quanto em relação aos consumidores que, manipulados pela lei da oferta, têm prejudicada ou até mesmo suprimida a autonomia de vontade, submetidos aos padrões muitas das vezes a eles impostos mediante práticas abusivas.

Para garantir que todos tenham existência digna conforme os ditames da justiça social, o Estado tem o dever de intervir nas relações de consumo estabelecidas em mercado, minimizando os efeitos nocivos dos atos abusivos que decorrem da atividade empresarial monopolista, consequência de uma má compreensão do que se entende por livre iniciativa.

Além do arcabouço constitucional, o instrumental de intervenção do Estado na economia advém de legislações específicas, como a própria Lei nº 8.079/90, que estabelece o Código de Defesa do Consumidor, com as alterações decorrentes das Leis de nº 8.703/93,

⁶⁸ Como exemplo: “Brasília - O presidente Luiz Inácio Lula da Silva voltou a incentivar o consumo e argumentou nesta terça-feira que a economia real pode ser contaminada pela crise se o trabalhador não comprar por pânico ou medo de perder o emprego. ‘O que eu quero dizer é que ele corre o risco de perder o emprego se ele não comprar. Não comprando, o comércio não encomenda para a indústria, a indústria não produz, e não produzindo, não tem emprego’, disse Lula em cerimônia de premiação de práticas de gestão e estudos sobre os programas sociais do governo.” Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,lula-incentiva-consumo-para-que-crise-nao-afete-economia-real,283487,0.htm>> Acesso em: 27 jun. 2009.

8.884/94, 9.008/95, 9.298/96 e 9.870/99. Além do Código de Defesa do Consumidor e alterações, dá subsídio à regulação do Estado na economia a Lei nº 8.137/90, que define os crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, bem como a Lei nº 8.176/91 e, notadamente, a Lei nº 8.884/94, que trata da prevenção e da repressão às infrações à ordem econômica, com as alterações introduzidas pelas Leis de nºs 9.021/95, 9.069/95, 9.470/97 e 10.149/00.

A Lei nº 8.884/94, também para proteção do consumidor, promoveu a renovação e o fortalecimento do sistema de defesa do mercado por meio da Secretaria de Direito Econômico – SDE, vinculada ao Ministério da Justiça, e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

A partir dessas mudanças, em parte estimuladas pelo Programa Nacional de Desestatização, foram instituídos ou reformulados órgãos governamentais e agências reguladoras, todos com atribuições ou poder de polícia ou de regulação, atuantes em segmentos de mercado específicos, dentre as quais se destacam: Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, pela Lei nº 9.427/96, com as alterações oriundas das Leis nº 9.648/98, nº 9.649/98 e nº 10.438/02; Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, pela Lei nº 9.472/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.986/00; Agência Nacional de Petróleo – ANP, pela Lei nº 9.478/97, alterada também pela Lei nº 9.986/00 e a de nº 10.202/01; Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, pela Lei nº 9.782/99, com as alterações também feitas pela Lei nº 9.986/00; Agência Nacional de Saúde Suplementar, pela Lei nº 9.961/00, também com as alterações da Lei nº 9.986/00; Agência Nacional dos Transportes Terrestres e Agência Nacional dos Transportes Aquaviários, pela Lei nº 10.233/01, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.561/02 e Medida Provisória 2217-3/01. Essas duas últimas integram o sistema de regulação dos transportes com o Departamento de Aviação Civil – DAC.

4.2 A ATUAÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA – PRINCÍPIO DE ORDEM ECONÔMICA

A liberdade de concorrência consubstancia-se na escolha da forma de competição com os demais agentes que exploram a mesma atividade em mercado. Viabiliza-se pela liberdade de circulação de outros importantes agentes econômicos, tais como os trabalhadores assalariados, o estabelecimento, a prestação de serviços, o capital e os pagamentos (SANTOS;

GONÇALVES; MARQUES, 1995, p. 104-110).

O que fundamenta a liberdade de concorrência, segundo a doutrina, é, invariavelmente, o direito de propriedade e o direito da personalidade, pois é justamente a propriedade (material ou imaterial) que cria os atributos da atividade empresarial e há, inegavelmente, incentivo estatal para protegê-la, inclusive da injusta concorrência. Em outras palavras (e como consequência), pode-se afirmar que a legislação da proteção e defesa da concorrência viabiliza o desenvolvimento econômico do país. Rosenberg (2008, p. 175) esclarece:

Analisando a questão subjacente às normas de direito positivo, é possível afirmar, sem deixar espaços para questionamentos, que a proteção à propriedade industrial somente se justifica, pelo próprio texto constitucional, pelo incentivo ao “desenvolvimento tecnológico e econômico do país”, expressão que deve ser entendida como incentivo à inovação, escopo esse que coincide com aquele da Lei de Defesa da Concorrência.

Sabe-se, todavia, que a concorrência explorada sem limites ou controle público que evite as situações de abuso de posição dominante, impõe sérias restrições ao mercado, aos consumidores e à economia, culminando, em casos extremos, com a eliminação de todos os demais empresários que exploravam a mesma atividade econômica.

Para incentivo à boa concorrência e ao seu desenvolvimento, expediram-se leis para prevenção e repressão à atividade dos empresários que se prevalecem do estado privilegiado para, dolosa ou culposamente, prejudicarem os demais, de forma desleal.

Caracterizarão a chamada concorrência desleal as ações que podem causar prejuízos à propriedade material dos outros empresários e das sociedades empresárias. É desleal o concorrente que prejudica o nome empresarial do outro, a sua honra, o direito às criações intelectuais, o sigilo (por meio de “espionagem industrial”), entre outros.

O regime de proteção da livre concorrência não é aplicado apenas e necessariamente aos empresários de menor porte econômico. Também não se pode supor que o sucesso da atividade de muitos advém de condutas desleais em mercado. Diversos fatores poderão justificar tal preponderância: a) maiores investimentos no negócio; b) o emprego de tecnologia; c) a implementação de estratégias de captação lícita de consumidores (melhores produtos e serviços, publicidade, ofertas especiais etc.); e d) o exercício da atividade econômica em campos geográficos diversos que proporcionam a facilitação do escoamento dos bens fabricados e melhor acesso dos consumidores à aquisição de produtos e serviços.

A competição entre o empresariado deve-se orientar pelo princípio da boa-fé,

vedando-se, deste modo, atitudes que obstruam a entrada de outros empresários em um mesmo setor econômico, bem como práticas desleais de captação de clientela ou de esvaziamento da atividade do concorrente.

A livre concorrência, ademais, possibilita ao consumidor mais opções e estimula, inclusive, o incremento tecnológico dos produtos e serviços ofertados, haja vista que os fornecedores tendem a sempre querer superar os demais concorrentes, proporcionando o seu melhor e mais adequado ao mercado de consumo.

4.2.1 A proteção do concorrente como consumidor equiparado

O cotejo da Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – com as normas que regulam a concorrência, especialmente a Lei nº 8.884/94 – Lei de Proteção e da Defesa da Concorrência – e com a Lei nº 9.279/96 – Lei de Proteção à Propriedade Industrial, revela que tais ordenamentos orientam-se para o fim comum de Ordem Econômica, de modo que se justifica e impõe-se a aplicação conjunta dos preceitos ditos consumeristas com aqueles concorrenciais.

É o diálogo entre essas fontes e a interpretação do art. 29, combinado com o preceito do art. 4º, VI, ambos da Lei nº 8.078/90, que transforma o Código de Defesa do Consumidor não apenas em instrumento de proteção aos adquirentes potenciais ou efetivos de produtos e serviços mas, também, de tutela do mercado, como já verificado por Marques (2002, p. 294):

O potencial desta norma [art. 29 do CDC] ainda foi pouco explorado pelos agentes econômicos presentes no mercado brasileiro, talvez receosos que um dia ela seja usada contra si próprios. Na verdade, sua potencialidade ainda é quase desconhecida e parece conter como único limite a idéia de prejuízo (direto ou indireto) para os consumidores face à prática comercial abusiva. O art. 4º do CDC, inciso VI, estabelece como norma-objetivo do CDC, como princípio norteador da interpretação do próprio art. 29, a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal”, desde que “possam causar prejuízos aos consumidores”. Assim, um comerciante poderia exigir, por exemplo, a abstenção de outro comerciante que está vinculando uma propaganda enganosa no mercado (art. 37, § 1º) ou a nulidade de uma cláusula presente nas suas condições gerais de venda, mesmo em contrato comercial (arts. 51 e 54), alegando prejuízo indireto aos consumidores (em verdade, ao mercado).

É cediço que o fundamento protecionista da Lei nº 8.078, de 11/09/1990, à pessoa do consumidor é a realização da dignidade humana. É, portanto, escopo dessa lei evitar que o consumidor, vulnerável por presunção legal, seja alvo de estratégias abusivas mercadológicas

por parte dos demais agentes econômicos.

Essa forma protecionista de tutela é especialmente relevante após o Programa Nacional de Desestatização, criado pela Lei nº 8.031, de 12/04/1990, diante de uma significativa maior presença da iniciativa privada em atividades essenciais ao conforto e bem-estar da população, antes exclusivamente controladas pelo Poder Público, que torna o mercado ainda mais competitivo à busca de maior lucratividade (haja vista a finalidade precípua do exercício empresarial), às custas da completa sujeição do consumidor às práticas gananciosas do fornecedor de produtos e serviços.

Considerando-se o contexto e as razões históricas que motivaram o art. 48 dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, para elaboração, pelo Congresso Nacional, em até 120 (cento e vinte) dias após a promulgação da Constituição, de um Código de Defesa do Consumidor, entende-se por que a interpretação dos dispositivos da Lei nº 8.078/90 não pode estar alijada da realidade econômica e mercadológica, tanto no âmbito nacional quanto internacional.

A Lei nº 8.078/90 não constitui, portanto, tão-somente o direito substantivo e adjetivo para a proteção do consumidor, sob o foco de sua condição humana e o consequente respeito à sua dignidade, mas é, também, instrumento para a implementação de políticas públicas de conscientização ao consumo, a fim de que as relações em mercado aconteçam de forma justa e equilibrada, minimizando as desigualdades decorrentes de situação de abusos.

Não há que se falar que a proteção ao consumidor e ao mercado são interesses paradoxais, antagônicos ou incompatíveis, como ainda defendem alguns fornecedores de produtos e serviços. Consumidor, como sabido, é importante agente econômico, tanto quanto o fornecedor, numa relação de total dependência econômica. Se não com base unicamente nessa constatação experimental, note-se o disposto no referido art. 170 da Constituição, arrolando os princípios da defesa do consumidor, da concorrência e da livre iniciativa como imprescindíveis para a realização da pretendida Ordem Econômica e Financeira. Grau (2001, p. 248) corrobora o entendimento exposto ao afirmar:

As regras da Lei nº 8.884/94 conferem concreção aos *princípios* da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí porque o princípio da liberdade de concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia.

A equivocada noção de antinomia entre os princípios constitucionais antes referidos haverá de ser resolvida por meio da ponderação casuística, consoante desenvolvido em capítulo anterior.

Os princípios constitucionais da livre iniciativa e da defesa do consumidor devem ser analisados de acordo com os limites impostos para cada qual, para a harmonização do mercado e a consolidação do que estatui o texto constitucional. Na aparente colisão de princípios, diversamente do que sucede com a aparente colisão de regras ou entre regra e princípio, o que se deve buscar é a eficácia de ambos, com limites de atuação, imposto um sobre o outro, e vice-versa, a fim de que possam coexistir juridicamente e no mundo fático, ante a sua aplicação correta. Destarte, a defesa do consumidor deve ser assegurada pelo Estado, que também deverá assegurar, por outro lado, a livre concorrência empresarial, cujos limites se encontram na tutela dos destinatários finais de produtos e serviços (SIMÃO FILHO; LUCCA, 2004, p.181).

Não obstante o aparente confronto de interesses ante a premissa de que o direito do consumidor tem por incontestável princípio a vulnerabilidade do consumidor, enquanto o direito da concorrência parte do pressuposto de que os agentes econômicos estão em igualdade de condições em mercado, sabe-se que ambos os sistemas são meios e têm por finalidade a proteção do mercado de consumo.

Além do referido art. 170 da Constituição, destaque-se, ainda, a compatibilização desses mesmos princípios a partir da diretiva disposta no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, de necessidade de “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico”. Assim,

No hay duda de que la existencia de un mercado competitivo es uno de los mecanismos más eficientes para la defensa del consumidor. El incremento de opciones de productos y servicios es lo que asegura la libertad contractual y favorece el poder de negociación del individuo. (LORENZETTI, 2003, p.57)⁶⁹.

Da mesma forma:

Celui-ci [droit de la concurrence], régit les rapports des entreprises les unes avec les autres, il se situe donc en amont du droit de la consommation. Mais il existe, à la frontière entre deux matières, un ensemble de règles qui appartiennent à l'une aussi bien qu'à l'autre (ainsi l'interdiction de méthodes commerciales agressives). Plus généralement, les règles du droit de la concurrence ont presque toutes des conséquences pour les consommateurs, et réciproquement les règles du droit de la consommation exercent souvent une influence sur la concurrence. La symbiose est si étroite que, sans perdre leur identité, les deux matières pourraient être groupées dans un ensemble qui serait le droit du marché. (CALAIS-AULOY; STEINMETZ, 2003,

⁶⁹ “Não há dúvida de que a existência de um mercado competitivo é um dos mecanismos mais eficientes para a defesa do consumidor. O incremento de opções de produtos e serviços é o que assegura a liberdade contratual e favorece o poder de negociação do indivíduo”.

Como se vê, os mesmos fatores nocivos ao mercado (tais quais venda casada, prática de preços abusivos, recusa de venda, entre outras) prejudicam, de um modo geral, os direitos dos consumidores. As práticas coibidas pelas leis de mercado e pelas leis do consumo são, com frequência, exatamente as mesmas. A correlação entre as legislações é incontestável na medida em que um mau concorrente, por exemplo, é penalizado com a sua inscrição como infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (nos termos do art. 24, III, da Lei nº 8.884/94). Se não bastasse, para aplicação e gradação das penas a serem impostas ao mau concorrente, no regime dessa lei, é relevante, entre outros fatores, o grau da lesão ou do risco de lesão aos consumidores, como expresso em seu art. 27, inciso V.

Verifica-se, ainda, convergência entre a Lei nº 8.884/94 e a Lei nº 8.078/90 quanto aos legitimados para “obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica”, nos exatos termos do art. 29 da Lei nº 8.884/94, que se reporta àqueles mencionados no art. 82 da Lei nº 8.078: uma associação de defesa econômica (Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE) e de defesa do consumidor (Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC), ambos subordinados à mesma Secretaria de Direito Econômico (SDE), a quem cabe, entre outras atribuições:

I – formular, promover, supervisionar e coordenar a política de proteção da ordem econômica, nas áreas de concorrência e defesa do consumidor; II – adotar as medidas de sua competência necessárias a assegurar a livre concorrência, a livre iniciativa e a livre distribuição de bens e serviços; III – orientar e coordenar ações com vistas à adoção de medidas de proteção e defesa da livre concorrência e dos consumidores; IV – prevenir, apurar e reprimir as infrações contra a ordem econômica; V – examinar os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços; VI – acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante no mercado relevante de bens e serviços, para prevenir infrações de ordem econômica; VII – orientar as atividades de planejamento, elaboração e execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor; VIII – promover, desenvolver, coordenar e supervisionar atividades de divulgação e de formação de consciência dos direitos do consumidor; IX – promover as medidas necessárias para assegurar os direitos e interesses dos consumidores; e X – firmar convênios com órgãos e entidades públicas e com instituições privadas para assegurar a execução de planos, programas e fiscalização do cumprimento das normas e medidas federais. (BRASIL,

⁷⁰ “Esse [direito da concorrência] rege as relações das empresas entre si, e se situa, portanto, acima do direito do consumidor. Mas existe, no limite entre estas duas matérias, um conjunto de regras que pertencem tanto a uma quanto à outra (como a proibição de práticas comerciais agressivas). Mais genericamente, quase todas as regras do direito da concorrência apresentam conseqüências aos consumidores, e, reciprocamente, as regras do direito do consumidor, muitas vezes, exercem uma influência sobre a concorrência. A simbiose é tão estreita que, sem perder sua identidade, os dois assuntos poderiam ser agrupados num conjunto que seria o direito do mercado”.

2007, Dec. nº 6.061, Anexo I, art. 17).

Ainda que existam falhas de comunicação e de integração entre os órgãos e as autarquias de defesa da concorrência e de defesa do consumidor, que impedem um melhor funcionamento do sistema de tutela da Ordem Econômica, é inquestionável a interligação e interdependência dos sistemas.

Há uma tendência, no Brasil de confundirem-se as áreas de incidência de diplomas diversos, como a Lei da Propriedade Industrial, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste, misturando-se os interesses diretamente protegidos por estes diplomas. Por óbvio, a confusão muitas vezes se justificaria, considerando-se que os bens jurídicos tutelados mediatemente por uma lei são protegidos de forma direta e imediata por outra, não sendo difícil que se percam os contornos de uma nítida individualização. (FORGIONI, 2005, p. 284).

