

**O PRINCÍPIO DA DIMENSÃO COLETIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO:
REFLEXOS NO “PROCESSO DO CONSUMIDOR”, ESPECIALMENTE QUANTO
AOS DANOS MORAIS E ÀS CONCILIAÇÕES**

José Augusto Garcia

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

Professor de Direito do Consumidor da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ)

1 - INTRODUÇÃO

“*Não se faz uma revolução sem revolução*”, já dizia, há dois séculos, um especialista no assunto — o francês Robespierre. No campo do Direito brasileiro, também tivemos uma revolução, que atendeu, e atende, pelo nome de Código de Defesa do Consumidor. Sem terror, ou cabeças rolando, produziu-se um diploma extremamente avançado, que nos enche de orgulho perante a comunidade jurídica internacional. Como toda revolução, o Código arrebata, transcende: não só as relações de consumo viram-se energeticamente tocadas; em verdade, todo o nosso ordenamento, em sua inteireza, restou transformado. Não há, de fato, como resistir à força transfiguradora do Código, que perfilha, no seu ideário, aqueles anseios maiores da vanguarda jurídica, seja no plano do direito material, seja no plano do processo. Em especial, notabiliza-se o Código do Consumidor por assumir formidável empresa: a busca da “*ordem jurídica justa*”, na inspirada expressão de Kazuo Watanabe¹.

Positivar a *ordem jurídica justa*, contudo, não se mostra tarefa tranqüila, e muito menos isenta de riscos. Deparamos aí, seguramente, polêmica das mais fascinantes na jusfilosofia dos nossos tempos. Enfrentá-la aqui acarretaria irreversível

1

“*O direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa*”, acentua o mesmo jurista, aduzindo em outra passagem que, “*para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça*” (Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in *Participação e Processo*, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-129 e 135).

desvio de rota, com a abordagem obrigatória de assuntos de grande complexidade. *Ordem jurídica justa*, deveras, implica falar em algo que, a grosso modo, se convencionou chamar de *Estado Social*, e hoje atravessa quadra de furiosa contestação; implica mexer, outrossim, no delicado tema do equilíbrio dos Poderes estatais, que muitos reputam ameaçado pelo fortalecimento excessivo do Judiciário; implica envolver-se, ainda, nos crescentes reclamos da democracia participativa. Bem se vê que a este trabalho seria impensável aprofundar-se em tão vasto leque de indagações.

Mas o não-aprofundamento dos assuntos mencionados em nada prejudica o evolover do nosso raciocínio, uma vez que não pode haver qualquer dúvida acerca da inquebrantável aliança entre o Código de Defesa do Consumidor e o objetivo da realização de uma ordem jurídica substancialmente justa. De forma correlata, igualmente indiscutível é a tendência de se deferir uma dose cada vez maior de poderes ao magistrado. Essa tendência, observada de maneira muito nítida no ordenamento pátrio, acaba por gerar interessantíssimo paradoxo: enquanto em largos setores o Estado se retrai, definha, o Estado-Juiz está cada vez maior e mais ativo, quase onipresente. Em outras palavras, a crise do alquebrado *Estado do Bem-Estar* não cruzou os lindes do processo, muito pelo contrário. Ponto para a democracia participativa. Afinal, a função estatal mais acessível ao cidadão, apesar de tudo, é mesmo a função jurisdicional. Por mais singela que seja a demanda, ela já terá o condão de levar o cidadão à presença do Estado-Juiz, órgão da soberania nacional.

Ordem jurídica justa, Estado Social, poderes do magistrado, democracia participativa. Aonde queremos chegar? Sem maiores rodeios, queremos chegar na questão dos princípios, da sistemática do Código de Defesa do Consumidor (doravante abreviado, em várias passagens, para “CDC”). Em breve chegaremos lá.

Tornando à estrada, não é fácil, como já dito, positivar a *ordem jurídica justa*, emanção dos postulados do Estado Social. Para tanto, inevitável a inserção, nas leis, de normas de conteúdo aberto, que demandam a expansão do subjetivismo do julgador. No CDC, sintomaticamente, identificamos várias e várias dessas normas *abertas*, portadoras de *conceitos juridicamente indeterminados*². Atente-se, à guisa de

2

“Não se deve, todavia, confundir esse fenômeno com o da **discricionariedade**. Às vezes a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência. É o que se denomina **poder discricionário**. Costuma-se apontar a atividade administrativa como o campo de eleição de tal poder; mas a verdade é que também o juiz não raro se vê autorizado pelo ordenamento a opções discricionárias (...)” (v.g., nos casos dos arts. 394, 403, parágrafo único, e 559, *fine*, do Código Civil) — José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*: segunda série, São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 66-67.

exemplificação, para o decisivo art. 51, IV (que sedia, na seara contratual, a recepção legal do princípio da boa-fé objetiva): são consideradas nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “*estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*”. Comentando o dispositivo (na melhor obra já escrita até hoje, no Brasil, sobre os contratos de consumo), a Prof^a Cláudia Lima Marques salienta que “*boa-fé*” e “*equidade*”, expressões utilizadas no texto legal, “*são amplas e subjetivas por natureza, deixando larga margem de ação ao juiz; caberá, portanto, ao Poder Judiciário brasileiro concretizar através desta norma geral, escondida no inciso IV do art. 51, a almejada justiça e equidade contratual*”³. Em idêntico sentido, e atendo-se não só ao art. 51, IV, mas também ao art. 51, XV — que coíbe as cláusulas que “*estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor*” — encontramos as abalizadas lições do Prof. Nelson Nery Junior, ressaltando “*o poder (do magistrado) de fazer a integração dos conceitos jurídicos indeterminados existentes nessas duas normas do CDC*”⁴.

Em um sistema assim, sintonizado com a *ordem jurídica justa* mas, por isso mesmo, dependente do subjetivismo do juiz, o que fazer para se garantir seja a lei de proteção aplicada de maneira razoavelmente uniforme e segura? Aí, finalmente, atingimos em cheio a importância da interpretação lógico-sistemática do CDC, olhos postos nos princípios que se projetam do estatuto. Sem uma sólida base unificadora, consubstanciada pelos princípios do sistema, as normas abertas do Código traduziriam força eminentemente centrífuga, gerando verdadeira babel interpretativa. A indispensável segurança normativa também se volatilizaria, reduzindo ao máximo a própria razão de ser do estatuto do consumidor, que se tornaria refém do caso concreto, em total inversão de valores. *Ordem jurídica justa*, nessa hipótese, só se Nosso Senhor Jesus Cristo descesse dos céus e viesse a nós, pecadores, vestindo uma toga e empunhando um martelo...

³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 306.

⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 64, set./dez. 1992.

Fica bem patenteada, portanto, a necessidade da exaltação dos princípios do sistema enfocado, os quais devem guiar a interpretação de todo e qualquer instituto do CDC. De fato, não se pode interpretar vírgula do Código sem o aval do sistema (aí englobados, logicamente, não só os princípios unificadores, mas também os fins da legislação). E repare-se que nem estamos nos aventurando na polêmica sobre constituir o CDC, ou não, um *microsistema*. Sendo ou não *microsistema*, impossível não atentar para os princípios que se irradiam do Código.