Constata-se, então, que os fornecedores, para permanecerem em mercado, devem necessariamente respeitar tanto os seus concorrentes quanto os consumidores. Compreender e aplicar o Direito da boa concorrência permitirá ao empresário exercer e praticar atos de concentração sem prejudicar, de forma ilícita, os demais que desenvolvem a mesma atividade em mercado.

Com fornecedores cientes, ainda, dos direitos do consumidor, reduzir-se-ão os riscos de prejuízos advindos de práticas abusivas não conhecidas como ilícitas antes da Lei nº 8.078/90, com reflexos repressivos e inibidores não só das áreas administrativa e penal, como em relação à própria perda de confiança da clientela, direta ou potencialmente lesada, para vantagem dos concorrentes.

Não há dúvida de que o empresário ético e responsável, nessas circunstâncias, obterá os melhores resultados e, em movimento cíclico, desenvolverá ainda e cada vez mais a sua atividade. A Lei nº 8.884/94 e a Lei nº 8.078/90, tidas por alguns como tendenciosas e exclusivamente protecionistas ao mercado e ao consumidor, respectivamente, serão eficiente instrumental de enriquecimento ao fornecedor que exerce empresa em respeito aos concorrentes e de acordo com a Política Nacional de Relações de Consumo.⁷¹

Cumpra ao Estado estimular os empresários, por meio de políticas públicas, ao adequado atendimento às necessidades de seus clientes, com fulcro nas balizas da Lei nº

⁷¹ O art. 4º da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, dispõe sobre a Política Nacional de Relações de Consumo, tendo por objetivo o atendimento da necessidade dos consumidores; do respeito à sua dignidade, saúde e segurança; da proteção de seus interesses econômicos; da melhoria da sua qualidade de vida, bem como da transparência e harmonia das relações de consumo, garantias estas balizadas em princípios arrolados entre os incisos I e VIII do mesmo artigo.

8.884/94 e da Lei nº 8.078/90, a fim de que as estratégias de *marketing*, vendas, pós-vendas, entre outras, sejam orientadas à realização da Ordem Econômica, o que representará diretos benefícios a seus próprios estabelecimentos (como, por exemplo, a redução de despesas com os litígios advindos das relações de consumo), sem falar dos indiretos, tais como a melhora da imagem, da reputação e, conseqüentemente, das vendas.

Haverá, certamente, o empresário que não respeitará as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Defesa da Concorrência, focando os seus atos com o fito único de obter maior lucratividade à custa de ocultas práticas abusivas e nocivas ao mercado de consumo, apostando na ausência de fiscalização ou na sua insuficiência, na morosidade do Poder Judiciário e na possibilidade da realização de acordos a baixo custo e, até mesmo, no fato de que poucos são os que buscam a Administração ou a prestação jurisdicional quando prejudicados.

Esse tipo de fornecedor deveria ser excluído do mercado ou devidamente penalizado porque, se assim não o for, lesará não só os consumidores como também o empresário ético, que perde clientela nas práticas abusivas, anticoncorrenciais e, portanto, antieconômicas, a despeito do postulado no art. 170 da Constituição.

4.3 A ATUAÇÃO REGULATÓRIA DO ESTADO E A COMPREENSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Pode-se afirmar, a partir de ampla noção, que serviço público seria toda prestação de natureza social pelo Estado, o que inclui desde as atividades econômicas, a jurisdição, a segurança pública, o poder de polícia, a organização urbana e a própria regulação estatal. De forma mais restrita, compreende-se por serviço público todas as atividades de conteúdo econômico e revestidas de especial relevância social, cuja exploração, determinada pela Constituição ou por lei, é de titularidade de um dos entes da federação que, de forma permanente, assegura o seu acesso à população.

Justen Filho (2006, p. 508) classifica os serviços públicos em sociais, comerciais e industriais e culturais. Sociais seriam aqueles serviços que satisfazem necessidades de cunho assistencial, tal como educação, a assistência e a seguridade. A noção de serviços sociais adotada no presente estudo é, naturalmente, mais ampla.

O mesmo autor (2003, p. 19) esclarece ser difícil estabelecer um conteúdo substancial

para a idéia de matéria ou atividade econômica. Destaca, ao menos, uma faceta econômica do serviço público, haja vista que “envolve uma alocação de recursos materiais (escassos) para satisfação de certas necessidades humanas. Como esses recursos materiais comportam diferentes destinações, impõe-se escolher um destino para eles, dentre os diversos possíveis”.

Para o presente estudo, é relevante conceber serviço público em sua acepção mais restrita, como espécie do gênero atividade econômica, aquela com referência no art. 175 da Constituição: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Portanto, serviço público é a atividade de produção e de oferecimento de utilidades essenciais e coletivas, dotadas de valor econômico e, assim, passíveis de serem – economicamente – exploradas.

Seja qual for o serviço público, dele não se extrai o seu conteúdo econômico e a possibilidade de explorar tal atividade em termos econômicos, inclusive com a possibilidade de obtenção de lucro.

Note-se que quando o Estado reserva para si, em regime de exclusividade, a prestação de serviço público, exercendo-o por meio de empresa pública ou de sociedade de economia mista, não tem que se discutir a evidente natureza econômica da prestação nem tampouco a busca da lucratividade, finalidade que é inerente e justifica o exercício da atividade empresarial

Nas palavras de Eizirik (1993, p. 7),

[...] houve uma evidente limitação às atividades empresariais desenvolvidas pelo Estado; com efeito, a Constituição anterior, em seu art. 170, § 1º, estabelecia um regime de complementariedade ampla da iniciativa estatal sobre a privada. Na vigente Carta, passou-se a um sistema de complementariedade restrita, nos termos do art. 173, caput, que reduz as hipóteses de atuação do Estado na economia, ao dispor expressamente quais são os casos em que ela se justifica (segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei).

É também atividade econômica do Estado o serviço público explorado por delegação à iniciativa privada, ainda que sob regime público, na forma de concessionários ou permissionários, sujeitos à Lei de Defesa da Concorrência,⁷² seja na competição entre os prestadores de serviços submetidos ao regime de Direito Público, seja entre estes e outros submetidos ao regime de Direito Privado.

Por meio de concessão ou permissão é delegada a prestação de serviço público, antes

⁷² A Lei nº 8.884, de 11/06/1994, também conhecida como Lei Antitruste.

exercido diretamente pelo Estado, à iniciativa privada. Em outras palavras, o Estado deixa de intervir de forma direta no domínio econômico, transferindo aos particulares (ao capital privado) a tarefa de explorar bens e serviços de relevância pública.

Até o início do Programa Nacional de Desestatização, justificado no disposto do art. 173 da Constituição, entendia-se que o modo adequado e seguro de regular uma determinada utilidade pública era reservar a sua exploração direta e exclusivamente ao Estado. Convencia-se, a partir dessa premissa, de que a regulação da atividade era suficiente tão-somente por ser o Estado o titular da prestação do predeterminado serviço público. Assim, uma vez que submetido ao pleno controle estatal e por observância do princípio da estrita legalidade, o ente encarregado de prestar o serviço já o fazia – necessariamente – por interesse público.

Para a preservação da soberania, da ordem e da segurança, dos interesses nacionais, garantia-se ao Estado a prestação exclusiva de serviços tidos por essenciais, como o são aqueles de telefonia ou de transmissão e distribuição de energia.

No contexto de então, quando se pressupunha existir a regulação da atividade de interesse público porque havia reserva de exploração ao Estado, não se justificava uma separação entre quem regulava e quem efetivamente prestava o serviço, naturalmente. A regulação, ou seja, a regulamentação, a política tarifária, o planejamento, a expansão, a fiscalização etc. do serviço eram realizados pelo próprio Estado, enquanto prestador e controlador do serviço de utilidade pública. Nessa confusão entre quem controla e quem fornece o serviço público, próprio da prestação direta do Estado, vagos ou incertos são os parâmetros de regulação ou eivados de interesses políticos, muitas vezes escusos.

Com a transferência da exploração dos serviços públicos à iniciativa privada, operou-se a separação entre o prestador ou fornecedor e o regulador, que permanece exercendo a atividade, mas de forma indireta. Inerente a essa divisão de atribuições é o regime público de exploração dos serviços delegados à iniciativa privada, por meio da outorga de concessões ou permissões. Para que não se desvirtue a finalidade de atendimento das necessidades essenciais da população é imprescindível a efetiva regulação do exercício da atividade pública fornecida pelo particular, que atua em regime de Direito Público. É por esse controle que o Estado assegurará e preservará, de forma contínua, o cumprimento dos pressupostos autorizadores da concessão ou da permissão. Frise-se que, independentemente de sua exploração pela iniciativa privada, o serviço, em si, permanece de relevância social, razão pela qual deverá ser fornecido de modo contínuo e geral, gradativamente extensivo a toda população, submetido aos mesmos princípios da administração pública.

Destaque-se que o serviço público ora exercido por particulares estará sujeito tanto à regulação de Direito Público, pelo ente outorgante, mediante controle hierárquico do Poder Executivo, quanto ao vínculo contratual, que estabelece os termos da concessão, da permissão e da autorização. Por essa razão, é lícito que as balizas contratuais regulatórias sejam bastante claras e predeterminadas ao contratado, pois os deveres, sujeições e condicionamentos, igualmente vinculantes, são próprios do regime da outorga de Direito Público.

Se a dicotomia de funções de prestação ou fornecimento e de regulação dos serviços essenciais já enseja profunda transformação no modo de execução, controle e fiscalização da atuação pública, deixando mais transparente e, ao mesmo tempo, mais complexo, o exercício da atividade econômica do Estado, a descentralização e a abertura da exploração, por sua vez, oportunizam a competição entre concorrentes fornecedores de utilidade pública.

É sabido que a noção econômica de monopólio, enquanto atividade legal, é aquela estritamente exercida pelo Estado, nos termos do art. 177 da Constituição,⁷³ não sendo compreendida como serviço público, já por si ensejador da reserva da sua prestação ao ente estatal.

Havia uma concepção ideológica que restringia a exploração do serviço público em regime de mercado sob a justificativa de que tal prestação envolvia uma gama tão essencial de interesses que não se autorizava sujeitá-lo às vicissitudes das práticas concorrenciais.

Do ponto de vista jurídico se fundamentava a exploração exclusiva de atividade econômica pelo Estado quando o serviço, de interesse coletivo, pudesse ter a sua prestação prejudicada caso houvesse competição com atores não sujeitos ao mesmo rígido regime de

⁷³ Constituição, art. 177: “Constituem Monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. § 1º - A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I e II deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º - A lei que se refere o § 1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União. § 3º - A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. § 4º - A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: I - a alíquota da contribuição poderá ser: a) diferenciada por produto ou uso; b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b; II - os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes”.

regulação, ou seja, possivelmente mais dinâmicos às circunstâncias e estratégias de mercado porque não atuantes sob a observância da estrita legalidade.

Defendia-se, também por razões econômicas, a inviabilidade da exploração dos serviços públicos pelos particulares por incompatibilidade entre a livre iniciativa e as regulações cogentes de limitação de preços, de obrigação de ofertas em área deficitárias etc., o que fazia a atividade ser nada atrativa ao investimento de capital privado.

Em questionável base ideológica, jurídica e econômica fundamentou-se, portanto, o entendimento de que, se a atividade se caracterizava como serviço público, era incompatível a existência de diversos fornecedores, quanto mais oferecê-lo em regime de competição, sujeitando-o às práticas de mercado.

Com a superveniência da Constituição de 1988, pelo restabelecimento da democracia e diante da edição do Código de Defesa do Consumidor foi possível e necessário rever muitas das concepções clássicas de serviço público.

De fato, a abertura ao mercado internacional e o conseqüente regime de concorrência estabelecido com competidores ávidos pela conquista dos consumidores brasileiros afetaram não só o modo de tutela das relações ditas de Direito Privado, senão também os postulados de Direito Público, possibilitando à população, diante das novas referências e parâmetros conhecidos, questionar inclusive a prestação dos serviços públicos. O desenvolvimento tecnológico e seu barateamento, somados ao livre mercado, em regime de competição, desconstituíram as bases ideológicas e econômicas que sustentavam a necessidade de exploração centralizada de serviço público. Prevalencia, ainda, a justificativa jurídica para tal restrição.

Pode-se, então, afirmar que a crise da tradicional concepção de serviço público teve o seu início nos anos 90 e, que por ser recente, ainda não se definiram seus parâmetros em base sólida e segura. Concretamente, sabe-se que a noção hermética de serviço público, que o limita à função diretamente estatal, pode ser explorado do ponto de vista econômico, inclusive com a pretensão de lucro, mantendo-se sob observância sua relevância social. Ao Estado cumpre selecionar, por meio de outorga ou licença específica, quem doravante fornecerá, em seu lugar, o serviço público à população, exigindo, todavia, que sua prestação esteja subordinada a um regime de Direito Público, submetido ao controle estatal, sem estar alijada das exigências de mercado, de suas responsabilidades para com os usuários/consumidores.

Não obstante a transformação da concepção de serviço público, persiste o entendimento de que essa atividade, por ser socialmente imprescindível, autoriza que o Estado

reserve para si o poder de garantir a sua prestação continuada à coletividade, sem que isso caracterize abuso ou totalitarismo frente a quem recebeu a concessão, a permissão ou a autorização para explorá-lo.

Diante dessas considerações, tem-se que determinada atividade terá o *status* de serviço público se preenchidos alguns requisitos para tal reconhecimento, a saber: são atividades que autorizam a imposição de restrição de acesso a quem queira explorá-las; os prestadores ou fornecedores estarão sujeitos à regulação do ente público outorgante; e, além do prestador ou fornecedor direto, o serviço envolve solidariamente o ente público titular desta atividade perante a sociedade, obrigando-o a assegurar sua não-interrupção e amplo acesso.

A ordem jurídica atual autoriza a população a exigir a prestação comprometida do serviço público, conferindo a ela efetivo instrumental para responsabilização do Estado e do fornecedor, caso a atuação não seja compatível com a dignidade da pessoa humana ou desrespeite-a.

Essa mesma orientação – a dignidade da pessoa humana – torna indispensável ainda outros compromissos na prestação de serviço público ajustado às necessidades da população brasileira: pelo pressuposto da universalização, o fornecimento, dada sua utilidade, deverá ser ampliado e generalizado, além de ser constante. Para tanto, é de se supor que o Estado garantirá ao particular prestador e ao usuário carente o custeio de subsídios tarifários; e, de forma específica para estímulo do permissionário, concessionário e autorizado, um prazo mínimo razoável de exploração da atividade (que comporte investimentos de capital privado), reserva parcial de mercado, e a segurança de equilíbrio econômico e financeiro do contrato pelo qual o ente público outorgará a prestação do serviço.

Todas essas mudanças pós-anos 90 impuseram ao Estado um novo modelo de regulação e de intervenção na economia.

Passadas quase duas décadas desde que iniciado o Programa Nacional de Desestatização, constata-se que uma das maiores dificuldades é conciliar o cumprimento das responsabilidades inerentes à prestação de um serviço público com o regime de competição que se estabeleceu entre os permissionários, concessionários e autorizados, cujo objetivo é, dentre outros, a obtenção de lucro. É o que se verifica, por exemplo, no setor de telecomunicações, entre os fornecedores de telefonia fixa, móvel e *internet*, como também no de energia elétrica e no de transporte (em todas as suas modalidades).

É de se notar que, nesses exemplos, um mesmo serviço público é prestado por fornecedores distintos, muitas vezes em realidades díspares, próprias de um país com

dimensões e circunstâncias continentais. Não obstante, cumpre ao poder regulador do Estado ainda incentivar para que haja concorrência entre os prestadores com vistas a acirrar a disputa em mercado, o que, em tese, oportuniza inúmeros benefícios aos usuários/consumidores de tais serviços.

Nesse contexto se depreende que o poder regulador do Estado não se limita à noção clássica de função pública; que serviço público é indiscutivelmente atividade econômica; que o prestador e o regulador de serviço público são distintos, não se confundem, ainda que solidariamente responsáveis; e, por fim, que há concorrência e, portanto, competição entre os prestadores/fornecedores de um mesmo serviço público.

5 A ATUAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A intensa valorização da dignidade da pessoa humana como fundamento de ação do Poder Público oportuniza severas mudanças nos padrões de relacionamento entre o Estado e a sociedade, eis que se amplia a forma de atuação regulatória estatal, não obstante o Programa Nacional de Desestatização,⁷⁴ e surgem poderosos instrumentos de controle também da própria Administração, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Defesa da Concorrência.⁷⁵ A forma de atuação direta e indireta do Estado na economia precisa adaptar-se às atuais necessidades sociais e, para tanto, é imprescindível rever seus instrumentos de tutela, quando exercê-los e com que objetivos.

Esse resgate da proteção constitucional ao ser humano impôs, também, a revisão da própria concepção de serviço público. De fato, a passagem do controle das empresas públicas aos investidores particulares, por meio do referido Programa Nacional de Desestatização iniciado nos anos 90, motivou a ruptura do modelo de exploração monopolista do Estado em relação a atividades até então por ele apenas exercidas sob a justificativa de que seriam essenciais à efetiva proteção e bem-estar da população.

A verdade é que a almejada Ordem Econômica, nos termos do art. 170 da Constituição, e o modo como o Estado pretende exercê-la exigem criteriosa análise dos

⁷⁴ Criado pela Medida Provisória nº 155, de 15/03/1990, convertida na Lei nº 8.031, de 12/04/1990, o Programa Nacional de Desestatização reordenou a posição estratégica no Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades antes exploradas pelo setor público.

⁷⁵ A Lei nº 8.078, de 11/09/1990, e a Lei nº 8.884, de 11/06/1994, respectivamente.

mecanismos de intervenção sobre a economia, sobretudo ao considerar que importantes atividades empresariais – seja pelo produto e pelo serviço que oferecem, seja pela vultosa quantidade de consumidores/usuários dependentes, seja porque fundamentais à realização dos postulados de segurança e de valorização da dignidade humana – são agora titularizadas pela iniciativa privada, cujo fim precípua é a lucratividade.

A essa afirmação, Souto (2001, p. 7) acresce que

os programas de desestatização, capitaneados pelos processos de privatizações e concessões e liquidação de empresas, buscam corrigir tais distorções, repensando o papel do Estado e sua estrutura. Assume, ainda, especial relevância a função de fomento, pela qual o Estado incentiva os particulares a desenvolver razões de interesse público ao invés dele próprio incorporar estruturas à Administração para empreendê-las. É a substituição do Estado do Bem-Estar pelo Estado-instrumento, afinal, o Estado moderno é aquele que viabiliza o adequado atendimento dos interesses da sociedade, mas não aquele que, necessariamente, os presta diretamente.

A transferência das funções de utilidade pública do setor público para o privado, com o fenômeno da privatização, atribui ao Estado poder crescente de regulamentação, fiscalização e planejamento da atividade privada, antes por ele exercida.

No Brasil, o programa de reforma do Estado decorre da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente do desenvolvimento econômico, sendo imperiosa a necessidade do aprimoramento das funções reguladoras. A retirada do Estado da prestação direta da atividade econômica não significa ausência do intervencionismo estatal. Ao contrário, faz-se imprescindível a criação de instrumental desprovido de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não fique ao alvitre do interesse privado do fornecedor, cuja atuação muitas vezes não beneficia a coletividade.⁷⁶

É um equívoco convencer-se de que a desestatização é um processo de desregulação ou de redução da atividade regulatória do Estado. Ao contrário, modifica-se e elastece-se a forma de atuação, sendo mister compreender a correta aceção do que deve e como deve ser,

⁷⁶ Esclareça-se que esse processo de substituição das formas de intervenção direta do Estado não é peculiaridade brasileira, mas se trata de mudança ideológica e de reclassificação do papel estatal nos demais países organizados de forma social democrata. Para Ribeiro (1999, p. 155-156), “os séculos XIX e XX têm sido os palcos do progresso do Estado providência e, talvez não coincidentemente, também espectadores de importantes crises nos planos social, econômico e internacional. Todavia, à medida que se fez mais desenvolvido, o Estado de bem-estar passou a exigir a aplicação de recursos cada vez mais significativos, acompanhando-se ainda do acréscimo da demanda de sua atuação. Chega-se, então, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, nos países organizados de forma social democrata, a desequilíbrios das balanças comerciais, desestabilização da moeda, aumento fiscal e de preços”.

atualmente, a regulação estatal.

Para fins do presente estudo, as diversas modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico haverão de ser compreendidas como regulação estatal. Nesse sentido, sempre que o Poder Público intervém, direta ou indiretamente, para condicionar, restringir, normatizar ou incentivar a atividade econômica, com o fito de preservá-la, assegurar o seu equilíbrio ou atingir determinada meta, por meio de políticas públicas, está o Estado a regular a economia.⁷⁷

Apesar de todos esses instrumentos regulatórios serem desde há muito conhecidos, mesmo em tempos de ditadura militar brasileira, a regulação estatal se manifestava ou pela normatividade – regulamentando uma série de atividades econômicas – ou pela intervenção direta no domínio econômico, com a exploração de atividade empresarial por meio das sociedades de economia mista ou empresas públicas. Neste caso, a produção dos bens e serviços era titularizada, diretamente, pelo Estado e proibia-se o exercício do mesmo objeto empresarial à iniciativa privada, limitando-se – o Estado – a normatizar os demais fazeres que não fossem defesos aos particulares.

O processo de reorganização da atividade do Estado na economia, obrigatoriamente instaurado diante do colapso do seu modelo provedor (pelo déficit público, tecnológico e ineficiência), oportunizou, como cediço, uma significativa redução de sua prestação direta no domínio econômico. Note-se que, a partir de 1990, foi bastante significativa a passagem dos serviços e utilidades públicas à iniciativa privada, também expressivo o número de vendas de estatais, e não foram poucos os monopólios públicos suprimidos ou erradicados em favor da iniciativa privada para serem exercidos em regime de livre concorrência.

Pode parecer paradoxal, mas é reconhecido, por outro lado, o aumento da prestação do Estado nesses mesmos setores dos quais se retirou, quando os explorava diretamente, ou de outros cuja atuação regulatória era prejudicada. É o que se verifica nos serviços de saúde suplementar, de vigilância sanitária, do uso e da exploração de recursos hídricos, transportes, entre outros. A dispensa de atividade direta do Estado em determinados segmentos deslocou a sua atenção àqueles que remanescem sob sua responsabilidade, permitindo ao ente público uma maior e melhor dedicação ao que era antes relegado.

Tem-se, então, que o afastamento do Estado da efetiva execução de algumas atividades pelo conseqüente trespasse de sua exploração aos particulares, ao invés de importar em

⁷⁷ Consoante esclarecimentos de Sundfeld (2002, p. 17 et seq.), a regulação estatal seria fiscalizar, planejar, coordenar, orientar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas.

efetivo descaso ou esquecimento da Administração, resultou em mais expressiva prestação pública.

Conquanto seja mesmo razoável exigir a ampla regulação da iniciativa privada, especialmente quando atuante na prestação de serviços e produtos essenciais aos consumidores, é mister o aparelhamento do Poder Público para fiscalizar, adequar e punir a fim de garantir que os serviços de interesse público, explorados por particulares, sejam eficientes. E se não o Estado, quem mais poderá impor que o fornecimento de energia, de telefonia, de pavimentação, de sinalização e de segurança das estradas, de educação etc., exercido por particulares, seja suficientemente realizado? Por esse pressuposto é mesmo essencial a existência de órgãos públicos reguladores e independentes, com especial capacidade fiscalizadora e sancionatória.

Ainda que tenha havido um aumento da disciplina dos serviços de interesse público, exercidos pela iniciativa privada, compensando a diminuição da intervenção direta do Estado, identifica-se uma forma inusitada de controle. A gestão de uma empresa pública, a título de exemplo, cujo capital social era de titularidade da Administração, tinha por foco principal o atendimento das necessidades sociais e coletivas; a atuação regulatória do Estado, nunca insolvente, era igualmente direcionada para este fim. Com a superveniência das privatizações, os interesses públicos devem ser conciliados e compatibilizados com aqueles dos sócios, investidores, trabalhadores etc., sujeitos às vicissitudes mercadológicas, às estratégias da concorrência e à falência. A regulação do Estado, dessa forma, sem perder a função de tutora das hipossuficiências sociais, agrega, também, todos os demais interesses igualmente dependentes do sucesso da atividade empresarial.

O novo modelo de atuação do Estado, enquanto ente regulador da iniciativa privada, não pode mais ser exercido de forma imperialista, mas conciliadora.

Não se defende, aqui, a ideia de um modelo liberal extremo de Estado, quando o poder público era orientado para garantir o pleno exercício da livre iniciativa, sem qualquer limitador ou preocupação com aqueles que não estavam inseridos neste ciclo de produção. Tampouco se pretende a perspectiva de um Estado social, no qual a atividade administrativa seja exclusivamente exercida para prover, de forma direta, as necessidades da população.

Ao Estado contemporâneo, por sua vez, são requisitadas, sim, as funções de equalizador, de mediador e de árbitro das complexas relações econômicas e sociais que se estabelecem. Não se espera um Poder Público ausente e que não interfira nas atividades dos particulares e, menos ainda, um provedor inconsequente à custa do esvaziamento de reservas

ou, pior, do endividamento. O Estado forte, eficiente, desenvolvido é aquele que, ativamente, melhor harmoniza, de modo isonômico e indistintamente, os diversos interesses de seus tutelados.

No Brasil, a busca desse perfil de exercício de poder soberano foi motivada e impulsionada pela escassez de investimentos públicos para atender as necessidades cada vez mais prementes da população, progressivamente mais participativa com o fim da ditadura militar, com o resgate da democracia, e por terem emergido, com a desestatização, polos de decisão econômica que transcendem e independem das estruturas administrativas do Estado. Se não bastassem tais fatores de natureza política e comportamental, a conhecida era da comunicação, possibilitada pela evolução tecnológica, torna as relações sociais e econômicas mais dinâmicas e complexas, o que exige adequação do Poder Público.

É neste contexto que a noção de Estado autoritário e centralizador modifica a sua forma de atuação e de regulação da economia.

Diante do restabelecimento da democracia é imprescindível que a atividade regulatória seja permeável à participação da sociedade, como condição de manutenção da ordem aos usuários de serviços públicos, às associações, às sociedades empresárias de capital privado etc..

A compatibilidade dessa cooperação entre a Administração e os administrados depende, por conseguinte, de um sistema jurídico não apenas apoiado na técnica legislativa mas, principalmente, em princípios e conceitos transparentes e compreensíveis à sociedade, não obstante as especificidades e características da população que se pretende e que se permite regular.

A fim de viabilizar e organizar a gestão interativa e integrativa, surgem novos órgãos e instrumentos de ação do Estado, pois para implementar o novo perfil de regulação se fazem necessários instrumentos aptos a conferir ao Poder Público independência, autonomia, especialidade e, principalmente, capacitação técnica.

A perspectiva de atuação regulatória cooperativa para mediação dos muitos e complexos interesses envolve a escolha, pelo Estado, de agentes realmente habilitados, do ponto de vista social e econômico, para o suporte dos serviços essenciais dos quais serão agora prestadores. Além da melhor escolha, é dever do Estado fiscalizar e, se necessário, intervir diretamente na prestação do serviço fundamental para proteger e implementar os interesses dos administrados, de regra os vulneráveis e hipossuficientes dessa relação. Esse é o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo cujas diretrizes estão sedimentadas

no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.⁷⁸

Essas duas atribuições do Estado, para fazer factível a atuação regulatória cooperativa, não o autorizam a ser apenas um mediador passivo das relações sociais, impotente e reativo frente aos interesses hipersuficientes. Independentemente de a atividade pública, após a desestatização, ser necessariamente subsidiária em relação ao capital privado gestor, as políticas públicas para a defesa da coletividade devem prevalecer e não ficar restritas ou definidas unilateral e exclusivamente pelo fornecedor ou fornecedores do serviço.

As transformações sociais, políticas e administrativas experimentadas pelo Estado a partir dos anos 90 determinam, por óbvio, uma atuação pública menos centralizadora e unilateral, como era próprio do regime ditatorial e provedor. Em contrapartida, é mister que o Poder Público assuma uma maior função mediadora entre os interesses dos prestadores/fornecedores de serviços com aqueles dos usuários/consumidores, sem perder a referência de seu dever de tutela e de segurança da população.

São, portanto, concomitantes duas notáveis e bastante sensíveis transformações da atividade regulatória do Estado: pela desestatização, mudou-se a forma de intervenção, já que a Administração não mais explora, diretamente, as utilidades públicas por meio da atividade empresarial; e em decorrência dessa primeira mudança, o Estado também abrandou o seu caráter autoritário centralizador para mediar e conciliar os interesses dos seus administrados com os dos empresários prestadores de serviços essenciais ao bem-estar da população.

A postura contemporânea de atuação do Estado na economia se reflete, igualmente, no que se compreende por serviço público e na sua forma de execução.

5.1 A ADEQUADA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Consoante anteriormente esclarecido, a regulação do serviço público já experimentou profundas transformações, e o desconhecimento das atuais peculiaridades que lhe são inerentes dificulta a sua adequada prestação.

Pela importância estratégica, relevância econômica e social, muitas atividades eram

⁷⁸ Dispõe o art. 4º da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, sobre a Política Nacional de Relações de Consumo, tendo por objetivo o atendimento da necessidade dos consumidores; do respeito à sua dignidade, saúde e segurança; da proteção de seus interesses econômicos; da melhoria da sua qualidade de vida, bem como da transparência e harmonia das relações de consumo, garantias essas balizadas em princípios arrolados entre os incisos I e VIII do referido artigo.

defesas à exploração da iniciativa privada, pois se compreendia não interessante relegá-las à liberdade de mercado. Era essa a justificativa para que o Estado atuasse como prestador de serviços públicos.

Observe-se que, sob esta égide, a finalidade da prestação do serviço público estava muito mais direcionada aos interesses do Estado do que propriamente às necessidades do usuário em si, que dele dependia ou deveria depender. Por esse equívoco de propósito é que a regulação estatal limitava-se a ter por objeto o progresso tecnológico, a detenção de ativos estratégicos, o controle sobre os vetores de desenvolvimento econômico ou a preservação da soberania nacional.

As recentes mudanças sociais, econômicas e políticas, fulcradas na dignidade da pessoa humana, deslocam o interesse finalístico do Estado de si próprio para o indivíduo, para o destinatário do serviço público, assim reconhecido sem qualquer distinção entre os demais. Essa alteração de viés é de todo relevante pois redireciona os pressupostos e objetivos da regulação estatal. Adicione-se a esse novo panorama o reconhecimento legal de que o indivíduo não é apenas usuário mas, também, consumidor de serviço público. Não se trata de terminologias sinônimas. Os direitos e as garantias de um consumidor de serviço público são consideravelmente maiores que aqueles de um usuário.

Na medida em que o serviço público não é mais exercido como função pública, ao qual a população se submete, mas como utilidade econômica, mantida por contribuintes ou pagantes, sua regulação tem por finalidade os interesses e direitos dos usuários/consumidores e não pode, por sua própria natureza (pública), sujeitar-se às vicissitudes de um mercado competitivo ou às negativas práticas concorrenciais.

A complexa conciliação desses direitos e circunstâncias foi agravada com a delegação da prestação do serviço público ao operador privado, igualmente detentor de interesses econômicos e garantias constitucionais, amparado pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

Cumpra ao poder regulador do Estado equilibrar, proporcionalmente, a competição dos prestadores de serviços públicos com os pressupostos de continuidade e generalidade também intrínsecos às utilidades essenciais coletivas.

A mediação proporcional dos interesses do Estado, do usuário/consumidor e do prestador/fornecedor/empresário impõe o controle e a fiscalização dos serviços públicos em diversos aspectos práticos, tão dinâmicos quanto as ações em mercado, muitas vezes não compatíveis com os entraves burocráticos próprios da atividade estatal.

É com base nesse novo modelo de atuação do Estado e da exploração das utilidades públicas que se justificou o surgimento de órgãos reguladores autônomos, quais sejam, as agências reguladoras independentes, com a finalidade de neutralizar a atividade regulatória da parcialidade do próprio Estado e de seu controle hierárquico, incompatível, por certo, ante sua própria estrutura pública positivada, com a necessariamente ágil prestação de tutela às dinâmicas relações de mercado.

5.2 A ATUAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O Programa Nacional de Desestatização, fundamentado na Lei nº 8.031/90, com a resultante retração da intervenção estatal em vastos setores da economia, não transferiu a gestão das atividades de indubitável interesse público apenas ao bom senso da iniciativa privada: ao Estado cumpre o poder regulatório dos serviços essenciais.

Para tanto, as agências reguladoras, enquanto autarquias de vanguarda diante do tradicional aparato administrativo, com acentuada característica de independência decisória – normalmente colegiada – e alta competência técnica, ditam normas de comportamento aos operadores, fiscalizando-lhes as atividades e aplicando-lhes sanções, quando for o caso.

O mais curioso é que essas autarquias, para realizar a finalidade para a qual foram constituídas, são dotadas de especial autonomia frente ao próprio Poder Executivo central, o justificador de suas existências. Entretanto, segundo Lehefeld e Lehefeld (2008, p. 14),

percebe-se que a ampla autonomia das agências para o exercício de suas competências, por si só, não garante a eficácia da regulação estatal. Na realidade, essa estabilização do processo regulatório atualmente apresenta dificuldades, pois enfrenta constante interferência do núcleo governamental devido ao tradicional controle hierárquico exercido na esfera do Poder Executivo que, por vezes, em razão de interesses político-partidários, tolhe indevidamente a atuação reguladora desses órgãos administrativos.