Por sinal, não é de hoje que se vem encarecendo o valor dos princípios, em relação à interpretação de qualquer sistema jurídico. Tanto assim que se repete à exaustão, em doutrina e jurisprudência, a célebre advertência do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra*”⁵. No mesmo sentido (mas com alguma divergência terminológica), e preconizando a “*jurisprudência dos princípios*”, põe-se a doutrina do Prof. Eros Roberto Grau: “*O sistema jurídico é uma ordem teleológica de princípios*”⁶. Vão ficando anacrônicas, assim, posições como a do ilustre jurista Toshio Mukai, que, comentando o CDC, verbera o seu art. 4º, tachando-o de “*norma programática e sem nenhuma cogência*”, acrescentando o comentador que “*não há que se perder tempo com essa disposição, posto que a norma não tem eficácia e consequência prática*”⁷. Ora, no art. 4º é que descobrimos o barro seminal do sistema do

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 300.

⁶ GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, pp. 183-189, jan./mar. 1993. De acordo com o ilustre doutrinador, e aí está a divergência terminológica mencionada, princípio e norma não são entidades autônomas. Para ele, a norma seria gênero, compreendendo duas espécies: as regras e os princípios.

⁷ *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, coordenador Juarez de Oliveira, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 12.

Código, de modo que não será perdido⁸, certamente, todo o tempo utilizado na análise do dispositivo; sua exploração percuciente, ao contrário, serve para iluminar os demais aposentos do estatuto de proteção, facilitando sobretudo a tarefa do hermenauta⁹.

Firmamos pois a premissa deste texto, qual seja, a transcendência da interpretação lógico-sistemática nos domínios do CDC. Pensando bem, trata-se de premissa óbvia, palmar. Todavia, nunca é demais encarecê-la. A uma, porque a cultura jurídica que nos envolve ainda se acha impregnada de um método exegético excessivamente literal, dogmático (na pior conotação que o termo pode comportar), para não dizer estreito. A duas, porque é o Direito do Consumidor, com todas as peculiaridades apontadas, que está no cerne do nosso trabalho.

Bem assentada a pedra fundamental, cumpre precisar o objeto deste texto. Conforme indicado anteriormente, a questão dos princípios do CDC prenderá a nossa atenção. Este o propósito maior do artigo: falar sobre princípios. Mais especificamente ainda: demonstrar a transcendência dos princípios que defluem da avançada sistemática do Código, dando-se especial atenção a um desses princípios fundamentais (bem como a alguns efeitos concretos que dele se desprendem). Nessa tarefa, não nos furtaremos a expender considerações sobre todos os princípios que reputamos capitais dentro do CDC. Afinal, o que mais desejamos prezar é a visão do sistema. Só após essa panorâmica geral é que poderemos destacar, já devidamente contextualizado, um dos princípios capitais: o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo.

⁸ Para o Prof. Eros Roberto Grau (art. cit.), o art. 4º representa relevantíssima *norma-objetivo*, “*porque define os fins da política nacional das relações de consumo, quer dizer, ela define resultados a serem alcançados*”.

⁹ Frisando o valor das normas programáticas, no plano constitucional, consulte-se Luis Roberto Barroso, na excepcional obra *O Direito Constitucional e a Efetividade das suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 1990, p. 108: “*A visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam. Sua dimensão prospectiva, ressalta Jorge Miranda, é também uma dimensão de ordenamento jurídico, pelo menos no Estado social.*”

Por que o princípio da dimensão coletiva? Por duas razões básicas. Em primeiro lugar, por se tratar de um princípio pouco reconhecido, e menos ainda praticado. Na verdade, sequer o *status* de princípio lhe é deferido. Não obstante, e aí vem a segunda razão, cuida-se de princípio absolutamente crucial dentro da sistemática estudada.

Fechando esta introdução, retome-se a máxima que abriu o texto: “*não se faz revolução sem revolução*”. O estatuto consumerista significou uma revolução no nosso Direito? Evidentemente que sim. Mas ela não será genuína se igualmente revolucionária não for a interpretação das normas positivadas pelo CDC. Ao intérprete fiel, dessa forma, não se descortina opção outra senão infundir espírito igualmente transformador aos institutos e normas do Código, sob pena de desolador retrocesso. Em outras palavras: ao intérprete fiel cumpre sugar, sofregamente, toda a seiva dos princípios magnos do CDC, porque é neles que se concentra a essência do sistema. O princípio objeto deste trabalho é um dos que mais contribuem para plasmar a alma renovadora do CDC. É certo então: sem que se consolidem, em doutrina e jurisprudência, os arrojados efeitos que derivam do princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, revolução, lamentavelmente, não haverá!¹⁰

2 - OS PRINCÍPIOS CAPITAIS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Muito se falou, acima, sobre a importância da interpretação sistemática do CDC, calcada nos princípios que se deduzem da lei. É de toda conveniência, portanto, não seguir caminho sem antes visitar, brevemente que seja, cada um dos princípios que julgamos fundamentais no sistema da Lei 8.078/90. Ressalve-se que toda elevação de princípios fundamentais há de se apoiar, obviamente, em critérios próprios de

¹⁰ Sobre o mesmo tema, consulte-se o artigo “As novas necessidades do Processo Civil e os poderes do Juiz”, de Adroaldo Furtado Fabricio (publicado na *Revista Direito do Consumidor* 7, São Paulo, pp. 30-36, jul./set. 1993), que se inicia com a seguinte assertiva: “*Os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem ao jurista de nossos dias decorrem da massificação*”. Consulte-se ainda o ensaio “Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro”, de Carlos Alberto Bittar Filho (publicado na *Revista Direito do Consumidor* 12, São Paulo, pp. 44-62, out./dez. 1994), também se ocupando bastante do assunto da coletivização, *in verbis*: “*Malgrado toda a oposição que tem encontrado, o movimento renovador, com a força da água que rompe o dique, segue o seu curso — e deve mesmo segui-lo —, sempre guiado pelo coletivo. Trata-se da coletivização ou socialização do Direito, movimento que, característico dos novos tempos, se coloca em posição diametralmente oposta à dos pandectistas do século passado (...)*”.

quem se oferece a tal empreitada. De fato, não existe uma tabela de princípios, muito menos são estes publicados em diário oficial. Entrementes, não se costuma fugir muito de um certo consenso, principalmente na abordagem do Código do Consumidor, que deixa ao intérprete mensagens bastante claras a respeito dos seus valores maiores. Dessarte, os princípios que passaremos a declinar costumam ser encarecidos pelos doutos (com algumas diferenças quanto à terminologia utilizada). O toque pessoal fica mais por conta da escolha propriamente dita dos princípios que merecem a qualificação de “capitais”, “fundamentais”. Elegemos sete. A nosso ver, são os princípios que concentram a essência vital do estatuto consumerista. Outros princípios relevantes certamente que há, mas sempre decorrendo dos princípios magnos, razão pela qual podem ser melhor caracterizados como subprincípios. Este, por sinal, o norte que parece inafastável em uma enunciação de princípios: o conjunto eleito deverá, obrigatoriamente, preencher e justificar todas as frestas e facetas do sistema, sem brechas, subordinando assim todo e qualquer dispositivo do mesmo sistema.

2.1 - O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

Nas teorias que procuram explicar o nascimento do universo, grande destaque se dá, sabem até os leigos (como este autor), à teoria do “big bang”. Nosso universo teria resultado de uma fantástica explosão, a partir de um núcleo de infinita energia, que não mais conseguiu se conter. Pois bem, fosse o Código do Consumidor o universo, qual o seu princípio fundamental, dentro do paralelo *cósmico-jurídico* formulado, que melhor representaria aquele núcleo hiperenergético do qual provavelmente descendemos? A resposta está, com todas as letras, no primeiro inciso do art. 4º da Lei 8.078/90, que cuida justamente dos princípios da “Política Nacional das Relações de Consumo”: é o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Aí está o princípio de tudo, a razão de ser do CDC. O Código existe porque o consumidor é vulnerável, especialmente sob o aspecto técnico (a vulnerabilidade

econômica geralmente acompanha a vulnerabilidade técnica, mas não é essencial). Inexistisse essa premissa básica e os detratores do Código poderiam sustentar, com menos temeridade, a ocorrência de esbarrões não muito gentis no princípio constitucional da isonomia. Aqui, retorna-se à temática do Estado Social. A Lei 8.078/90 seria impensável em tempos de Estado Liberal (neutro). Com efeito, não convidem para a mesma mesa o CDC e a falaciosa concepção da neutralidade estatal. Na condição de rebento do Estado Social, o Código assume corajosamente a defesa da parte mais fraca na relação de consumo. Como freqüentemente se despreza o óbvio, cumpre apregoar sempre e sempre essa prodigiosa boa nova: em obediência à Constituição da República, o Código de Defesa do Consumidor existe para... defender o consumidor!

Evidentemente, não procede falar em maniqueísmo ou paternalismo. O CDC não é maniqueísta nem paternalista; o que existe é uma realidade de poder a ser combatida. Se não há qualquer dúvida quanto à disparidade substancial de forças entre fornecedor e consumidor, nada mais isonômico do que oferecer ao último instrumentos que possam conter o poderio do primeiro. O Direito não existe, em última análise, para conter e controlar o poder do mais forte, possibilitando a vida em sociedade?

Inúmeras são as repercussões do princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Melhor dizendo: não há repercussão possível, no sistema, que não seja obrigada a bater continência para esse princípio maior. A própria pertinência de dada relação ao regime do CDC depende, em muitos casos, da vulnerabilidade concreta da parte considerada consumidora perante o correspondente fornecedor¹¹. Ou seja, o próprio campo de incidência do Código é

¹¹ O assunto rende tratados. Como se sabe, o tema da fixação do exato campo de incidência do CDC propicia vigorosa polêmica (que por sinal é extremamente cara à abordagem sistemático-teleológica da Lei): de um lado, a corrente objetiva, apegada ao teor do art. 2º, *caput*, do Código; de outro, os subjetivistas, sustentando que a relação de consumo deve, conceitualmente, contrapor um profissional a um não-profissional. Todos com belíssimos argumentos. No entanto, cuida-se de polêmica fadada à imortalidade. Aliás, quem bem soube registrar a perplexidade dos juristas em relação a essa tormentosa questão foi Fábio Ulhoa Coelho, em instigante artigo — “A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor” — publicado na *Revista Direito do Consumidor* 3, São Paulo, pp. 36-43, set./dez. 1992). Por mais que se tente chegar a uma regra geral e abstrata sobre o campo de incidência do estatuto consumerista, acabamos todos, inclusive os partidários da corrente objetiva, topando com a questão da vulnerabilidade concreta do suposto consumidor (repise-se: vulnerabilidade não apenas como premissa abstrata de aplicabilidade das normas consumeristas,

determinado pela questão da vulnerabilidade¹². Não bastasse, temos dispositivos na Lei 8.078/90 que, ostensivamente, fazem questão de afirmar a sua vassalagem ao princípio em foco. À guisa de exemplo, tomem-se os arts. 6º, VIII, 47 e 103, III, do CDC: a inversão do ônus da prova, a interpretação dos contratos em prol do consumidor¹³ e a coisa julgada *secundum eventum litis* traduzem influência direta do princípio em exame. No tocante, por sinal, à inversão de ônus probatório, muito importante não perder de vista que o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor impôs inversão de ônus não só no seara processual, mas também no campo material — e neste de maneira bem mais vasta. Direito processual à parte, inverteram-se ônus que secularmente eram suportados pelos ombros cansados dos consumidores, como é o caso, crucial, da informação. Inverteram-se ônus, inverteram-se riscos. A responsabilidade do fornecedor passou a ser, majoritariamente, objetiva. Em poucas palavras: o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo propiciou inversões várias, de ônus e de riscos¹⁴. E mais, ainda por força da magnitude do princípio ora analisado: havendo

mas sim considerada concretamente). Isso acontece sobretudo quando a qualidade de consumidor é atribuída pelo CDC indiretamente, através de equiparação. Confira-se o art. 29 (que encerra não poucas complexidades, ainda incólumes ao assédio da maior parte da doutrina): as pessoas expostas a práticas comerciais e contratuais tornam-se consumidoras pela via da equiparação, mesmo que não o sejam do ponto de vista conceitual. Portanto, ainda não há — e dificilmente haverá um dia — consenso quanto à delimitação do campo de incidência da Lei 8.078/90. O resultado de todas essas perplexidades irreduzíveis é que o exame da vulnerabilidade concreta acaba se tornando inevitável, para fins de verificação do âmbito de atuação do CDC. Chega-se enfim a uma regra geral, mas um tanto desfigurada, eis que só empiricamente, caso a caso, é que se desvenda a vulnerabilidade, concreta, do suposto consumidor.

¹² Com afinidade ao tema, insira-se aqui controvérsia recente: à vista da Lei 9.307/96, ainda vigora a regra do art. 51, V, do CDC, que considera nula a chamada “cláusula compromissória”? Temos para nós que sim, mas apenas parcialmente. Quer-nos parecer que a melhor forma de conciliar dispositivos aparentemente contraditórios do CDC e da posterior Lei da Arbitragem é deixar o art. 51, V, do Código para as relações em que estejam presentes o fornecedor e um consumidor genuíno, não equiparado. Quanto aos consumidores equiparados (art. 29 do CDC), estariam realmente sujeitos ao disposto no art. 4º da Lei 9.307/96. Entendemos que assim se salva satisfatoriamente a pele do art. 51, V, do CDC sem se ferir regra básica de hermenêutica, concedendo-se alguma eficácia ao art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

¹³ Confira-se, sobre a norma, a lúcida posição do Prof. Nelson Nery Junior, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 40: “Como medida de notável avanço, a norma determina que a interpretação do contrato como um todo se faça de modo mais favorável ao consumidor. Não apenas das cláusulas obscuras ou ambíguas (...)”.

¹⁴ É preciso frisar que a inversão de riscos atinge também, naturalmente, a área contratual. Dessa forma, será indiscutivelmente abusiva, v.g., cláusula contratual que permita a uma escola qualquer extinguir determinado curso, já iniciado, caso o número de alunos se reduza até certo patamar. Ou seja, a inversão de riscos presta-se também a informar o que é abusivo na seara contratual, até porque se consideram nulas de pleno direito (abusivas) as cláusulas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor” (art. 51, XV, do CDC).

quaisquer dúvidas, elas devem — bem o sinaliza o art. 47 da Lei 8.078/90 na área específica dos contratos — favorecer o consumidor vulnerável. Usando imagem futebolística: em caso de empate, quem leva a taça é o consumidor. Os direitos do consumidor, assim, ganharam o mesmo *status* do *jus libertatis* do réu no processo penal. Tudo, repise-se, por obra e graça do princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

2.2 - O princípio da ordem pública

Aparece o princípio da ordem pública como consectário inexorável do primeiro princípio analisado. Deveras, não basta reconhecer de uma forma diletante, platônica, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Não. Além do reconhecimento, é preciso mais. Positivamente, de nada adiantaria um formosíssimo código, enaltecendo ao máximo os direitos do consumidor, se não fossem cogentes as suas normas. A burla seria diuturna, e o estatuto viraria peça acadêmica, quando não motivo de justificados gracejos. Daí o relevo do princípio da ordem pública, tão fulgurante no sistema que está aninhado logo no artigo inaugural do CDC — dado topográfico de rica significação hermenêutica —, *in verbis*: “*O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, incisos XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias*”.