O foco de atuação das agências reguladoras provém da proporcionalidade da relação entre a Administração e a economia, orientado a partir da composição entre Estado produtor, encarregado diretamente da gestão de unidades econômicas, e um Estado regulador que impõe regras aos agentes econômicos, harmonizando-lhes as ações para evitar os abusos decorrentes do Liberalismo, se compreendido de forma extrema.

O serviço público tradicionalmente concebido compreendeu ou compreende nova

conotação, depois do Programa Nacional de Desestatização, iniciado em 1990: caso seja definido como aquele prestado em atividade exclusiva da Administração, cujo mero exercício poderia ser delegado a particulares, terá sua atuação bastante reduzida; se, contudo, estendido para todas as atividades, ainda que não exercidas exclusivamente pelo ente público, mas por ele ordenadas, seu entendimento alcançará uma amplitude tal que impossibilitará a sua delimitação, pois se poderão agregar ao conceito realidades bastante variadas.

Em outras palavras, essa dúvida é especialmente relevante ao pensar na abrangência da tutela de Direito Público: ou serviço público é aquele titularizado pelo Estado em razão da segurança e do bem-estar da sociedade, ou a noção deve compreender, também, as atividades privadas, não titularizadas diretamente pelo Estado, mas de grande repercussão aos interesses coletivos e que, por essa razão, necessitam de rígida e constante conformação administrativa, sobretudo por meio de prévia autorização para serem encetadas, e periódica fiscalização (CHRÉTIEN, 2002, p. 497-500).

Pelo que se depreende do art. 175 da Constituição, as atividades qualificadas como serviços públicos serão prestadas diretamente pelo Poder Público ou pela iniciativa privada, concessionárias ou permissionárias, que dele recebam a competente delegação, na forma da lei. O art. 175 não faz nenhuma referência às atividades privadas ordenadas pelo Estado mediante autorização.

Já o art. 21 da Constituição, pelo disposto nos incisos XI e XII, trata da prestação, diretamente pela União ou, de forma indireta, mediante autorização, concessão ou permissão, dos seguintes serviços: de telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens; de serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água; de navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; de transporte ferroviário e aquaviário entre os portos brasileiros e fronteiras nacionais; de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e de portos marítimos, fluviais e lacustres.

Desse modo, ao permitir a prestação de serviços por meio de autorização, a Constituição inclui, entre e como serviços públicos, atividades que não são autorizadas pelo Poder Público. Sabe-se que apenas a concessão e a permissão transferem a particulares a execução de serviços públicos de titularidade estatal. As autorizações, ao contrário, são instrumentos de ordenação pública de atividades de titularidade privada (MEIRELLES, 2009, p. 190).

Em razão, então, desse contexto constitucional que eleva ao *status* de serviços públicos as atividades meramente autorizadas, compreende-se como tal todas aquelas de

interesse da coletividade, tornando-as também sujeitas aos princípios da continuidade e da universalidade, sejam elas titularizadas pelo Estado, sejam pela iniciativa privada.

Constata-se, ainda, deparando-se com as relações de consumo atuais, que mínimas são aquelas que envolvem apenas o interesse privado e restrito de alguns. É impossível quantificar quem são os atingidos pela oferta e pela publicidade de produtos e de serviços, direta ou indiretamente. Sabe-se que são muitos. Dá-se, então, contorno de interesse público às relações que são privadas, em sentido subjetivo (GONÇALVEZ, 1999, p. 21-22).

Ortiz (1999, p. 243), por seu turno, justifica ser necessária a “regulação econômica” desses fazeres ditos privados, mas de evidente interesse público, que incidem sobre setores inteiros, sobre a entrada e a saída da atividade, afetando o contexto e o desenvolvimento: a linha de produção, o mercado ou os múltiplos mercados, nos quais os produtos ou serviços serão disponibilizados, os preços que serão praticados etc. Essa forma de regulação acontece, portanto, em relação às atividades especialmente disciplinadas ou submetidas ao Poder Público, não apenas para limitá-las ou condicioná-las, mas também para organizá-las internamente.

Essa imprescindível regulação econômica não significa que exista incompatibilidade com o princípio da livre iniciativa, haja vista que a liberdade constitucionalmente tutelada é aquela orientada para a realização dos interesses coletivos sociais e econômicos.

E, como não poderia ser diferente, é o princípio da proporcionalidade que balizará a livre iniciativa diante dos interesses coletivos sociais e econômicos, zelando para que não se busque o bem difuso por meios excessivamente onerosos aos valores da atividade privada, igualmente albergados pela Constituição.

A dificuldade é que a finalidade reguladora das Agências fica prejudicada por uma série de incompatibilidades que, passados quase vinte anos, ainda não foram resolvidas: existem conflitos ou divergências entre a regulação setorial (vigilância sanitária, telecomunicações, energia, petróleo etc.) e a regulação geral da economia (relações de consumo e antitruste). A articulação entre essas duas esferas de regulação, como se não bastasse o problema ensejado pela própria relação entre uma e outra, envolve também alguma dificuldade com o sistema federativo brasileiro. Ressalve-se que nos EUA, diferentemente do que ocorre no Brasil, a regulação setorial é em grande parte exercida pelos Estados federados, enquanto a regulação geral é exercida pela União.

Outro aspecto diz respeito ao alcance do exercício de poder normativo ou quase-legislativo e de poder de composição de conflitos ou quase-judicial das agências reguladoras.

Os limites dessas atribuições devem ser perscrutados em face de sua relação com o sistema constitucional de tripartição de poderes, especialmente no que se refere à noção de equilíbrio que dele deriva, de maneira a serem evitados abusos no manejo dessas funções cujo exercício se defere atipicamente.

Uma terceira questão merecedora de atenção especial é a possibilidade de incidência regulatória diversa entre os agentes econômicos que competem na exploração de uma mesma atividade pública. Essa questão deve ser cotejada com os conceitos próprios de Direito Administrativo, que, como cediço, preza pelo tratamento isonômico dos administrados.

Também haverá de ser considerada a utilização crescente da atividade arbitral como parte da atuação regulatória. Seria incompatível a sua aplicabilidade com o perfil tipicamente autoritário da atividade administrativa.

Para Medauar (1992, p. 202), “a atividade de consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração”.

Com a introdução da competição, conflitos surgem com invariável frequência. Vale aqui mencionar a possibilidade de prática concorrencial predatória entre os prestadores de determinado serviço e o exercício abusivo de posição dominante. A quem submeter essa análise? Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ou à Agência Reguladora responsável pelo setor prejudicado?

São entraves como esses que justificam a inércia do Poder Público ante a necessidade de efetivamente regular as atividades econômicas de interesse da população. O Estado nega a devida prestação e proteção coletiva por existirem dúvidas quanto à competência, abrangência e efetividade das medidas que deveriam ser preventivamente tomadas.

6 A TUTELA DOS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS

A mudança de paradigma de defesa do indivíduo para o cuidado coletivo não poderia deixar de refletir-se também nas relações sociais reguladas pelo Direito. As concepções jurídicas mais tradicionais, concebidas perante uma sociedade quantitativamente diminuta e oligárquica, tinham por foco as situações de confronto entre indivíduos isolados, ou dispostos em seletos grupos bem definidos.

A transformação mundial tornou-se irreversível, dando lugar a novas ordens econômica e social. A ciência jurídica não poderia ficar indiferente, ainda mais diante dos graves problemas enfrentados pela coletividade. O modelo individualista foi cedendo espaço para uma visão coletiva do fenômeno jurídico. A mera tutela individual privada ou pública não respondia à complexidade das relações estabelecidas. (SANTANA, 2009, p. 168-169).

Com inspiração em Montesquieu, do Poder Legislativo se esperava exclusivamente a disciplina, do Poder Judiciário a declaração dos direitos e obrigações atribuídos em termos bem precisos e a titularidade identificável, fosse único ou inserido em grupo conhecido e delimitado de indivíduos, tanto nas vicissitudes jurídicas propriamente particulares como naquelas situações que envolviam o Poder Público, representado pelo Estado, ele próprio tratado e convertido, pela técnica, em pessoa singular com direitos e deveres.

Não obstante não ser novidade esse viés de interesse difuso e sua notória influência nas leis ambientais, percebe-se que, naquelas pertinentes às relações de consumo, de proteção da concorrência e outras, ainda se faz presente um ranço individualista na análise e na interpretação dos instrumentos ou entre aqueles que exercem o Direito. A tutela que se espera não é mais aquela exclusivamente focada em uma pessoa ou no conjunto restrito do qual ela faça parte, como acontece em um condomínio ou na pluralidade de credores de uma única obrigação.

O Direito é hoje eficaz se principalmente destinado a guardar uma série indeterminada de interessados, aplicado mesmo sem saber quem ou quantos são exatamente os indivíduos efetivamente tutelados, ou que almejam tutela. A partir do momento em que existiram mudanças na concepção da produção que passa a ser em massa (influenciada pelo Fordismo),⁷⁹ os instrumentos contratuais foram, igualmente, adaptados pelos fornecedores, com o fim de atender à nova super demanda industrial, ofertando-se contratos de adesão. Ora, não cabe aqui discutir todas as vicissitudes que decorrem dos contratos de adesão,⁸⁰ por justamente restringirem os direitos dos consumidores. Entretanto, é a ciência desse modelo massificado e suas inegáveis consequências que justificam a necessidade da tutela jurisdicional a atender aos anseios coletivos dos cidadãos expostos às práticas empresariais.

⁷⁹ Segundo Nunes (2005, p. 4), “esse modelo de produção industrial, que é o da sociedade capitalista contemporânea, pressupõe planejamento estratégico unilateral do fornecedor, do fabricante, do produtor, do prestador de serviços etc. Ora, esse planejamento unilateral tinha de vir acompanhado de um modelo contratual. E este acabou por ter as mesmas características da produção”.

⁸⁰ O surgimento e a evolução do contrato de adesão estão presos à evolução dos fatores econômicos a partir do século XIX. A concepção mística do contrato, presa ao mito iluminista da liberdade e da igualdade dos indivíduos, deu ensejo a que se verificasse um verdadeiro hiato entre ela e a realidade, sujeita diretamente à força do fenômeno econômico. (FONSECA, 1995, p. 33).

Nessa comunhão indivisível, a satisfação do que diz respeito a um é, necessariamente, a satisfação de todos; em contrapartida, o que é lesão de direito para um também o será à coletividade.

As circunstâncias do homem contemporâneo em sociedade são de efeito mundial, maciças, interativas e rapidamente manifestadas pelos meios de comunicação social. Os temas relacionados à defesa do meio ambiente: a proteção da flora e da fauna, a sustentabilidade, o combate à poluição aérea, sonora e visual, a racionalização do desenvolvimento urbanístico, entre outros, são todos de interesse global, ainda que seus impactos sejam limitados, muitas vezes, a pequena área ou a lugar longínquo ou a restrito grupo de pessoas.

Não menos relevantes são as preocupações ligadas aos valores culturais e aos espirituais, como a segurança do acesso às fontes de informação, a difusão desembaraçada de conhecimentos técnicos e científicos, a manutenção de condições favoráveis à liberdade de expressão e de culto, a conservação dos monumentos históricos e artísticos, dentre outros.

Também no âmbito da proteção ao consumidor exige-se a honestidade da oferta e da publicidade, com a proscrição de produtos que sejam nocivos à saúde, estabelecendo medidas preventivas de segurança, assim como a regularidade e a eficiência na prestação de serviços essenciais.⁸¹

Fiorillo (1995, p. 94) argumenta que as disposições constitucionais não são meras normas programáticas ou enunciação de princípios, mas o amparo legal aos direitos difusos:

De qualquer maneira, no âmbito da presente tese, demonstraremos que, em face da definição já existente no sistema jurídico em vigor, os direitos difusos possuem amparo, antes de mais nada, na Carta Magna, fonte maior do Direito. Embora já tenham sido apontados em nossa dissertação de mestrado, defendemos a idéia de que a Constituição Federal de 1988, editada em momento posterior, é hoje a mais importante fonte de direito substancial protetora de direitos difusos.

Tantos mais direitos e interesses semelhantes seriam acrescidos facilmente à tutela coletiva e não podem, igualmente, ser olvidados de tutela pela ordem jurídica. E, independentemente de existirem ou não legislações expressas de proteção, com fulcro em princípios constitucionais cumpre à doutrina e, sobretudo, à jurisprudência solucionar eventuais impasses, dizendo o direito, determinando as balizas e apontando as diretrizes à sociedade e ao Estado.

Melhor dizendo, cumpriria, pois, ainda que haja o inegável reconhecimento da

⁸¹ São todos deveres arrolados apenas a título ilustrativo, pois, em todas as atividades fornecidas no mercado de consumo brasileiro, a proteção do consumidor deverá ser garantida ainda que hipoteticamente, uma vez que é dever do fornecedor conhecer os riscos inerentes dos produtos que oferta e disponibiliza.

relevância jurídica dos valores protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor que dizem respeito a um número indeterminado de pessoas, nega-se a devida tutela responsável sob a infundada justificativa de ausência de meios próprios e eficazes de vindicá-los difusamente em juízo ou administrativamente.

Uma vez que a todos é garantida a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade,⁸² a viabilidade do dever de proteção e de fiscalização desses direitos, em um Estado Democrático, é necessariamente de interesse difuso e haverá de ser exercida pelo Poder Judiciário, haja vista os deveres que lhe são constitucionalmente atribuídos.

Todavia, a efetividade desse sistema de proteção judicial é atravancada, quase sempre, já em seu início e por aspectos de natureza meramente formal, como a questão concernente à legitimidade para agir: a quem deve ser reconhecida a legitimidade para formular um pedido de ação?

Quando se pretende a satisfação de um direito subjetivo individual, a resposta é intuitiva, primária e imediata, sem que haja necessidade de qualquer técnica jurídica para conhecê-la: se alguém se sente lesado por outro que não lhe pagou o empréstimo, ou que danificou bem de sua propriedade, o bom senso indica que é o próprio prejudicado quem deverá requerer a cobrança, a restituição ou a reparação de perdas e danos.

O entrave à adequada prestação jurisdicional é manifestado quando o bem lesado é, por exemplo, uma valiosa obra arquitetônica ou de arte, um bosque, uma nascente ou a liberdade de escolha viciada por informações tendenciosas ou insuficientes.

O critério jurídico tradicional, processual, exigiria relação direta entre o fato e a pessoa ou, melhor explicando, uma repercussão direta daquele fato no âmbito particular da pessoa, como no caso de quem emprestou o dinheiro e não o recebeu novamente, ou teve a sua propriedade violada.

Com base nesses parâmetros, só poderia buscar a tutela de seu direito o proprietário da preciosa obra danificada; talvez aqueles que frequentavam o bosque desmatado e destruído; e os que foram comprovadamente induzidos e, por esse motivo, experimentaram algum prejuízo de ordem material.

Entretanto, pelo disposto no art. 5º, LXXIII, da Constituição, sabe-se que qualquer cidadão⁸³ poderá formular pedido de Ação Popular com o intuito de anular o ato lesivo “ao

⁸² Nos termos do *caput* do art. 5º da Constituição.

⁸³ De acordo com a Lei nº 4.717, de 29/06/1965, a prova da cidadania se faz com o título eleitoral ou documento que a ele corresponda (art. 1º, § 3º)

patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.⁸⁴

Importante destacar que patrimônio público, neste caso, não são apenas os bens de propriedade da União, dos Estados e Municípios, mas também os direitos de valor econômico, estético, histórico ou turístico.

Portanto, sob fundamento constitucional, há possibilidade de um indivíduo formular o pedido de ação não apenas para benefício particular, mas para proveito da coletividade, da qual se faz representante.

Não obstante, independentemente da existência desse instrumento garantido pela Constituição, os resultados por ele não são profícuos.

O cidadão consciente é desmotivado diante do vulto das despesas,⁸⁵ pela complexidade das circunstâncias que geralmente envolvem o fato, pela ausência ou absoluta carência de conhecimentos técnicos ou pelo poder político e econômico dos adversários.

Ainda que não alusiva ao autor do pedido de ação, outra dificuldade diz respeito ao tipo de tutela que será oportunizada pelo Poder Judiciário. Uma vez consumada a lesão aos bens de competência guardados à Ação Popular, é difícil conceber a devida restauração e não há prestação pecuniária que logre compensar adequadamente o dano causado ao objeto de interesse coletivo. Como recuperar uma obra de arte destruída? Como realocar os animais afugentados pelo desmatamento? De que forma esclarecer e conscientizar todos aqueles que foram induzidos ou ideologicamente deformados durante determinado programa televisivo ou campanha publicitária?

Nenhuma Corte, por mais lúcida que seja a decisão, conseguiria restabelecer prejuízos desta natureza e monta. Não há parâmetros nem referência de quem e quantos foram, são e serão realmente prejudicados.⁸⁶ Não há valor que pague.

Saliente-se ser, também, considerável ofensa ao interesse público aquela resultante da inércia de quem tinha o dever de atuar. Quando tal obrigação é prerrogativa do Poder Público, a execução de qualquer medida de responsabilização penal, civil ou administrativa é inexpressiva ou nula.

⁸⁴ Por patrimônio público se entendam os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º, §1º, da Lei nº 4.717/65).

⁸⁵ Mesmo constitucionalmente isento dos custos judiciais para distribuição do pedido de ação e do risco da sucumbência, sabe-se que o conhecimento técnico e a produção de prova também poderão significar valores bem expressivos.

⁸⁶ A sustentabilidade solidariza a humanidade a pensar nas gerações futuras que poderão ser prejudicadas por atitudes ou omissões presentes.

Se a Municipalidade, a título de exemplo, se dispôs a demolir, sem justificativa, edificação de valor histórico e artístico, poderá o cidadão, por meio da Ação Popular, impedir o ato. Existem muitas outras e mais frequentes situações de lesão ao patrimônio histórico e artístico advindas da omissão do Poder Público que não podem ser resolvidas por esse instrumento processual: a ausência de reparos dos monumentos, o desleixo na preservação e no tratamento das águas, a formação das favelas e todas as consequências perversas que delas advêm, como outros exemplos, são todos igualmente prejuízos ao patrimônio público.

É verdade que o elastecimento das possibilidades de iniciativa ao cidadão poderia se fazer acompanhar de certos riscos. Não é infundado um receio de que inúmeros pedidos de ação, neste caso, pudessem agravar ainda mais a já precária prestação jurisdicional. Seja como for, seria, então, mais razoável estabelecer restrições precisas para desestimular os pedidos de ação levianos, políticos e temerários.

A fixação de limite técnico ao julgamento poderá significar mais ou menos pedidos de ação, a depender dos efeitos de jurisdição. A problemática da maioria dos litígios levados em juízo pode interessar e, de regra, interessa, de modo igual, a grande número de pessoas, muitas das quais permanecerão estranhas ao pedido de ação e, como resultado possível, dos efeitos do julgado.

Como atualmente as relações são massificadas, o que foi decidido pelo magistrado em relação a um necessariamente também será de interesse ou relevante aos demais, muito embora tal manifestação seja incompatível com a regra clássica processual, segundo a qual a sentença só é vinculante àqueles do polo ativo e passivo do pedido de ação.

E se extensivo fossem os efeitos da sentença desse um a todos os demais interessados, por questão de celeridade da prestação jurisdicional ou para desafogar os tantos pedidos fundamentados sob uma mesma causa, o primeiro poderia prejudicar todos os demais se a negativa do seu direito fosse decorrência de inépcia, desídia ou mesmo má-fé, efeito do conluio das partes em aparente litígio: não seria devaneio imaginar a hipótese de improcedência de um primeiro pedido de ação que – por proposital omissão de provar fatos essenciais – barrasse, em definitivo, a chance de Direito dos outros interessados.

Felizmente a Lei da Ação Popular (nº 4.717/1965) evitou esse tipo de manobra ao dispor, em seu art. 18, que o resultado do pedido é vinculativo a todos quando o juiz o julga procedente para anular o ato ou improcedente para declará-lo legitimamente praticado. Se o pedido é julgado improcedente por deficiência de prova, qualquer cidadão poderá reformulá-lo sob idêntico fundamento, valendo-se de nova instrução.

A execução dos instrumentais de defesa coletiva pode parecer surreal e é chocante para as compreensões mais rotineiras, acomodadas no tradicional modelo de jurisdição individualista, sob a justificativa de ser incompatível a idéia de que uma pessoa ou organização, sem insurgir-se por problema que lhe afete diretamente, sem repercussão imediata em sua própria esfera jurídica, sem alegar a ocorrência de dano individualmente mensurável, vá pedir providências em juízo quanto ao comportamento alheio, ativo ou omissivo, público ou privado, que seja prejudicial à coletividade.

O Direito individual e patrimonialista é resultado da vida em sociedade, impregnada de egoísmo, e ainda não concebe que alguém se possa deixar mover por interesse que não seja pessoal. Por esse motivo, os bens e valores que não pertençam, ou não possam individualmente pertencer a quem quer que seja, raramente estarão representados e bem ponderados nas decisões políticas, administrativas e judiciais, sendo difícil (para não afirmar impossível) supor a eles alguma forma razoável de tutela.

A defesa dos interesses difusos em juízo (por meio dos pedidos de ações coletivas) é adequada e compatível à sociedade contemporânea. Não há forma mais econômica e preventiva de atuação do Poder Público, responsável pela ordem e segurança da população. Há quase meio século já se disponibiliza esse tipo de instrumental e ainda hoje sua efetividade é reclamada pelos estudiosos do Direito, pois permanece inexpressiva a sua aplicação.

6.1 DAS AÇÕES COLETIVAS

Para efetiva proteção dos interesses do consumidor, mediante a interpretação literal dos artigos 81 e 91 da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – percebe-se que o legislador objetiva a tutela não apenas individual, mas a título coletivo, da sociedade de consumo e disponibiliza, para tanto, os meios necessários para a defesa inclusive processual coletiva dos consumidores. Sobre a importância da tutela coletiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, Mancuso (2004, p. 55) explica:

O processo coletivo, por sua notória aptidão para resolver – com menor custo e duração – conflitos de largo espectro, próprios de uma sociedade de massa, por certo vem somar ao esforço que hoje se desenvolve para a consecução de um novo modelo, onde uma resposta judiciária possa resolver os mega-conflitos, em modo isonômico, antes que eles se fragmentem em multivárias ações individuais.

Desse modo, com alguma notória influência da *class action* norte-americana, a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347, de 24/07/1985, em parte alterada desde a sua vigência, inclusive pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, é instrumento de proteção dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Difere esta ação daquela norte-americana principalmente no tocante à legitimidade ativa. De fato, na *class action* qualquer interessado poderá formular o pedido de ação para a sua proteção e da determinada classe ou categoria de pessoas na qual se insere, e a consequente decisão terá efeitos *erga omnes*. Já no modelo de ação brasileiro, serão legitimados a formular o pedido apenas aqueles que assim a lei autorizar.

Outra diferença é que na *class action* o juiz competente verificará os requisitos de representatividade, ou seja, analisará se quem se diz representante é adequado para também defender os interesses da classe ou de determinada categoria, enquanto para o Direito brasileiro somente as entidades por lei expressamente legitimadas poderão formular o pedido de ação coletiva.

Serão tutelados por esse instrumental os interesses ou direitos transindividuais e os individuais homogêneos, aqueles inerentes ou vinculados a uma pessoa, de natureza divisível e de titularidade plúrima, decorrentes de natureza comum. O fato de serem idênticos a todos (ou homogêneos) e possuírem uma mesma origem, ou por envolverem um mesmo réu, fundamentaria a formulação do pedido de ação coletiva.

Se não fosse por estar em prol da coletividade, inúmeros seriam os pedidos de ações individuais nos quais, cada um, de per si, para benefício próprio, buscaria a realização de uma mesma pretensão de interesse comum.

O Código de Defesa do Consumidor, por meio do art. 91, fundamenta a prestação jurisdicional em uma ação coletiva para benefício de todos os que foram lesados por conta de um mesmo evento no mercado massificado, possibilitando incontestável economia ao Poder Judiciário.

Outro aspecto relevante a destacar é que ao consumidor, individualmente considerado, poderia não se justificar a formulação de um pedido de ação, seja em virtude do reduzido interesse econômico para uma única pessoa, seja pelos altos custos processuais. Uma ou outra razão de inércia acabaria por beneficiar um mau fornecedor de produtos e serviços e até estimular que este reincidisse em condutas contrárias à Política Nacional de Relações de Consumo.⁸⁷

⁸⁷ Nos termos do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Muito embora seja irrelevante do ponto de vista prático, registre-se que para Almeida (1999, p.146-151) haveria diferença entre a ação civil coletiva e a ação civil pública. Ele defende a tese de que se trata de pedidos de ações típicos e distintos entre si, cada qual com um procedimento específico e orientado para tutela de bens diversos. Para esse autor, a ação civil pública decorre da referida Lei nº 7.347/85 e serve para defesa coletiva do consumidor e de outros bens tutelados, identificados como direitos ou interesses difusos ou coletivos que, por definição, são de natureza transindividual e indivisíveis. Aplicar-se-ia, também, a ação civil pública, consoante esse autor, para proteção dos direitos individuais homogêneos de caráter social, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.⁸⁸

Já a ação civil coletiva, segundo o mesmo autor, é prevista no Código de Defesa do Consumidor, com fundamento no art. 91, e é instrumento de tutela coletiva unicamente do consumidor, das vítimas ou dos sucessores, adequado para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos de origem comum, por natureza divisíveis. Note-se que para ALMEIDA o âmbito de instrumentalidade da ação civil coletiva é bem mais restrito que o da ação civil pública. O procedimento seria sempre o ordinário,⁸⁹ tanto para um quanto para outro pedido de ação.

Segundo Paula (2003, p. 54), não existem procedimentos diferenciados para a tutela dos interesses difusos, dos direitos coletivos ou dos interesses individuais homogêneos:

Tal distinção somente se presta a impor embaraço à defesa coletiva do consumidor em juízo, como estamos a assistir nos tribunais. Muitas vezes se entende que não assistiria legitimidade de agir a um substituto processual – o Ministério Público em alguns casos – para promover a tutela dos interesses individuais homogêneos, isso porque pertinente seria a defesa tão-somente dos interesses difusos e dos direitos coletivos, a despeito daquilo que dispõe expressamente o art. 91, a permitir o uso da ação civil pública para a tutela coletiva e também para a defesa em nome próprio. Mas não pode haver tergiversações neste ponto, porque a ação civil pública – de maneira distinta – se presta à tutela tanto dos interesses difusos, direitos coletivos ou interesses individuais homogêneos, não sendo de se conceber qualquer interpretação restritiva. Não importando o objeto da ação, tem-se que a indivisibilidade está no bem da vida em questão, e não na causa de pedir, embora, na tutela dos interesses individuais homogêneos, a finalidade última da pretensão guarde cunho indenizatório.

Seria paradoxal, diante da finalidade da Lei nº 8.078/90 – de defesa do consumidor – e de seu indiscutível caráter didático, impor discussões de cunho técnico doutrinário e

⁸⁸ STF, RE 163.231-3/SP; e STJ, Resp 49.272-2/RS.

⁸⁹ Nos termos dos arts. 282 e seguintes do Código de Processo Civil.

processual.⁹⁰ Tratando-se o Código de Defesa do Consumidor de norma de ordem pública e interesse social, sua aplicabilidade tem caráter cogente, isto é, a finalidade de tutela do consumidor não pode ser olvidada ou protelada sob a retórica nos aspectos formais de legislação adjetiva.

Aliás, numa economia de massa e de escala mundial, é razoável esperar que a ordem jurídica garanta efetiva proteção ao maior número de consumidores, eis que, senão impossível, muito difícil delimitar todos aqueles que podem ter sido atingidos – direta ou indiretamente – por irresponsáveis práticas empresariais de estímulo ao consumo. Por esse motivo se justifica o disposto no art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, pois, para proteger os direitos e interesses albergados pela Lei nº 8.078/90, “são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Desse modo, estão legitimados a formular o pedido de ação civil pública, nos termos do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as entidades e órgãos da Administração Pública destinados à proteção do consumidor e as associações privadas.

Poderão fazê-lo concorrentemente ou de forma disjunta, sendo compreensível formular-se mais de um pedido de ação com o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, muitas vezes pela quantidade e difícil delimitação dos titulares dos direitos ameaçados ou lesados.

O Ministério Público poderá formular o pedido de ação civil pública, independentemente de seu objeto, tendo legitimidade para agir em juízo como substituto processual,⁹¹ sendo irrelevante o direito a ser protegido – se difusos, coletivos ou individuais homogêneos –, inclusive quando da ação inibitória ou interdita de que trata o art. 102 do Código de Defesa do Consumidor.⁹²

Estão legitimados a propor ação civil pública tanto o Ministério Público Federal quanto o Estadual. O autor será Federal quando de ação de competência da Justiça Federal, ou por envolver, na condição de ré, assistente ou oponente, a União Federal, entidade autárquica

⁹⁰ Como, lamentavelmente, se nota dos julgados: STF, RE 163.231-3/SP; e STJ, Resp 49.272-2/RS.

⁹¹ Pelo disposto no art. 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. No caso, o Ministério Público está autorizado a formular o pedido de ação civil pública pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

⁹² Art. 102 do Código de Defesa do Consumidor: “Os legitimados a agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde e à incolumidade pessoal”.

ou empresa pública federal. Quando se tratar de ação civil pública que tramite perante a Justiça Estadual, terá legitimidade o Ministério Público Estadual.

Quando não autor, o Ministério Público agirá, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade processual.⁹³ Se porventura uma associação legalmente constituída desistir ou abandonar, imotivadamente, a ação civil pública, o Ministério Público ou outro legitimado arrolado no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor assumirá a devida representação e o acompanhamento processual.⁹⁴

Consoante mencionado, possuem, também, legitimidade ativa as entidades político-administrativas, quais sejam: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Quando se tratar de pedido de ação formulado pela União Federal, o trâmite processual acontecerá perante a Justiça Federal. Caso sejam autoras as demais entidades, a Justiça Estadual é competente para receber e processar o pedido de ação civil pública, salvo quando tiver sido formulado em face da União Federal, de uma de suas autarquias ou de suas empresas públicas.

Serão ainda autores de pedido de ação civil pública as entidades e órgãos da Administração Pública encarregados da defesa do consumidor em nível federal, como a Secretaria de Direito Econômico – SDE, em nível estadual, como os PROCONs e em nível municipal, como as comissões e conselhos de defesa do consumidor, sendo irrelevante se estão integrados à administração direta (por meio das secretarias e coordenadorias, a título de exemplo) ou indireta (por meio das respectivas autarquias).

Por fim, possuem legitimidade ativa para defender os interesses dos consumidores as associações privadas para este fim instituídas há mais de um ano.

A exemplo da prestação jurisdicional de interesse individual, a ação civil pública poderá ter por escopo efeitos declaratórios, constitutivos ou condenatórios. Diante da primordial finalidade de proteção dos interesses do consumidor, tem-se dado prioridade, todavia, aos pedidos condenatórios que envolvem o dever de fazer ou de não fazer do fornecedor, nos termos do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Esses pedidos, diga-se de passagem, poderão ser convertidos na obrigação em perdas e danos, de caráter indenizatório, de acordo com o previsto nos parágrafos primeiro e segundo do referido artigo. Infelizmente essa possibilidade tem sido reiteradamente relegada ou desconsiderada pelo Poder Judiciário.

⁹³ Nos termos do art. 92 do Código de Defesa do Consumidor, combinado com o art. 246 do Código de Processo Civil.

⁹⁴ Conforme redação do art. 5º, § 3º da Lei nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública.

Destaque-se que a ação civil pública, seja quando da defesa dos interesses difusos, ou coletivos ou individuais homogêneos, poderá ser cumulada de pedido indenizatório, independentemente do cabimento de sanção cominatória. Trata-se, pois, a ação civil pública de instrumento processual de caráter condenatório e indenizatório.

Pelo que se depreende do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, cumpre ao juízo “assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento”, obrigando ou determinando as providências necessárias para tal fim. Portanto, comprovados e estimados os danos, o magistrado deverá, até mesmo de ofício, caso não haja pedido expresso nesse sentido, determinar a efetiva indenização⁹⁵, o que não caracterizará um julgamento *ultra petita*, pois a defesa do consumidor é norma de ordem pública e de interesse social e porque a ação civil pública possui inegável finalidade de proteção social, inclusive quanto aos danos morais que se presume sempre existirem em situações de grande impacto e de repercussão geral.

6.1.1 Foro competente

A competência para processar e julgar a ação civil pública, como regra geral, é da Justiça Comum dos Estados, “no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano”, “ressalvada a competência da Justiça Federal”.⁹⁶

O foro competente será determinado tendo por referência a abrangência territorial dos danos, seja de âmbito nacional (por alcançar mais de um estado ou municípios de diversos estados), regional (por agregar diferentes municípios de um mesmo estado) ou local (quando limitado a um município). Assim, caso os efeitos danosos sejam de extensão nacional, o pedido de ação civil pública haverá de ser formulado perante a Justiça Federal do domicílio do consumidor prejudicado, nos termos do art. 109, § 2º da Constituição, a fim de que a prestação jurisdicional tenha efeitos mais amplos.

6.1.2 Das medidas de urgência e da produção da prova

⁹⁵ O art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, arrola como direito básico do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

⁹⁶ Nos termos do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor e art. 109 da Constituição.