Por outro ângulo, ordem pública evoca o tema do intervencionismo do Estado. A mítica “mão invisível” do mercado, hoje reexperimentando momentos de glória, não costuma acariciar com maior ternura aqueles que são vulneráveis, muito pelo contrário. Caracterizando-se as relações de consumo, exatamente, pela vulnerabilidade de um dos seus protagonistas, resta claro, axiomático, que o regime consumerista não pode prescindir de uma boa e compensatória dose de intervenção estatal. Prevista entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, a “*ação governamental no*

sentido de proteger efetivamente o consumidor” (art. 4º, II, da Lei 8.078/90) constitui, portanto, elemento capital do sistema, em prol do equilíbrio do mercado de consumo.

Especialmente no plano dos contratos de consumo, resplandece o princípio da ordem pública. Dificilmente existirá, em nosso ordenamento, diploma legal tão timbrado pela idéia do intervencionismo nos contratos como o Código do Consumidor. Os reflexos na seara contratual mostram-se verdadeiramente notáveis. A ordem pública triunfa sobre o vetusto dogma do *“pacta sunt servanda”* de maneira acachapante, marcando também a vitória da função social do contrato. A liberdade e a intangibilidade contratuais, valores básicos do Estado Liberal, sofrem uma série ponderosa de restrições no contexto do CDC, que vão desde a positivação das teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva (art. 6º, V) até a imposição de ilimitada lista de cláusulas reputadas *“nulas de pleno direito”* (art. 51), e não simplesmente anuláveis. Como se vê, ou é a lei que fustiga o *“pacta sunt servanda”*, através de regulamentação bastante rigorosa dos contratos de consumo, ou então a intervenção estatal se materializa pelas mãos do próprio Estado-Juiz, que ganhou poderes expressos para modificar cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais e rever aquelas que, em razão de fatos supervenientes, provoquem onerosidade excessiva ao consumidor.

Abra-se parêntese para importante ressalva: a incidência do princípio da ordem pública sobre os contratos de consumo não fica abalada pelas transformações de natureza político-econômica que os dias atuais testemunham. O Estado realmente diminui, mas naquilo que diz respeito à sua atuação direta no reino da economia. No entanto, atividades ínsitas ao modelo estatal conquistado pela humanidade neste século, como a regulamentação e a fiscalização, continuam inalienáveis. Como bem identifica a Prof^ª Cláudia Lima Marques, na citada obra sobre contratos de consumo, uma das tendências do Estado *“pós-moderno”* reside exatamente no fomento da hiper-regulamentação, para combater os abusos e iniquidades gerados pela vaga liberalista¹⁵. O próprio presidente

¹⁵ *“A fase pós-moderna ou a pós-modernidade apregoa de um lado o esgotamento, os estertores do Estado Social (Welfare State), reeditando ora a insegurança legal, como aliás já se observa na Argentina que, ainda terceiro-mundista, caminha para a desregulamentação, desindustrialização e a privatização total, ora em sentido inverso, fomentando a hiper-regulamentação, face à natural reação do Estado frente ao vazio*

Fernando Henrique Cardoso declarou recentemente¹⁶, com impecável retórica: *“Não sou mesmo convertido a essa visão do Estado que não regulamenta. O que estamos fazendo na prática? Criando agências de regulamentação. Privatizando e criando agências de regulamentação. Criando um novo Estado.”* Ainda FHC, na mesma entrevista: *“(…) Por isso, aqui, vamos ter sempre uma ação do Estado. Se se deixar o mercado solto, pobre país! Penso, nesse assunto, o oposto do que dizem que penso. O que penso é que, se deixar o mercado solto, pobre país. Não que ele não vá crescer, mas crescerá com exclusão.”*

As repercussões do princípio da ordem pública atingem ainda o tema do direito intertemporal. Em que pesem respeitáveis opiniões divergentes, não há dúvida de que o Código de Defesa do Consumidor, exatamente em virtude da ordem pública que reveste as suas normas, deve-se aplicar a todas as relações de consumo pendentes, mesmo aquelas fundadas em período anterior à vigência da lei consumerista¹⁷. Afinal de contas, não podem coexistir, por absurdo, duas ordens públicas simultâneas — uma para quem assinou um contrato às 19:00 horas em 10.03.91 e outra para quem assinou o mesmo contrato 12 horas depois...

Por derradeiro, no que tange ao princípio da ordem pública, insta assinalar que ele não se circunscreve à área gravitacional dos contratos de consumo. Na seção contratual, a visibilidade do princípio é impressionante, mas isso não prejudica a sua incidência generalizada, deixando marcas em todas as regiões do sistema. O Prof. Nelson Nery Junior chega a sustentar mesmo que, sendo de ordem pública e interesse social as normas consumeristas, *“toda a matéria constante do CDC deve ser examinada pelo juiz **ex officio**, independentemente de pedido da parte, valendo-se frisar que sobre ela não ocorre a preclusão, circunstância que propicia seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, legislativo e ao abuso das liberdades econômicas. O Estado “pós moderno” passa então a impor um forte (radical) controle no mercado, quanto à execução dos contratos socialmente importantes, cujo conteúdo passa ele, totalmente, a ditar, como se observa na Europa.”* (ob. cit., p. 59).

¹⁶ Entrevista concedida à *Revista Veja*, edição de 10.09.97.

¹⁷ A propósito, consulte-se Luiz Bayeux Filho, autor do excelente artigo “O Código de Defesa da Consumidor e o Direito Intertemporal”, publicado na *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 5, pp. 54-73, jan./mar. 1993.

podendo o tribunal, inclusive, decidir com **reformatio in pejus** permitida, já que se trata de questão de ordem pública”, sendo ainda “obrigatória a participação do Ministério Público nas ações propostas com base no Código”¹⁸.

2.3 - O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo

Acabamos de ver que, consoante o magistério do Prof. Nelson Nery Junior, processualista de renome e grande autoridade em matéria de Direito do Consumidor, qualquer causa de consumo — até causa relativa, v.g., a um prosaico radinho de pilha — seria bafejada pela subversão de tradicionalíssimas regras processuais. Temerária a tese do festejado processualista? Não à luz do princípio da ordem pública, que entretanto só se compõe integralmente com os aportes do princípio que merecerá o foco mais intenso deste artigo: o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo. Ainda não é o momento, porém, de nele nos determos. Sigamos com os demais princípios fundamentais.

2.4 - O princípio da boa-fé objetiva

Traçar a diferenciação entre a boa-fé objetiva, perfilhada expressamente pelo CDC (como demonstram os arts. 4º, III, e 51, IV) e a boa-fé subjetiva, mais à vontade no *habitat* do Código Civil, serve bem à visualização do salto dado pelo nosso ordenamento com a edição do estatuto consumerista: salto do individualismo puro e extremado rumo a um regime aberto ao advento da coletivização. De fato, a boa-fé subjetiva diz respeito ao indivíduo, ao seu estado anímico em um dada situação concreta. Já a boa-fé objetiva traduz uma regra de conduta, necessariamente geral, a incidir sobre a coletividade. Daí serem tão íntimos o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo (que consiste, lembre-se mais uma vez, no objeto principal deste artigo, a ser desenvolvido mais à frente).

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 201.

Enorme é a riqueza do princípio da boa-fé objetiva. Em sua materialização mais singela, ele obstrui a eficácia de todo e qualquer comportamento contrário à boa-fé, objetivamente considerada. Assim, resta proscria a tradicional excludente do *dolus bonus*¹⁹, a toda evidência antagônica com o princípio em tela. Não há mais, outrossim, que se falar em condutas desprovidas de boa-fé mas supostamente irretocáveis sob o prisma da legalidade. Não! A partir do Código do Consumidor, o que for contra a boa-fé objetiva estará igualmente contra a lei, para desalento dos sofismas de plantão e malabarismos retóricos de praxe. Enfim, está a boa-fé, desde a promulgação do CDC, plenamente positivada no ordenamento jurídico pátrio. E mais: o art. 51, IV, já mencionado, responde pela cláusula geral de boa-fé dos contratos de consumo. Por conseguinte, em todo e qualquer contrato de consumo, há de se considerar escrita, implicitamente, uma cláusula pela qual os contratantes se comprometem a proceder com a máxima boa-fé na relação contratual.

Extraordinária, realmente, é a repercussão do princípio da boa-fé objetiva no território contratual. Ou melhor: no território contratual e, impõe-se o adendo, nas suas cercanias idem. Com efeito, não só o momento contratual propriamente dito é tocado pelo princípio da boa-fé objetiva, mas também a fase pré-contratual, e até o período pós-contratual²⁰. A fase pré-contratual, notadamente, recebeu influências as mais significativas: foi nesse solo fértil que germinou, por exemplo, a abrangente noção de oferta trazida pelo Código do Consumidor (art. 30).

É através igualmente do viés do princípio da boa-fé objetiva que se desenvolve uma transformadora visão do contrato, pensado agora como fenômeno

¹⁹ A respeito do assunto, vale conferir a bela sentença transcrita na *Revista Direito do Consumidor* 10, São Paulo, pp. 277-280, abr./jun. 1994. O caso versava sobre publicidade enganosa de condicionador de ar, que se dizia “totalmente silencioso” (“*Consul air Master. O Condicionador de Ar que rompeu a barreira do som. Totalmente silencioso.*”). O pleito reparatório (destinando-se a indenização ao fundo de defesa dos bens lesados) foi julgado inteiramente procedente, repelindo o julgador os argumentos da defesa no sentido de que haveria, na publicidade, simples “*dolus bonus*”, ou mero “*artifício criativo em nada prejudicial aos interesses da sociedade*”.

²⁰ Atente-se, a propósito, para o teor do art. 32 do CDC e seu parágrafo único: “*Art. 32. 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 tempo razoável de tempo, na forma da lei.*”

dinâmico — não mais entidade estática —, a envolver, além da obrigação principal típica de cada contratante, uma série de “deveres anexos”²¹, que afirmam a vocação maior do contrato dos nossos dias: um instrumento de cooperação entre os contratantes, visando ao adimplemento comum, com a conseqüente realização dos interesses das partes.

Acima de tudo, frise-se que o princípio da boa-fé objetiva acompanha a objetivação do próprio contrato, fenômeno do nosso século que destronou de vez a primazia do voluntarismo. No epicentro do contrato, a sua função social assumiu o posto do elemento voluntarista, que se viu crescentemente acuado pelos avanços do intervencionismo estatal, alargando-se cada vez mais o campo de gravidade da ordem pública. No Direito do Consumidor, repertório de normas de ordem pública, o voluntarismo não poderia ter, mesmo, maior prestígio. Até porque um dos pólos da relação de consumo está, quase sempre, ocupado por empresas, no seio das quais as responsabilidades subjetivas facilmente se diluem ou são mascaradas, sobretudo no caso das grandes corporações. Dessa forma, a objetivação do contrato e da boa-fé atende a um imperativo de efetividade. Assim como ocorreu com a responsabilidade objetiva do Estado, um ente que igualmente obscurece situação subjetivas, a não-objetivação do contrato e a não-adoção do princípio da boa-fé objetiva significariam, na prática, deixar ao relento a grande maioria das normas cogentes de proteção ao consumidor.

Um efeito vai puxando o outro, perfazendo corrente das mais transformadoras. Com a decadência do voluntarismo e a conseqüente objetivação do

²¹ Sobre a importância do princípio da boa-fé objetiva na seara contratual, atente-se para as palavras da Prof^a Cláudia Lima Marques, na citada obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, pp. 79 e seguintes: *“Efetivamente, o Princípio da Boa-Fé Objetiva na formação e na execução das obrigações possui uma dupla função na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos.(...) Esta visão dinâmica e realista do contrato é uma resposta à crise da teoria das fontes dos direitos e obrigações, pois permite observar que as relações contratuais durante toda a sua existência (fase de execução), mais ainda, no seu momento de elaboração (de tratativas) e no seu momento posterior (de pós-eficácia), fazem nascer direitos e deveres outros que os resultantes da obrigação principal. Em outras palavras o contrato não envolve só a **obrigação de prestar**, mas envolve também uma **obrigação de conduta!**(...) O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, trouxe como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais.”*

contrato e da boa-fé, chega-se a outro porto de grande luminosidade: passa o sistema a admitir controle muito mais desembaraçado do conteúdo e da justiça dos pactos. Sim, a justiça dos contratos passa a ser controlada! Finda-se o tempo em que praticamente só se podia investigar a adequação formal de uma avença. Tem-se aí alentadora notícia. Só houvesse no Código do Consumidor um solitário artigo 51, inciso IV — o dispositivo que positivava o princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo, propiciando generoso controle de conteúdo —, e mesmo assim já contabilizaríamos, para o ordenamento pátrio, um admirável avanço.

2.5 - O princípio da transparência máxima das relações de consumo

Quais seriam os chamados “deveres anexos” (mencionados no tópico anterior), tão caros à nova concepção do contrato? Um deles, talvez o principal, é o dever de informar²². Mas não se pense que tal dever impressiona apenas na província contratual. Em absoluto. A questão da informação tornou-se vital em qualquer atividade humana, incluídas naturalmente as relações de consumo, seja a matéria contratual ou não. Hoje, mais do que nunca, informação é poder. Aliás, está aí, exatamente, a confluência primeira entre informação e Direito do Consumidor: a vulnerabilidade do consumidor, não cansamos de repetir, é eminentemente técnico-informativa. Ou seja, em essência a superioridade material do fornecedor advém não de um maior poderio econômico (embora tal fator esteja quase sempre presente), mas sim de um domínio incomparavelmente mais lato e melhor das informações pertinentes à relação de consumo travada.