Pelo disposto no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, medidas liminares e de antecipação de tutela poderão ser concedidas, inclusive de ofício, para prevenção de eventual ameaça de lesão aos direitos e interesses dos consumidores.

De fato, também de acordo com o art. 273 do Código de Processo Civil e se preenchidos os seus requisitos, haverá antecipação de tutela na ação civil pública, independentemente da possibilidade de serem formulados pedidos de ações cautelares típicas e atípicas, preventiva ou incidentalmente, com fundamento nos artigos 4º e 5º da Lei nº 7.347/85.

Para mais facilitar a boa defesa dos direitos do consumidor em juízo, é dever a inversão do ônus da prova em seu favor, caso seja ele hipossuficiente em relação ao fornecedor ou sejam verossímeis as suas alegações, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

E não será porque se trata de um procedimento judicial de alcance coletivo que não se permitirá como direito básico do consumidor em juízo – ainda que ele esteja sendo substituído – a possibilidade da inversão do ônus da prova, desde que presentes os pressupostos de verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor, mas por haver o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I, do CDC), é que se tem por viável a mudança no encargo probatório. Além do que o ônus da prova deve ser conferido àquele mais apto a produzi-la, desaguando na aplicação do preceito que determina que se facilite ao consumidor o seu direito de defesa em juízo (art. 6º, VIII, do CDC). (PAULA, 2003, p.63)

Diga-se, ainda, que se factíveis as condições estabelecidas no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, se forem plausíveis as alegações ou se houver hipossuficiência técnica, cultural ou financeira do consumidor, a inversão do ônus da prova não é faculdade do magistrado, mas dever que se impõe, haja vista que normas de ordem pública e interesse social são indisponíveis, sendo sensato e econômico que tal determinação aconteça antes do início da fase processual de instrução probatória.

Para que a inversão do ônus da prova nos pedidos de ação em defesa do consumidor seja coerentemente aplicada em juízo, ou seja, com vistas ao objetivo constitucional de proteção ao consumidor, é mister que o magistrado se utilize do princípio da razoabilidade para formação do seu convencimento. Mello (2008. p. 317) enfatiza:

Há, a nosso ver, uma inclinação do Código de Defesa do Consumidor à aplicação do ônus da prova como regra (é um direito básico do consumidor em juízo, como acima exposto), sendo excepcional sua denegação. Exige-se, evidentemente que o juiz de direito prepare-se para conhecer e julgar relações de consumo imbuído de principiologia própria a tais espécies de controvérsias. No âmbito das provas, tem o juiz de, eventualmente, portar-se de modo supletivo de carências probatórias do

consumidor, daí por que, inclusive, haver-lhe sido conferido o notável poder de inverter o ônus probatório nas ações de consumo.

A defesa dos direitos e interesses do consumidor por meio da ação civil pública não obsta o pedido de ação individual, não tendo que se falar em litispendência⁹⁷ nem mesmo em prevenção⁹⁸ de juízo, admitindo-se, contudo, sejam aplicadas a conexão e a continência.⁹⁹

A sentença que julgar procedente o pedido de ação civil pública poderá condenar o fornecedor a indenizar o prejudicado ou determinar-lhe o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer. Frise-se ser neste mesmo sentido possível a decisão que antecipa os efeitos da tutela, aplicada, tanto quanto a sentença, aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O art. 95 do Código de Defesa do Consumidor autoriza que a sentença de procedência do pedido de ação civil pública tenha condenação genérica, determinando as responsabilidades por conta dos danos causados, verificados por meio da liquidação em execução coletiva ou individual.

É, sim, facultado ao juiz decidir que a obrigação de fazer ou não fazer seja convertida em condenação ao pagamento de indenização, sem prejuízo da multa, sendo de seu arbítrio a imposição de outros meios assecuratórios à tutela dos direitos do consumidor, tais como a busca e apreensão, a remoção de coisas e pessoas, o desfazimento de obra, o impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.¹⁰⁰

Assim é que uma publicidade enganosa que afete a um número indeterminado de pessoas (interesses difusos) pode redundar em reflexos prejudiciais – perdas e danos – ao patrimônio de quem se veja afetado por aquele ato. A medida judicial para suspender a veiculação da propaganda, assim como a multa e a indenização podem vir numa mesma ação civil pública, dada a compatibilidade de procedimento e de pleito, além de ser o mesmo juízo competente para conhecer e julgar cada pretensão (§1º do art. 292 do CPC). (PAULA, 2003, P. 65)

⁹⁷ Nos termos do art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil, ocorre a litispendência quando dois pedidos de ação são idênticos quanto às partes, pedido e causa de pedir, ou seja, quando se formula um novo pedido de ação que seja idêntico a outro anteriormente distribuído.

⁹⁸ Pelo disposto no art. 106 do Código de Processo Civil, prevenção é a circunstância processual que estabelece a competência de um determinado magistrado para processar e julgar um pedido de ação, excluindo a de outros de mesma Comarca, por ter sido o primeiro a conhecê-lo. Em 2ª Instância, este critério se vincula à Câmara ou Turma, na pessoa do desembargador ou ministro. Desse modo, a Câmara ou Turma que primeiro conhecer de uma causa terá competência preventa para as demais.

O art. 219 do Código de Processo Civil, por sua vez, esclarece o critério de prevenção quando de pedidos de ação em Comarcas distintas. Neste caso, será prevento o juízo em que primeiro ocorreu a citação válida do réu. Caso, contudo, tenham os pedidos sido distribuídos a um mesmo foro, mas em juízos distintos, será prevento aquele que tiver proferido um primeiro despacho.

⁹⁹ A conexão e a continência, nos termos, respectivamente, dos arts. 103 e 104 do Código de Processo Civil, são formas de modificação de competência. A conexão acontece quando os diferentes pedidos de ação possuem as mesmas partes e o mesmo pedido ou causa de pedir enquanto na continência existem as mesmas partes e o mesmo objeto, mas o pedido de uma é mais amplo que o da outra ação.

¹⁰⁰ Nos termos do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e respectivos parágrafos.

Da sentença que julgar procedente ou improcedente o pedido de ação civil pública cabe a interposição de recurso de apelação, ao qual poderá ser concedido efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte, notadamente em litígios estabelecidos contra a Administração Pública. Recebido o recurso, todavia, em seu efeito apenas devolutivo, aquele que se beneficiou com a sentença poderá executá-la, provisoriamente, ciente das responsabilidades inerentes ao exequente, nos termos do art. 475-O do Código de Processo Civil, inclusive aquela de caucionar o juízo, de forma suficiente e idônea, quando do levantamento de valores depositados, decorrentes do dever de indenização.

6.1.3 Da coisa julgada

Os efeitos da coisa julgada na ação civil pública para a defesa dos interesses individuais homogêneos do consumidor, diferentemente do que estabelece a segunda parte do art. 472 do Código de Processo Civil, estão limitados às partes do pedido de ação, não produzindo efeitos em relação a terceiros, nem para beneficiá-los e nem para prejudicá-los.¹⁰¹

No caso de procedência do pedido, a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*, ou seja, para benefício de todas as vítimas do mesmo evento e de seus sucessores, tenham ou não sido litisconsortes, sendo vedado formular-se novo pedido de ação para discutir a mesma situação fática ou direito por quem quer que seja, inclusive os legitimados concorrentes e vítimas, nos termos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, de acordo com o previsto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, para proveito dos efeitos *erga omnes*, o autor deverá requerer a suspensão do seu pedido de ação individual no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Deixando de observar essa exigência legal, a ação individual terá o seu trâmite regular e será vedado ao autor liquidar e executar a sentença proferida nos autos de ação coletiva, eis que estará excluído dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada, que fundamentariam o seu pedido de ação.

Quando o pedido de ação civil pública for julgado improcedente, seus efeitos são extensivos apenas às partes do litígio, ou seja, ao autor, ao réu e aos litisconsortes, não

¹⁰¹ Art. 472 do Código de Processo Civil: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”.

alcançando aqueles não intervenientes que poderão formular outro pedido de ação indenizatório a título individual.

6.2 A EFETIVA PROTEÇÃO PROCESSUAL DO CONSUMIDOR

Por se tratar de meios ou instrumento para a promoção da justiça, qualquer espécie de pedido de ação que propicie a adequada e efetiva tutela do consumidor é admissível, nos termos do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, para a proteção dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, a ação civil pública se mostra adequada à expectativa do legislador, pois poderá tutelar cada um destes direitos e interesses, inclusive simultaneamente, adaptando-se o pedido de acordo com a pretensão do requerente.

De fato, pelo disposto no art. 292 do Código de Processo Civil,¹⁰² os pedidos que fundamentam diferentes interesses poderão ser cumulados, porque o procedimento ou rito processual, em si, não se altera se assim o forem. É o caso da ação inibitória, fundamentada no art. 102 do Código de Defesa do Consumidor, cujo pedido poderá ser formulado independentemente ou cumulado de outros para garantir que o Poder Público proíba, em território nacional, “a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal”.

A adequada e efetiva defesa do consumidor poderá ser alcançada por uma ou mais ações civis públicas; também pelo mandado de segurança individual ou coletivo; pelo *habeas data*, para acesso às informações constantes dos bancos de dados e cadastros de consumidores;¹⁰³ e por meio do mandado de injunção, caso estejam presentes os requisitos para impetração.

Na verdade, considerando a premente necessidade de defesa do consumidor diante da economia de massa e de escala mundial, o nome do pedido de ação deveria ser irrelevante quando a tutela que se busca é para benefício da coletividade. Nesse sentido, aliás, é incoerente e não-econômico, tendo por referência as conjunturas de mercado, que prevaleça a

¹⁰² Art. 292 do Código de Processo Civil, *caput*: “É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”.

¹⁰³ Com fundamento nos arts. 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor.

autocomposição pessoal nos conflitos decorrentes da relação de consumo ou que sejam dirimidos em jurisdição individual.

Não se justificam as negativas de prestação do Poder Judiciário por discussões de cunho acadêmico ou retórico quanto à medida mais adequada à defesa de direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos ou o que são, em situações fáticas, tais direitos e se podem ou não ser resolvidos por tal pedido de ação. Direitos e interesses do consumidor são transindividuais e, de praxe, ao se falar em mercado de massa, são relevantes à coletividade.

Portanto, a ação civil pública é o instrumento adequado e compatível ao hodierno sistema jurídico, para garantia dos interesses – coletivos e difusos – emergentes da sociedade civil, para tutelar, dentre outros, os consumidores, tornando efetivo o direito fundamental que a Constituição amplamente reconhece e que não deve ser olvidado em interpretações processuais reducionistas.

6.3 A ATUAÇÃO PREVENTIVA COMO EFETIVO ELEMENTO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A saúde e a segurança do consumidor são bens também tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, no Título I, Capítulo IV (Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos), Seção I (Da proteção à saúde e segurança), quando o legislador dispôs, como regra geral, que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não devem acarretar riscos à saúde ou à segurança dos consumidores.

Como determinados produtos ou serviços, por si só, são perigosos mas essenciais ao bem-estar dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor autoriza sua circulação, desde que representem riscos considerados como “normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição” (Art. 8º).

O Código de Defesa do Consumidor dispõe em seus arts. 8º a 10¹⁰⁴ sobre a proteção à

¹⁰⁴ Art. 8º: “Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único - Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto”. Art. 10: “O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º - O fornecedor de

saúde e à segurança do consumidor, a fim de evitar possíveis danos, uma vez que os referidos artigos têm caráter nitidamente preventivo.

Para alcançar esse objetivo, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu uma divisão que compreende três tipos de produtos e serviços: aqueles que, por sua própria natureza, possuem riscos considerados normais e previsíveis, consoante o art. 8º; os produtos ou serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou à segurança, nos termos do art. 9º;¹⁰⁵ e os produtos ou serviços que apresentam alto grau de nocividade ou periculosidade, de acordo com o art. 10.

Sabe-se que existem produtos e serviços que, apesar de extremamente úteis ao conforto e bem-estar do consumidor, representam-lhe riscos de dano, devido à sua periculosidade ou nocividade intrínseca, como, por exemplo, os produtos inflamáveis, medicamentosos e radioativos, e os serviços que dependem da manipulação desses elementos perigosos.

É seguro afirmar que a proteção à vida, à saúde e à segurança merece especial atenção dos estudiosos, por se tratarem de bens fundamentais e porque é justamente neste âmbito que ocorrem os danos irreversíveis ao consumidor, tantas vezes em significativas proporções, como quando de intoxicações coletivas ou, então, em casos mais extremos, como quando do nascimento de deficientes físicos em decorrência da ingestão, pelas gestantes, do medicamento denominado Talidomida.¹⁰⁶

Quanto seria necessário despende o fornecedor para reparar os prejuízos que ele tenha causado – ou que pudesse causar – a um número indeterminado de pessoas?¹⁰⁷

Portanto, a efetiva proteção à sociedade exige a não realização do dano e essa prevenção ao acidente de consumo é direito básico, essencial, do consumidor, nos termos do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. § 2º - Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. § 3º - Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito”.

¹⁰⁵ Art. 9º: “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”.

¹⁰⁶ Comente-se, por oportuno, que se trata de um caso exemplificativo do grau de nocividade que determinados produtos podem causar aos consumidores quando mal utilizados, ou, ainda, quando utilizados de forma experimental. (Disponível em: < http://gravidez-segura.org/index.php?option=com_content&task=view&id=7&Itemid=9>. Acesso em: 28 jun. 2009.

¹⁰⁷ Conforme art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Também o inciso VII dispõe, como um dos direitos básicos do consumidor, “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

Assim, da mesma forma, qualquer pessoa física ou jurídica que sofra danos em virtude de fato do produto ou do serviço, sem que possa se enquadrar na condição de usuário final ou adquirente final, está automaticamente equiparada a consumidor e, apta, portanto, para pleitear indenização com base na responsabilidade independente de culpa do fornecedor. (ALVIM et al., 1995, p. 50).¹⁰⁸

Já é de notório conhecimento que o fornecedor é responsabilizado pelo produto ou serviço que disponibiliza em mercado, se apresentarem defeito potencial ou real e causarem dano.¹⁰⁹ A circulação de produto defeituoso, do qual decorra ato prejudicial, é o que caracteriza o dever de reparar. Frise-se que o ressarcimento não encontra apoio legal na singela conduta deficiente de quem fornece o produto ou serviço, mas na imperfeição produzida capaz de gerar prejuízo.

A noção de defeito do Código de Defesa do Consumidor tem estreita ligação com a ideia de segurança do produto e do serviço.

A partir dessas observações preliminares, não há dúvida de que somente é possível alcançar a eficiente proteção do consumidor, finalidade da Política Nacional de Relações de Consumo, por meio de uma atuação preventiva do Poder Público, coibindo os abusos praticados em face do usuário de bens e serviços, reprimindo a publicidade enganosa e incentivando a atividade dos fornecedores cuja conduta é substancialmente ética e legal.

Acrescente-se, ainda, conforme anteriormente dito, que o caráter programático do princípio constitucional de defesa do consumidor (norma-objetivo¹¹⁰) implica a execução de uma vasta política pública de ação,¹¹¹ fiscalização, punição, responsabilização civil e não de um direito subjetivo fundamental, não se perfazendo, tão-somente, mediante a edição de normas.

Além da Constituição, esse interesse de proteção da coletividade permeia todos os dispositivos de lei expressos no Código de Defesa do Consumidor.

¹⁰⁸ Compreende-se que, pelo disposto no art. 17, as revendas de produtos e aquelas de transformação industrial passariam a ser tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda que não enquadradas como adquirentes ou usuárias finais de produto ou serviço (p. 49).

¹⁰⁹ A denominada responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, tal como dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

¹¹⁰ Constituição, art. 170, IV.

¹¹¹ Art. 1º e art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, pode-se admitir que os elementos vida, saúde e segurança estão vinculados uns aos outros, valorizando-se, entretanto, sempre a sua individualidade. Não há dúvida de que o direito à vida é distinto daquele à saúde. O vínculo direto que atinge o direito à vida é a lesão cujo resultado é a morte ou, por outro lado, quando haja um ato como forma de tentativa de tirar a vida de alguém. Se a norma protetiva do consumidor apenas contemplasse as ações direcionadas ao resultado morte, ou seja, contra o direito à vida, ela se tornaria insuficiente. No âmbito específico da saúde, diversas são as ações que apenas ofendem as funções de algum ou alguns órgãos do corpo humano, sem atentar contra a vida da pessoa. Exemplo dessa ofensa são as passageiras reações alérgicas de baixo grau.

É de se entender que a seção I do Capítulo IV, que trata da proteção à saúde e à segurança, seja interpretada, naturalmente, em consonância com o direito que elas abrangem, qual seja, o direito à vida.

A esse respeito, Bittar (1992, p. 24) afirma que

a expressão saúde, de forma abrangente, é empregada no sentido de conservação da vida, considerando-se as funções orgânicas, físicas e mentais, em situação de regularidade. A segurança que aparece em alternativa com a saúde representa um esforço de que nenhum risco correrá o consumidor, à míngua de informações adequadas, com o produto ou o serviço.