²² Mais uma vez recorramos às lições da Prof^a Cláudia Lima Marques, na já consagrada obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, pp. 83 e seguintes: “*O primeiro e mais conhecido dos deveres anexos (ou das obrigações contratuais acessórias) é o dever de informar (**‘Informationspflicht’**) (veja arts. 30, 31 do CDC).(...) Este dever já é visualizado na fase pré-contratual, fase de tratativas entre o consumidor e o fornecedor(...) Aqui as informações são fundamentais para a decisão do consumidor(...) e não deve haver indução ao erro, qualquer dolo ou falha na informação por parte do fornecedor ou promessas vazias, uma vez que as informações prestadas passam a ser juridicamente relevantes, integram a relação contratual futura e, portanto, deverão ser cumpridas na fase de execução do contrato, positivando a antiga noção da proibição do **‘venire contra factum proprium’**.(...) É a nova transparência obrigatória nas relações de consumo, em que vige um novo dever de informar, imputado ao fornecedor de serviços e produtos, e uma nova relevância jurídica da publicidade, instituída pelo CDC como forma de proteger a confiança despertada por este método de **marketing** nos consumidores brasileiros.*”

Consumidor mal informado é presa fácil dos abusos do mercado, sempre propenso a sortidas lesões. Daí a claríssima preocupação do CDC com a informação do consumidor, presente em todas as latitudes da lei, inclusive na esfera criminal. De fato, é tamanha a importância que se dá à informação que até a tutela penal foi convocada para defender tão sagrado direito, valendo ressaltar que a grande maioria dos tipos do Código do Consumidor diz respeito, sintomaticamente, ao dever de informar²³. Afora a parte criminal, inumeráveis são os dispositivos do estatuto consumerista que abordam a questão da informação. A título de mera exemplificação, podemos citar os arts. 4º, IV (um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, considerados vetores de interpretação do CDC), 6º, III (direito básico do consumidor), 8º, 9º, 12, 14, 18, 19, 20, 30, 31, 33, 36/38 (coibição da publicidade enganosa), 39, 40, 46, 52, 54. Essa pletora de normas, inclusive de natureza penal, revela algo muito transcendente, um verdadeiro princípio: o princípio da transparência máxima das relações de consumo.

A partir da vigência da Lei 8.078/90, portanto, tornou-se ilegal qualquer ato ou procedimento que atente contra o direito à informação do consumidor, valendo assinalar que se trata de uma informação ampla, substancial, extensiva a todos os aspectos da relação de consumo desenvolvida. Se o CDC reconhece expressamente a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I) e se dispõe, finalisticamente, a combater tal vulnerabilidade, nada mais lógico que encareça, ao máximo, o direito à informação, ante a certeza de que a carência desse bem favorece toda espécie de lesões no mercado de consumo.

Nesta resenha dos princípios maiores do Código do Consumidor, muito já falamos da área contratual, e seria homenagear em excesso o óbvio, mais uma vez, asseverar que o princípio da transparência máxima reflete-se agudamente nos contratos de consumo. Não se deixe de assinalar, todavia, que a conjunção dos princípios da boa-fé objetiva, visto anteriormente, e da transparência máxima, ora focalizado, propulsiona duplo

²³ “*Em verdade, uma análise atenta revela que, sem exagero, quase todos os tipos penais do CDC estão relacionados, sob os mais variados ângulos, com o tema da informação do consumidor.*” (Antônio Herman V. Benjamin, Crimes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 89, set./dez. 1992).

controle dos contratos de consumo: os controles de forma e de conteúdo. Funciona realmente como uma dupla barreira de proteção (à moda de certos anúncios de pasta de dente...).

O primeiro controle a ser exercitado é o formal (arts. 46, 52, 54). Assim, não vincula o consumidor qualquer cláusula contratual que padeça do grave vício de informação, máxime se se trata de pacto de adesão. Ao se lançar a uma relação de consumo, o consumidor deverá possuir conhecimento real, efetivo (não apenas aparente)²⁴, sobre todo e qualquer aspecto da relação, sob pena de vício de informação. O CDC garante ao consumidor o direito ao cabal conhecimento da realidade que envolve a relação contratual, a fim de que possa ele valorar livre e conscientemente a conveniência da contratação. Em uma relação de consumo, então, o consumidor não pode se ver surpreendido em qualquer aspecto da relação. Este é o controle formal (por dizer respeito basicamente à questão da informação, que há de ser transmitida mediante uma determinada forma, prevista pelo Código). Mesmo vencido o controle formal, não resta assegurada a higidez das cláusulas do contrato de consumo, pois ainda faltará superar o controle de conteúdo (substância), segundo controle, no qual se verificará a justiça da cláusula e do contrato perante o sistema. Exemplificando, a chamada “cláusula-mandato” poderá observar rigorosamente o que prescreve o CDC acerca da forma das cláusulas limitativas de direito do consumidor — poderá vir com o maior destaque possível, emoldurada em luz néon e trombeteada por fanfarras de música... —, mas mesmo assim será nula de pleno direito, em virtude do seu conteúdo impróprio (art. 52, VIII). Atua esse segundo controle sob os auspícios do princípio da boa-fé objetiva, posto em relevo no tópico imediatamente anterior.

²⁴ Fato curioso ocorreu logo após entrar em vigor a Lei 8.078/90. Determinado plano de saúde, conhecido pelos seus contratos de adesão leoninos e obscuros, decidiu adequar-se à nova legislação. O que fez então? Tratou de mergulhar seu instrumento contratual nas normas do Código relativas à proteção contratual do consumidor? Nada disso. Simplemente, providenciou um corpulento carimbo com os seguintes dizeres: “CONTRATO REDIGIDO DE ACORDO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR”. Ou seja, permaneceram as abusividades fartas e as letrinhas miúdas, mas o carimbo, energicamente utilizado, conferiu uma nova dignidade ao contrato-padrão... É por essas e outras que insistimos sempre: o CDC, nascido em país que ainda venera autenticações e reconhecimentos de firma, tem compromisso solene com o que é efetivo, real, substancial. Evidentemente, tal compromisso não pode ser esquecido no que tange ao aspecto da informação do consumidor.

Resumindo: primeiramente, analisa-se a questão da forma do contrato; esta, embora fundamental, não basta para garantir a validade dos dispositivos contratuais, eis que também há de ser exercitado o controle de conteúdo, de substância. Na mão contrária, o mesmo ocorre: de nada adianta cláusula boa unicamente sob o prisma substancial; se não observar a forma exigida pelo Código, será igualmente nula de pleno direito, em razão de estar em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, XV).

Saindo do campo contratual, não diminui nem um pouco o prestígio do princípio da transparência máxima. No plano específico da responsabilidade civil, o princípio circula com grande desenvoltura. A própria classificação da periculosidade dos produtos e serviços depende da recorrente questão da informação. Deveras, a periculosidade *inerente* ou *latente* (normal, tolerada) de um dado produto ou serviço pode tornar-se *adquirida*, e portanto relevante para fins de responsabilidade civil, em função de uma deficiência informativa²⁵. Segue os mesmos paradigmas o debate sobre a responsabilidade dos fabricantes de cigarros, que vai ganhando proporções bastante encorpadas. Nos EUA, já foram realizados megaacordos, extremamente polêmicos, versando precipuamente sobre a informação do consumidor de cigarros (com a imposição de restrições cada vez mais severas, frise-se, à inebriante publicidade do fumo). Para os fabricantes, trata-se indiscutivelmente de perder anéis para salvar os dedos. Se melhorar a informação do consumidor a respeito do fumo e seus malefícios, pensam os fabricantes que terão mais argumentos para arrostar as ações indenizatórias propostas pelas incontáveis vítimas do cigarro: a periculosidade do produto passaria a ser tolerada, porque plenamente conhecida, e o risco restaria consentido, de maneira válida (à vista da previsibilidade do dano e da suficiência das informações relativas à danosidade do produto consumido).

Nem é preciso acrescentar que o ônus da informação cabe integralmente aos fornecedores. Como já ressaltado, o CDC inverteu ônus,

²⁵ “Ao direito do consumidor importa, fundamentalmente, a periculosidade adquirida. Excepcionalmente, como veremos, a periculosidade latente, por se transformar em periculosidade adquirida em virtude de carência informativa, ganha relevância jurídica” (Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, in *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, ob. cit., p. 48).

primordialmente, no campo material. Nesse sentido, a questão da informação²⁶ é eloqüente: se antes o consumidor era quem tinha de correr atrás da informação, agora é esta que se deve oferecer ao consumidor, da forma mais abundante e límpida possível. Tanto é verdade que, conforme assinalado anteriormente, a tutela penal, destinada à proteção dos bens jurídicos mais preciosos da coletividade de consumidores, ocupa-se maciçamente da questão da informação, sancionando cada vez mais, nas palavras abalizadas de Antônio Herman V. Benjamin, a simples abstenção, “*impondo ao fornecedor um dever afirmativo de informar*”. Aprofundando o assunto, na mesma fonte doutrinária: “*A garantia de informação plena do consumidor — tanto no seu aspecto sanitário quanto no econômico — funciona em duas vias. Primeiro, o direito do consumidor busca assegurar que certas informações negativas (a ‘má informação’, porque inexata — digo algo que não é —, como na publicidade enganosa) não sejam utilizadas. Em segundo lugar, procura garantir que certas informações positivas (deixo de dizer algo que é, como, por exemplo, alertar sobre riscos do produto ou serviço) sejam efetivamente passadas ao consumidor.*”²⁷

Enfim, na constelação de princípios do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da transparência máxima resplandece. Toda essa luz não pode ser ignorada pelo intérprete sensível. Em sintonia com a importância do princípio, soluções novas e ousadas hão de prevalecer. A título de exemplo, diga-se que todas as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão integrar o instrumento contratual e ser redigidas com destaque (arts. 46 e 54, §§ 3º e 4º, da Lei 8.078/90), mesmo aquelas que apenas reproduzam termos legais ou regulamentares. Dessa forma, em um contrato envolvendo alienação fiduciária, por exemplo, mostra-se imprescindível a existência de cláusula, redigida com destaque, prevendo a possibilidade de prisão do consumidor em caso

²⁶ “*Esta inversão de papéis, isto é, a imposição pelo CDC ao fornecedor do dever de informar sobre o produto ou serviço que oferece (suas características, seus riscos, sua qualidade) e sobre o contrato que vinculará o consumidor, inverteu a regra do ‘caveat emptor’ (que ordenava ao consumidor uma atitude ativa: se quer saber detalhes sobre o plano de saúde, informe-se, descubra o contrato registrado em cartório no Rio de Janeiro ou São Paulo... atue ou nada poderá alegar) para a regra do ‘caveat venditor’ (que ordena ao vendedor ou corretor de planos de saúde que informe sobre o conteúdo desse, riscos, exclusões, limitações etc). Estabeleceu-se, assim, um novo patamar de conduta, de respeito no mercado, que não admite mais sequer o **dolus bonus** do vendedor, do atendente, do representante autônomo dos fornecedores, face ao dever legal.*” (Cláudia Lima Marques, ob. cit., p. 84).

²⁷ Art. cit., p. 90.

de inadimplemento, sob pena de se tornar inaplicável tal constrangimento²⁸. Perguntarão nesse ponto, talvez perplexos, os menos afeitos à força dos grandes princípios: mas a lei não se presume conhecida por todos? Sem dúvida. Trata-se, mais propriamente, de um ficção devotada a permitir a vida em sociedade, sob o império da lei. Nem por isso, contudo, o ordenamento não exige, quando em jogo bens jurídicos de alta relevância, seja o destinatário da norma informado expressamente sobre determinados efeitos legais; *v.g.*, deve o citando ser alertado, obrigatoriamente, das conseqüências da revelia (art. 285 do CPC). O mesmo acontece com qualquer cláusula ou condição que implique alguma limitação de direito do consumidor, ainda que a limitação, seja ela qual for, esteja expressamente prevista em lei. Afinal, o dever de informar do fornecedor não está sediado em simples regra legal. Muito mais do que isso, pertence ao império de um princípio fundamental do Código do Consumidor. De mais a mais, os direitos do consumidor são irrenunciáveis. Os do fornecedor, não.

2.6 - O princípio da qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo

No tópico logo acima encerrado, dizíamos que a deficiência de informações adequadas pode fazer com que a periculosidade normal e tolerada de um produto ou serviço converta-se em periculosidade *adquirida*, ganhando relevância para fins de responsabilidade civil. Feríamos portanto a questão da qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, questão esta que também mereceu atenção extrema do Código, a ponto de se poder falar, sem qualquer exagero, no princípio da qualidade dos produtos e serviços.

Também o princípio da qualidade interliga-se freqüentemente com os demais princípios do CDC, como por exemplo o princípio da ordem pública (confirmam-se a esse respeito os arts. 24 e 25). Mas o seu par inseparável é mesmo o princípio da transparência máxima. Não se pode falar em qualidade satisfatória, à luz do Código, se o

²⁸ Evidentemente, não se quer tocar aqui na discussão sobre a revogação ou não de dispositivos do Decreto-Lei 911/69 pela Constituição de 1988, mas apenas reforçar a pujança do princípio da transparência máxima.

produto ou serviço não estiver trajando aquele tecido básico de informações que o sistema exige. Em outras palavras: não será satisfatória a qualidade do produto ou serviço que não se exibir transparente aos olhos do consumidor. Dessa forma, a transparência passa a consistir em requisito fundamental da almejada qualidade de produtos e serviços. Tal aproximação, que jamais se vira em nosso ordenamento, comprova de uma vez por todas a ênfase posta pelo Código em referência à questão da qualidade no mercado de consumo.

Outro indicador seguro do tratamento privilegiado da questão da qualidade é a amplitude que a ela se deu. Qualidade, para o Código, abarca também o aspecto da quantidade (veja-se o que reza o art. 19). E está positivada de molde a proteger tanto a incolumidade econômica do consumidor como a sua integridade físico-psíquica. No dizer do grande Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin, *“a teoria da qualidade tem um pé na órbita da tutela da incolumidade físico-psíquica do consumidor e outro na tutela de sua incolumidade econômica”*²⁹. Não bastasse, tanto uma como a outra foram contempladas com inédita largueza. Ficando nos flagrantes rápidos, repare-se que a tutela da incolumidade físico-psíquica abraça até aquela vítima do evento completamente alheia à relação de consumo-base (o chamado *bystander*); já no que concerne à tutela da integridade econômica, note-se que a garantia espraia-se inclusive para a durabilidade dos produtos e serviços — um desempenho satisfatório, simplesmente, não basta mais, se não acompanhado pela durabilidade do bem de consumo³⁰.