A referida seção, além de dispor sobre a proteção à saúde, também manifesta-se sobre a proteção à segurança do consumidor, que não deve ser compreendida apenas quanto ao aspecto físico-corporal do indivíduo. Ainda que tratados em uma mesma seção, saúde e segurança não são vocábulos sinônimos. Segurança é um conceito mais amplo, pois agrega a preservação da vida, da saúde e da integridade física, sem olvidar a proteção de ordem material e econômica, ou seja, aquela devida em relação ao patrimônio do consumidor.

O art. 8º do Código de Defesa do Consumidor estabelece regra geral, dispondo que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”. Note-se que o legislador não se referiu ao dano, mas ao risco, propriamente dito, o que significa dizer que não há necessidade da configuração do resultado lesivo para que exista proteção.

Nesse aspecto, destaque-se o que esclarece Benjamin (1991, p. 45), um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor quanto aos elementos segurança e risco, presentes no referido art. 8º:

Quando se fala em segurança no mercado de consumo, o que se tem em mente é a idéia de risco: é da maior ou menor presença deste que decorre aquela. No sentido

aqui empregado, o termo risco é enxergado como a probabilidade de que um atributo de um produto ou serviço venha a causar dano à saúde humana (acidente de consumo). Soa como lugar-comum dizer que a vida humana é uma atividade de driblar riscos. (omissis). Por isso mesmo, não tendo o direito força suficiente para eliminá-los inteiramente, cumpre-lhe o papel igualmente relevante de controlá-los.

Um dos fatores nitidamente imprescindíveis à prevenção é justamente o direito do consumidor à informação e, em contrapartida, a obrigação de que ela seja adequada e amplamente disponibilizada pelo fornecedor. Schier (2006, p. 69-70) ressalta que o dever de informar do fornecedor é instrumento de proteção à vida, à saúde e à segurança dos consumidores:

Essa obrigação inerente ao fornecedor, de especificar todas as características importantes do produto, faz com que o consumidor possa saber sobre o que exatamente irá depositar sua vontade. Impõe ao consumidor conhecer o produto e, também, faz com que ele deposite todas as suas expectativas no produto, fazendo questionar-se sobre o que espera do produto e se este atende às suas reais necessidades. O dever de informar, então, prepara o consumidor para a ação de consumir livremente e por iniciativa própria, fazendo com que, ao final, a decisão de consumo recaia sobre sua total autonomia em escolher consumir este ou aquele produto.

É a informação adequada que viabiliza os contornos das relações de consumo compatíveis com a noção de segurança. O fornecedor que informa o consumidor vulnerável e exposto às práticas empresariais de forma ampla, clara e objetiva estará isento de qualquer responsabilização advinda do consumo do produto e do serviço, pois haverá culpa exclusiva do consumidor que não deu atenção aos riscos dos quais foi advertido.

Por meio da informação, dentre outros, devem ser apresentados dados que propiciem ao consumidor condições de escolha entre adquirir ou não um produto ou serviço; contratar ou não contratar; se contratado, conhecer realmente as cláusulas constantes do instrumento; utilizar o produto e serviço sem comprometer a sua saúde e segurança, ou dos demais etc.

A informação preventiva é, portanto, consequência da nocividade ou periculosidade dos produtos ou serviços, que devem prestar, ao consumidor, as orientações necessárias ao bom desempenho e utilização, sem qualquer dano ou prejuízo.

Nesse sentido, visando à segurança dos consumidores, os arts. 8º e 9º do Código de Defesa do Consumidor orientam que o dever de bem informar é exclusivamente do fornecedor.

Há uma proporção direta entre o nível de informação franqueada ao consumidor e ao grau de segurança que este terá em relação ao produto ou serviço, isto é, quanto melhor, mais completa e eficiente for a informação sobre as características do produto e sua forma de correta utilização e possíveis perigos, mais seguro, na

acepção jurídica do termo, estará o usuário. (MARINS, 1993, p. 51).

Quanto mais esclarecido for o consumidor, menor a probabilidade de que ele sofra qualquer dano advindo do produto ou serviço.

As preocupações, contudo, não estão voltadas a estes poucos consumidores com maior capacidade de compreensão. É amplamente noticiado que o desenvolvimento econômico brasileiro recentemente permitiu um significativo ingresso de cidadãos, antes totalmente excluídos,¹¹² ao consumo. Uma significativa parcela da população,¹¹³ composta por brasileiros de nenhuma ou baixíssima escolaridade, não assimila as informações de consumo disponíveis, e por isso corre sérios riscos.

É de se notar que o dano que se busca prevenir não é aquele vinculado a possíveis defeitos que possam apresentar o produto ou serviço. Ao contrário, os produtos e serviços – o que é de se esperar – não devem ser disponibilizados ao mercado se possuem algum defeito.

Para a prevenção dos riscos de danos advindos da falta, insuficiência ou incompreensão das informações disponíveis existiriam duas possíveis soluções: a mais extrema (e, por diversos motivos, inviável) seria simplesmente proibir o fornecimento desses produtos e serviços potencialmente perigosos; outra seria realmente implementar a Política Nacional de Relações de Consumo, tal como tratada no art. 4 do Código de Defesa do Consumidor, por meio da atuação preventiva do Poder Público, coibindo os abusos praticados em face do usuário de bens e serviços, reprimindo a publicidade enganosa e incentivando a atividade dos fornecedores cuja conduta seja substancialmente ética e legal, comprometidos com os almejados princípios de Ordem Econômica.

A política pública projetada pelo Código de Defesa do Consumidor envolve, de forma concorrente, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios na fiscalização e no

¹¹² “Embora as décadas de 1980 e 1990 tenham sido fortemente marcadas pela ampliação do acesso da população à educação formal, a verdade é que um grande número de pessoas - crianças e também jovens e adultos com baixa escolaridade - ainda estão fora da escola. Essa exclusão, no entanto, não atinge a população de forma aleatória; ao contrário, está reservada às pessoas mais pobres”. (GRACIANO; HADDAD, 2007, p. 444).

¹¹³ A taxa de analfabetismo das pessoas com mais de 15 anos caiu de 14,7% para 10%, no entanto, persistia um número elevado de pessoas que não sabiam ler ou escrever: 14,1 milhões de analfabetos, dos quais 9 milhões eram negros e pardos e mais da metade residia no Nordeste. Melhorou, nesse período, o percentual de estudantes que cursavam nível médio na idade adequada (15 a 17 anos), passando de 26,6% para 44,5%. Por outro lado, nesses dez anos aumentou a desigualdade de acesso de brancos e negros e pardos ao nível superior. Em 1997, 9,6% dos brancos e 2,2% dos pretos e pardos, de 25 anos ou mais de idade, tinham nível superior completo no país; em 2007, esses percentuais eram de 13,4% e 4,0%, respectivamente. As consequências das desigualdades educacionais se refletem nos rendimentos médios dos negros e pardos, que se apresentam cerca de 50% menores que os dos brancos. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1233&id_pagina=1>. Acesso em: 26 jun. 2009.

controle da produção, industrialização, distribuição, da publicidade de produtos e serviços e do mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, inclusive para editar outras normas que se façam necessárias para esse fim, consoante o disposto em seu art. 55, § 1º.¹¹⁴

Em outras palavras, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão legislar e regulamentar a distribuição ou apreensão de produtos, ou cassar o alvará de determinados prestadores de serviços que sejam potencialmente nocivos ou perigosos por ausência ou insuficiência de informação, não obstante tratem-se sanções já previstas no Código de Defesa do Consumidor, não exercidas, na maioria das vezes, por entraves burocráticos administrativos.

6.4 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Uma vez que existem produtos que, por sua própria natureza, oferecem riscos à segurança dos consumidores, é mister compreender o princípio da precaução, já bastante desenvolvido e estudado na seara do Direito Ambiental, que consiste, em termos práticos, na busca de se evitar a consumação de danos nas atividades potencialmente lesivas.

Esse cuidado se manifesta em três principais escopos, a saber:

- (i) assegurar uma análise mais precisa da evolução dos riscos, incentivando a pesquisa científica e tecnológica; (ii) reduzir o risco a um nível mínimo, aceitável, sendo certo, entretanto, que não se alcança o risco zero; (iii) atuar com transparência na informação prestada ao público, o que está intimamente relacionado à noção de aceitabilidade do risco – aceitação supõe informação (LEWICKI, 2006, p. 362).

No que tange ao risco do desenvolvimento, os objetivos do Direito Ambiental são plenamente aplicáveis e devem ser cogentes ao fornecedor de produtos e serviços.

Note-se que se espera essa preocupação do fabricante de medicamentos, cujo dever é estudar o produto e acompanhar a sua evolução, adotando providências imediatas, tão logo sejam descobertos efeitos colaterais nocivos aos pacientes.

¹¹⁴ Art. 55: “A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços. § 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias”.

O mesmo se afirma do fabricante de automóveis, que deve estar empenhado em reduzir os riscos da utilização dos veículos a níveis mínimos, investindo em constantes estudos e na evolução tecnológica para garantir cada vez mais segurança aos consumidores. Esses fornecedores, como se sabe, têm o dever legal de informar a sociedade civil sobre os riscos e defeitos, ainda que descobertos posteriormente à disponibilização dos veículos ao mercado.

Trata-se dos deveres de vigilância ou de supervisão, dentre os quais mais se conhece a obrigatoriedade de campanhas de *recall*.

Na indústria farmacêutica existem os maiores e mais sérios casos de risco do desenvolvimento. Um bastante conhecido foi aquele decorrente da ampla utilização do Contergan-Talidomida “que, ingerido por mulheres grávidas, acarretou o nascimento de crianças fisicamente deformadas”. (CALIXTO, 2004, p. 178).

Outro bem mais recente e bastante divulgado foi o caso do medicamento Vioxx, utilizado para amenizar os dolorosos efeitos da artrite. A fabricante, Merck Sharp & Dohme, descobriu, após três anos de contínuas pesquisas, que seus consumidores estavam expostos a riscos de complicações cardiovasculares e determinou a imediata retirada do produto de mercado, ostensivamente divulgando a custosa notícia nos meios de comunicação social¹¹⁵.

Os fatos acima mencionados servem para didaticamente demonstrar a diferença existente entre o chamado risco do desenvolvimento de outros institutos afins. Verifica-se, desse modo, que alguns produtos possuem periculosidade inerente à sua própria natureza. Outros, no entanto, que no passado representavam maiores riscos, hoje são mais seguros graças à evolução tecnológica.

É cediço que os veículos mais antigos possuíam cintos de segurança de apenas dois pontos, que não podem hoje ser considerados defeituosos, porque foram substituídos pelos de três pontos, surgidos posteriormente. Não havia naqueles modelos de cintos de segurança nenhuma falha de ordem intrínseca. Eles são menos seguros e até suscetíveis de causar maiores danos aos seus usuários, mas não possuem, em si, defeito. Diferentemente dos exemplos advindos da indústria farmacêutica, cujo perigo era existente desde a concepção dos medicamentos, porque já representavam um dano, apenas ainda não conhecido, aos consumidores.

Os resultados advindos do não cumprimento do dever de vigilância demonstrado em

¹¹⁵ Matéria disponível em <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2004/300904.htm>> Acesso em 8 set. 2009.

produtos e serviços que comprometeram a segurança dos consumidores não representarão óbices ao desenvolvimento tecnológico e científico. Sabe-se que o preço do risco da atividade é comumente repassado ao preço final do produto ou serviço, consoante esclarecido em capítulo anterior.

É o princípio da precaução que haverá de ser analisado pelo Poder Judiciário quando dos pedidos de ação essenciais e efetivos para defesa dos consumidores dos alimentos transgênicos, dos resultantes de clonagem etc..

7 CONCLUSÃO

Em que pese ser bastante recente a Lei brasileira a regular especificamente as relações de consumo¹¹⁶, pode-se afirmar que os interesses de mercancia voltados à classe consumidora recebem especial atenção desde o início do Século XX, a partir do desenvolvimento da produção em massa. O Liberalismo econômico¹¹⁷, impulsionado pela expansão dos meios de produção e o decorrente objetivo latente da indústria de conquistar novos mercados, embora sob a concepção de vínculo contratual centrado no valor da vontade, gerou flagrante desequilíbrio nas relações que envolviam o consumidor, que se tornou cada vez mais vulnerável e indefeso diante das práticas abusivas exercidas progressivamente pelos detentores do poder econômico, atos estes abonados pelo Estado capitalista.

Em outras palavras, os princípios da liberdade de iniciativa e autonomia da vontade, que permeiam toda a matéria negocial e obrigacional, foram compreendidos sob esta realidade e considerando as relações jurídicas singulares. As relações jurídicas de massa, instauradas entre os centros produtores e o público consumidor, eram novidades aos intérpretes e aplicadores da lei, ainda formados e, conseqüentemente, influenciados pelos ideais de fortalecimento da indústria nacional.

São essas concepções dos séculos passado e retrasado que viciam – certo que agora com menor intensidade – as interpretações das garantias constitucionais, tornando-as, muitas

¹¹⁶ Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹¹⁷ A Revolução Industrial consolidou a sociedade burguesa liberal capitalista, baseada na igualdade jurídica entre os homens, na livre-iniciativa e na empresa privada. Sob este contexto, surge o liberalismo econômico, marcado pelo fim da intervenção direta do Estado na produção e na distribuição das riquezas. No Estado liberal não existem medidas protecionistas ou de monopólio: há a defesa da livre concorrência e a abertura ao mercado externo. Dentre os seus defensores destacam-se Adam Smith, Thomas Malthus, David Ricardo, James Mill, Nassau Sênior. (FÉDER, 1997).

vezes, ineficazes, incompatíveis ou insuficientes frente ao dinâmico fenômeno da produção e do consumo em massa.

Sabe-se, pelo disposto no art. 170 da Constituição, que a defesa do consumidor é fundamento jurídico da Ordem Econômica; em outros termos, o consumidor, objeto dessa proteção constitucional, é considerado agente econômico.

Não se pode negar que uma economia de mercado sem mecanismos jurídicos adequados, incapazes de equilibrar os desníveis e desigualdades existentes nas relações de consumo – entre fornecedores de produtos e serviços e consumidores –, inviabiliza a ordem de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.¹¹⁸

Segundo o entendimento de Grau (2003, p. 57), o referido art. 170 é uma norma-objetivo, ou seja, um preceito a ser alcançado, de segurança jurídica e paz social, e todos os princípios nele expressamente previstos – como a defesa do consumidor – devem ser amplamente respeitados, como fundamento jurídico da atividade econômica.

O caráter programático do princípio constitucional de defesa do consumidor (norma-objetivo)¹¹⁹ implica a execução de uma vasta política pública de regulação,¹²⁰ realizada por meio da fiscalização, punição, responsabilização civil e não de um direito subjetivo fundamental, não se perfazendo, tão-somente, mediante a edição de normas.

Pela definição de fornecedor constante no *caput* do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor,¹²¹ tem-se que o legislador primou por uma responsabilidade que garantisse a proteção de interesses difusos, da coletividade, haja vista que as atividades ali descritas (que dizem respeito, não exaustivamente, ao fornecedor) decorrem, em geral, da circulação de riquezas por meio da produção em larga escala, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização ou prestação de serviços etc., fazeres todos inerentes ao amplo mercado de consumo atual, que muito difere daquele então regulado pelo Direito Civil, subjetivo, contratual, que envolvia um consumidor específico, efetivamente (não potencialmente) lesado, e um comerciante.

Em verdade, essa larga tutela dos direitos do consumidor não pode ser diferente: desde sempre um grande número dos usuários de bens e serviços disponíveis em mercado não era e

¹¹⁸ Art. 170, V, da Constituição.

¹¹⁹ Constituição, art. 170, IV.

¹²⁰ Art. 1º e art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

¹²¹ Art. 3º, *caput*: “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”.

não é, necessariamente, parte contratante,¹²² ou seja, não participava e não participa diretamente do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços. Há de levar-se em conta, também, que o direito à integridade física e moral de um consumidor, nesta Política Nacional de Relações de Consumo, é valor existencial, de difícil (para não dizer impossível) reparação.

A efetiva proteção à sociedade exige, portanto, a não realização do dano e essa prevenção ao acidente de consumo é direito básico, essencial, do consumidor, nos termos do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor que prevê “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Nessa mesma direção, também está disposto, no inciso VII, “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

Não há dúvida de que somente é possível alcançar a eficiente proteção do consumidor, finalidade da Política Nacional de Relações de Consumo, por meio da atuação preventiva do Poder Público, coibindo os abusos praticados em face do usuário de bens e serviços, reprimindo a publicidade enganosa e incentivando a atividade dos fornecedores cuja conduta é substancialmente ética e legal.

A indenização a título de danos extrapatrimoniais do consumidor, ainda arbitrada de forma um tanto receosa, haveria de ter dupla função, de acordo com Bittar Filho (1994, p. 59): “compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor”.

Muito mais apropriado que a punitiva seria destacar a função preventivo-pedagógica da condenação à indenização por danos extrapatrimoniais causados à coletividade. De fato, nos conflitos intersubjetivos, não há tanto que se falar em função preventivo-pedagógica da condenação à indenização por danos extrapatrimoniais porque, em regra, as lides são eventuais, não habituais e tampouco profissionais. Entretanto, se o dano extrapatrimonial é de dimensão coletiva, a função preventivo-pedagógica da respectiva indenização revela-se essencial para a boa defesa do consumidor, quando os litígios, do ponto de vista do fornecedor do produto e do serviço, não são eventuais mas, sim, habituais e de caráter profissional (o que, aliás, intensifica a vulnerabilidade do consumidor).

Para tal condenação serão relevantes todas aquelas lesões ocorrentes no mercado de consumo, que são imensuráveis ou insignificantes individualmente, mas propiciam um

¹²² Veja-se o exemplo dado na nota nº 18.

vultoso enriquecimento sem causa do fornecedor.

Por conseguinte, é imperioso que no âmbito da tutela nominalmente individual se reconheça a dimensão coletiva dos danos causados ao consumidor e a função preventivo-pedagógica da indenização a ser arbitrada.

É verdade que a Lei nº 8.078/90 não impõe limites econômicos ou, melhor explicando, valores de alçada a subsidiar o magistrado no arbítrio da indenização a ser suportada pelo fornecedor responsabilizado. É mister ter-se em mente que, além de reparar um dano de amplitude social,¹²³ a condenação deve prevenir incidentes na medida em que a sua publicidade coibirá a prática dessa mesma atividade pelos demais produtores e prestadores de serviços. O risco de desrespeitar os direitos básicos do consumidor seria, a depender da gravidade do ato e do conseqüente montante imposto a título de reparação de danos, inviabilizar a continuidade do próprio negócio.

Nem se diga que a ausência de limite legal ao pagamento da indenização por dano difuso, que se espera de acordo com os postulados previstos no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, é incompatível com os princípios da livre iniciativa¹²⁴ e da livre concorrência que, tanto quanto a defesa do consumidor, estão constitucionalmente tutelados como fundamento jurídico da Ordem Econômica.¹²⁵

Da interpretação literal do art. 170 da Constituição é possível detalhar o conteúdo da livre iniciativa associado diretamente à propriedade privada,¹²⁶ açambarcando, deste modo, a liberdade de empresa,¹²⁷ de lucro¹²⁸ e de contratar. Saliente-se, novamente, que esse mesmo princípio é condicionado ao fim público expressamente destacado no *caput* do artigo supracitado, qual seja, a justiça social.

Com o intuito de que “os ditames da justiça social” sejam assegurados, para garantir a “todos existência digna”, a Constituição estabelece diversas medidas destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso de liberdade de iniciativa, no exercício da atividade privada¹²⁹

Justifica-se, então, a importância da interpretação lógico-sistemática do Código de

¹²³ Independentemente do número de consumidores que compõem a lide.

¹²⁴ A livre iniciativa é o símbolo do Estado liberal e dogma do modo de produção capitalista, tem sua previsão no *caput* do art. 170 e seu inciso IV, da Constituição.

¹²⁵ Consoante o art. 5º, XIII, da Constituição: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

¹²⁶ Art. 170, II, da Constituição.

¹²⁷ Art. 170, parágrafo único, da Constituição.

¹²⁸ Art. 170, IV, da Constituição.

¹²⁹ Conforme o art. 173, § 4º, da Constituição: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Defesa do Consumidor. Sem uma sólida base unificadora, consubstanciada pelos princípios que formam esse sistema, as normas abertas da Lei nº 8.078/90 oportunizariam discrepâncias interpretativas, a volatilização da segurança normativa e a defesa ineficaz e insuficiente do consumidor, eis que a jurisdição ficaria restrita a análise de casos concretos e isolados.

Segundo anteriormente explicado, cumpre ao Estado¹³⁰ conciliar determinados setores do mercado nacional, valendo-se de política de efetivo planejamento, com vistas a assegurar o bem-estar coletivo, garantindo saúde, habitação, educação, alimentação, urbanização e solução para as questões fundiárias etc., também disciplinando, mediante o exercício do seu poder de polícia, os setores nos quais a atividade econômica, embora exercida pelos agentes privados em regime de competição, deva estar submetida a determinados controles para coibir abusos e ineficiências em face, dentre outros, dos consumidores.

A transferência das funções de utilidade pública do setor público para o privado, com o fenômeno da privatização, atribui ao Estado, por meio das agências reguladoras, poder crescente de regulamentação, fiscalização e planejamento da atividade privada, antes por ele exercida. No Brasil, o programa de reforma do Estado decorre da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente do desenvolvimento econômico, sendo imperiosa a necessidade do aprimoramento das funções reguladoras. A retirada do Estado da prestação direta da atividade econômica não significa redução do intervencionismo estatal. Ao contrário, faz-se imprescindível a criação de mecanismos desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não fique ao alvitre do interesse privado do fornecedor, cuja atuação muitas vezes não beneficia a coletividade.

O Estado contemporâneo deve retornar às suas funções típicas, especialmente no que concerne ao essencial como saúde pública, segurança, educação e saneamento. Sem embargo, considerando a inegável relevância da atividade privada para a sociedade política, é também dever do Poder Público fiscalizar a atuação do fornecedor para compatibilizar a relação de consumo à almejada Ordem Econômica, de modo que os princípios arrolados no art. 170 da Constituição orientem a necessária valorização do trabalho humano, compatibilizando-o aos ditames da justiça social.

A satisfação desses princípios haverá de se traduzir na busca atenta e permanente da conciliação do interesse privado com o público. Cumpre, portanto, ao aplicador da Lei,

¹³⁰ Por meio de seus três Poderes.

representante do Estado, com fulcro no princípio da proporcionalidade,¹³¹ harmonizar os interesses do fornecedor aos do consumidor, essenciais que são – ambos – à Ordem Econômica.

¹³¹ Para Wambier, Almeida e Talamini, o princípio da proporcionalidade é o limite do ônus imposto ao sacrifício de um direito em detrimento de outro dentro do estritamente necessário (2004, p.141)

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Principii di diritto amministrativo**. v. I. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1971.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87-95.

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

ALTERINI, Atilio Anibal. **Responsabilidad civil: limites de la reparación civil**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ALVIM, Arruda et al. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1995.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade das suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora RT, 2007.

____ et al. **Comentários ao código de proteção do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **A responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil por danos a consumidores**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 24.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo: Brasília, DF, 11 set. 1990.

_____. [Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007](#). Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério da Justiça, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo. Brasília, DF, 16 mar. 2007. n. 52. Seção 1, p. 2.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la consommation**. 6. ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 18.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelo risco do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CAZZANIGA, Gláucia Aparecida Ferraroli. Responsabilidade dos órgãos públicos no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Editora RT. v. 11, jul.1994.

CHRÉTIEN, Patrice. **Droit administratif**. 8. ed. Paris: Armand Colin, 2002

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Ivo. O econômico e o constitucional. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 200, p. 55-69, abr./jun. 1995.

DIAS, Sérgio Novais. Empresa, abuso de poder econômico, proteção ao consumidor. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 84, p. 19-34, out./dez. 1991.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba, Juruá, 2004.

_____. O conceito de consumidor. In: EFING, Antônio Carlos (Coord.). **Direito do consumo 3**. Curitiba: Juruá, 2005.

EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 194, p. 02-15, out./dez. 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1995, p.94.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 33.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora RT, 2005.

GONÇALVEZ, Pedro. **A concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GRACIANO, Mariângela; HADDAD, Sérgio. A exclusão ao ensino no País não atinge a população de forma aleatória; ao contrário, está reservada às pessoas mais pobres. In: **Almanaque Brasil Socioambiental: uma nova perspectiva para entender a situação do Brasil e a nossa contribuição para a crise planetária**. São Paulo: ISA, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora RT, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora RT, 1988.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LEHFELD, Lucas de Souza; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. Estado regulador contemporâneo brasileiro e a participação-cidadã como instrumento de controle da autonomia das agências reguladoras. In: TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; VIDOTTE, Adriana; TAVARES NETO, José Querino (Org.). **Estado, empresa e desenvolvimento econômico** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

LEWICKI, Bruno. Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 362.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2004.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: Editora RT, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1995.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2002.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Editora RT, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. A inversão do ônus probatório nas ações de consumo. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coord.). **Aspectos processuais do código de defesa do consumidor**. Orientação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora RT, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual; direito penal do consumidor. São Paulo: Editora RT, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Apec, 1989.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 2. ed. mod. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O dano moral e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUSDEO, Fabio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e Desenvolvimento** São Paulo: Malheiros, 2002.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Granada: Comares/Fundación de Estudios de Regulación, 1999.

OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado**. Coimbra: Coimbra, 1998.

PAULA, Adriano Perácio de. Aspectos da ação civil pública em matéria de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 45, p. 51-70, jan./mar. 2003.

PERELMAN, Chain. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermitina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

PROCON SP. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=2110>>. Acesso em: 11 jan. 2008.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função.** Curitiba: Juruá, 1999.

ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. (Coord.). **Desafios atuais do direito da concorrência.** São Paulo: Singular, 2008.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor.** São Paulo: Editora RT, 2009.

SANTOS, Antonio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável.** 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2001.

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar.** Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIMÃO FILHO, Adalberto; LUCCA, Newton de (Coord.). **Direito empresarial contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico.** 1. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,** São Paulo, ano 37, n. 114, p. 34-50, abr./jun.1999.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Editora RT, v. 43, jul./set. 2002.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Editora RT, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

TOPAN, Luiz Renato. **Ação coletiva e adequação da tutela jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. v. II. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2004.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. O dano moral e sua quantificação. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/emarf/images/miolo%20revista%2008.pdf>>. Acesso em: 22 jan.2008.

ALLEGRUCCI, Lorenzo. **Diritto antitrust**: la tutela della concorrenza e del mercato. Nápoles: Edizioni Simone, 1997.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. A ação civil coletiva para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 34, p. 88-97, abr./jun.2000.

_____. A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 32, p. 9-15, out./dez. 1999.

ALVIM, Arruda. Declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao código de proteção e defesa do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 81, p. 127-134, jan./mar.1996.

AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 40, n. 121, p. 56-81, jan./mar.2001.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 45, p. 26-49 jan./mar. 2003.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Crise econômica e direito constitucional. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 6, p. 32-63, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Crimes de consumo no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 3, set./dez. 1992.

_____. et al. **O código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Consumidor e usuário de serviços públicos: esclarecimentos necessários**. Artigo não publicado.

BOLSON, Simone Hegele. **Direito do consumidor e dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BOURGOIGNIE, Thierry. A política de proteção do consumidor: desafios à frente. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 41, p. 30-38, jan./mar. 2002.

_____. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de controle através de uma cláusula geral. **Revista de Direito do Consumidor**, p. 6-13, abr./jun. 1993.

BRASIL. **Código civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Código comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Constituição federal**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Código do consumidor: aspectos constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 666, p. 58-72, abr. 1991.

CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC (1990-2005)**. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 35, p. 97-108, jul./set. 2000.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CERVEIRA, Fernanda Pessoa. Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 44, p. 141-167, out./dez. 2002

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**: o cálculo empresarial na interpretação do código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XIII, v. 15/16, p. 89-105, 1974.

_____. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 80, p. 66-75, out./dez.1990.

_____. Função social dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 63, p. 71-79, jul./set.1986.

_____; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DELGADO, José Augusto. A ética e a boa-fé no novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 49, p. 164-176, jan./mar. 2004.

DERANI, Cristiane. Política nacional das relações de consumo e o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 29, p. 29-39, jan./mar. 1999.

DUARTE, Márcio Archanjo Ferreira. Dano moral: ocorrência e valoração. **Boletim Jurídico**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1658>>. Acesso em: 22 jan.2008.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. O concorrente como consumidor

equiparado: proteção ao consumidor contra práticas abusivas por meio do diálogo entre o CDC e as normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 17, n. 66, p. 9-35, abr./jun. 2008.

_____. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, n. 64, p. 9-42, out./dez. 2007.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e procedimentos bancários à luz do código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora RT, 1999.

_____. (Coord.). **Direito das relações contratuais 1**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. (Coord.). **Direito das relações contratuais 2**. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. (Coord.). **Direito do consumo**. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. (Coord.). **Direito do consumo 2**. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. (Coord.). **Direito do consumo 3**. Curitiba: Juruá, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARJAT, Gérard. A noção de direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, p. 25-67, jul./set.1996.

FÉDER, João. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERMANDOIS V. Arturo. **Derecho constitucional económico**: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia. 2. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____ et al. **O código civil e sua interdisciplinaridade**: os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FONTES, André R. C. Os fatores de atribuição na responsabilidade por danos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/emarf/images/miolo%20revista%2008.pdf>>. Acesso em 22 jan. 2008.

GARCIA, Fábio Bittencourt. Breves considerações acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim Jurídico**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1553>>. Acesso em 22 jan. 2008.

GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 28, p. 68-110, out./dez. 1998.

GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 50, p. 225-238, abr./jun. 2004.

GRAU, Eros Roberto. Interpretando o código de defesa do consumidor: algumas notas. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 5, p.183-189, jan./mar.1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KAUFFMANN, Boris Padron. O dano moral e a fixação do valor indenizatório. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 39, p. 75-84, jul./set. 2001.

KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento pessoal na satisfação do dano? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 9-32, jan./mar. 2000.

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

LEITE, Gisele. Considerações sobre ato ilícito. **Boletim Jurídico**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1021>>. Acesso em 22 jan. 2008.

LISBOA, Roberto Senise. A livre iniciativa e os direitos do consumidor. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, Porto Alegre, Síntese/INCE, n. 3, ano I, p. 87-127, abr./maio/jun. 2003.

_____. **Manual elementar de direito civil**. v. II. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora RT, 2002.

LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 238, p. 207-235, out./dez. 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 35, p. 61-96, jul./set. 2000.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 52, out./dez. 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELEDO-BRIAND, Daniele. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 35, p. 39-59, jul./set. 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1990.

MELO, Nehemias Domingos de. Por uma nova teoria da reparação por danos morais. **Boletim Jurídico**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=519>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

MENEZES, Olindo Herculano de. **Direito subjetivo**: existência, relatividade e negação. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/Consulta/PubOficial/PubOficialAbrePdf.php?id=3010>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A defesa administrativa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 46, p. 120-164, abr./jun. 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 139, p. 01-10, jan./mar. 1980.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor**. São Paulo: Editora RT, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 94, p. 85-101. jul./dez. 2006.

PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 45, p.140-171, jan./mar. 2003.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe et al. A prevenção como elemento de proteção ao consumidor: a saúde e segurança do consumidor no código de proteção e defesa do consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, n. 63, p. 9-25, jul./set. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos**: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

PROCON SP. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=2110>>. Acesso em: 11 jan. 2008.

REGO, Lúcia. **A tutela administrativa do consumidor**: regulamentação estadual. São Paulo: Editora RT, 2007.

ROCHA, Luiz Carlos. A responsabilidade penal dos sócios. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, Porto Alegre, Síntese/INCE ano I, n. 3, p. 05-16, abr./maio/jun. 2003.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2000.

RODAS, João Grandino. Acordos de leniência em direito concorrencial: práticas e recomendações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 862, p. 22-33, ago. 2007.

ROSENVALD, Nelson. **A responsabilidade civil e o novo código civil**. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/Consulta/PubOficial/PubOficialAbrePdf.php?id=36361>>. Acesso em 22 jan. 2008.

SANTANA, Heron José de. **Responsabilidade civil por dano moral ao consumidor**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Herez. O ato ilícito no código civil. **Boletim Jurídico**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1373>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

SAYEG, Ricardo Hasson. O contexto histórico da defesa do consumidor em face do abuso de poder econômico e sua importância. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, Porto Alegre, Síntese/INCE, ano II, n. 7, p. 5-14, abr./maio/jun. 2004.

SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos: racionalidade e legitimidade na aplicação da lei 8.884/94. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 117, p. 57-86, 2000.

SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 52, p. 267-318, out./dez. 2004.

SESSAREGO, Carlos Fernández. **Derecho y persona**. 2. ed. Trujillo: Normas Legales S/A, 1995.

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

SOUZA, James J. Marins de. Legitimidade 'ad causam' ativa e passiva nas ações individuais do código do consumidor. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 69, p. 63-81, jan./mar.1993.

_____. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Editora RT, 1993.

_____ et al. **Código do consumidor comentado**. São Paulo: Editora RT, 1991.

SOUZA, Rafael Pinto Marques de. **Brevíssimas considerações sobre o novo panorama da responsabilidade civil em face da lei 10.406/02 – novo código civil**. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/Consulta/PubOficial/PubOficialAbrePdf.php?id=30120>>. Acesso em: 22 jan. 2008.