²⁹ *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, ob. cit., p. 41. Na mesma obra, mesma página, afirma o jurista: *“em matéria de qualidade, observe-se que a proteção da saúde do consumidor (normas de prevenção e normas de ‘responsabilidade pelo fato do produto e do serviço’) e a proteção do patrimônio do consumidor (‘responsabilidade por vício do produto e do serviço’) estão perfeitamente separadas, aquela nos arts. 8º a 17 e esta nos arts. 18 a 25”*. Nesse ponto, com enorme audácia, discordamos daquele que é, certamente, a maior autoridade no Brasil em Direito do Consumidor. Com efeito, quer-nos parecer que a proteção ao patrimônio do consumidor também pode ser efetivada com fulcro nas normas reguladoras da “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, não se nos afigurando tão infalível assim a linha divisória traçada por Benjamin. Tome-se como exemplo um serviço de lavanderia. Imaginemos, primeiramente, que a roupa levada pelo consumidor à lavanderia volte com as mesmas sujeiras de antes: o caso, sem dúvida alguma, é de vício do serviço (arts. 18 a 25), afetando o lado econômico do consumidor. Imagine-se agora que a mesma roupa vá à lavanderia e volte rasgada, acarretando para o consumidor um prejuízo extrínseco ao serviço (não é tão-somente a utilidade intrínseca do serviço que fica prejudicada). Pois bem, no segundo caso haverá fato do serviço (arts. 12 a 17), dizendo respeito à proteção... ao patrimônio do consumidor! Ou seja, a proteção patrimonial não atrai exclusivamente o regramento da “responsabilidade por vício”, mas também o da “responsabilidade pelo fato”. Tudo dependerá de ser o dano extrínseco (fato) ou se tratar de imperfeição que prejudique apenas a utilidade intrínseca do produto/serviço (vício).

³⁰ Em relação à garantia da durabilidade, consultem-se os arts. 4º, II, *d*, e 26, § 3º, do CDC.

Em conseqüência de todo esse desvelo, o Código não cuida da qualidade apenas sob a ótica repressiva. Muito melhor do que isso, investe no mister preventivo, a ele dedicando seção específica — “*Da Proteção à Saúde e Segurança*” (arts. 8º a 10). Falhando a prevenção, aí sim, entra em ação a atividade repressiva, regulando o Código a “*responsabilidade pelo fato do produto e do serviço*” (arts. 12 a 17) e a “*responsabilidade por vício do produto e do serviço*” (arts. 18 a 25). Tão bem se conduziu o Código na área repressiva³¹ que ela assumiu igualmente tinturas preventivas: o receio da punição, principalmente a pecuniária, serve para deixar os fornecedores mais cuidadosos no tocante à qualidade dos produtos e serviços que oferecem. Destaque-se, no âmbito desse braço repressivo, a objetivação da responsabilidade do fornecedor, dita com todas as letras na abordagem da “*responsabilidade pelo fato do produto e do serviço*” (arts. 12 e 14)³². Também aqui, o fenômeno da objetivação atende a um imperativo de efetividade. Como já explicamos antes (quando falávamos do princípio da boa-fé objetiva), um dos pólos da relação de consumo está, quase sempre, ocupado por empresas, no seio das quais as responsabilidades subjetivas facilmente se escamoteiam, mormente no caso das grandes corporações. Consoante bem expressou a Promotora de Justiça Ana Lúcia da Silva Cardoso Arrochela Lobo, em brilhante trabalho forense publicado na *Revista Direito do Consumidor* 21, “*(...) nos dias atuais, as relações de consumo tornaram-se de tal forma complexas, com inúmeros intermediários participando da cadeia de produção e distribuição de bens e da prestação de serviços, com sistemas massificados de produção e consumo, que a atribuição da responsabilidade por culpa tornou-se excessivamente onerosa para o prejudicado, do qual era exigido esforço probatório demasiado, sem falar nas situações em que o laço da culpabilidade era de tal forma tênue que escapava à percepção em condições de normalidade*”³³.

³¹ Não obstante, a redação do art. 18, § 1º, do CDC é passível de críticas duras, vez que o prazo de 30 dias, lá estipulado, muitas vezes revela-se iníquo para o consumidor, favorecendo práticas desleais dos fornecedores.

³² Somente a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais se apura mediante a verificação de culpa, nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 8.078/90.

³³ *Revista Direito do Consumidor* 21, São Paulo, p. 209, jan./mar. 1997.

Saliente-se ainda que o princípio da qualidade, independentemente de outros títulos, já ostenta no seu currículo um feito considerável: aposentou, ao menos nos lindes do direito consumerista, a anacrônica formulação civilista dos vícios redibitórios, que há muito se mostrava totalmente inepta para o batente dentro de uma sociedade de massa. Tornando à doutrina de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, sintetize-se a evolução: *“Da insatisfação com a garantia contra os vícios redibitórios surge a necessidade de reformulação do sistema vigente, projetando-se um outro, mais moderno e em melhor sintonia com a sociedade de consumo, e que se proponha a regradar a qualidade (e também a quantidade), como conceito amplo, de produtos e serviços. Por isso mesmo, na base deste novo sistema está aquilo que denominamos **teoria da qualidade**, complementada por algo mais, que chamaríamos de **teoria da quantidade**”*³⁴.

2.7 - O princípio da efetividade da tutela processual

Tratando do princípio da ordem pública, e em várias outras partes deste artigo, encarecemos a questão da efetividade dos direitos. Ser efetivo. Eis o desafio maior do Código de Defesa do Consumidor, plantado em caprichosa roça, que já condenou à inanição muitas outras leis igualmente bem-intencionadas. No Brasil, deveras, não é que as boas leis não irrompam. Elas surgem, sim, mas uma grande parte é sabotada no momento mais crucial — o momento da execução, da eficácia social, da efetividade. Versando com maestria o tema, dentro do Direito Constitucional, sustenta o citado Luis Roberto Barroso: *“(…) Por derradeiro, cumpre apreciar o terceiro caso: aquele em que as disposições constitucionais deixam de ser cumpridas por resistência dos setores econômica e politicamente influentes. Como já se disse, no contexto do Estado burguês a Constituição sintetiza uma composição, sob a fórmula de compromisso, entre as diversas forças atuantes na sociedade, que, em última análise, podem ser reduzidas às classes dominante e dominada. Na formalização desse pacto, costuma contemplar uma ampla gama de diretivas de cunho social, desprovidas, no entanto, de garantias efetivas para a sua concretização. A Constituição transforma-se, assim, em um mito, um ‘mero instrumento de dominação ideológica’, repleta de promessas que não serão honradas. No*

³⁴ *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, ob. cit., p. 38.

constitucionalismo moderno, este quadro se repete com rotineira freqüência. Os agrupamentos conservadores sofrem aparente derrota quando da elaboração legislativa, mas impedem, na prática, no jogo político do poder econômico e da influência, a consecução dos avanços sociais.”³⁵

Na epopéia da efetividade nativa, a Constituição cumpriu o seu papel, ao menos sob o ângulo jurídico-normativo³⁶. Vários foram os instrumentos de efetividade que ela incrustou no ordenamento nacional. Já no seu pórtico, logo após contemplar, no art. 5º, fileira inédita de direitos e garantias individuais e coletivos (basicamente os denominados direitos humanos de primeira geração), apressou-se em averbar a Lei Maior: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (art. 5º, § 1º). Com o mesmo espírito, podem ser mencionados, exemplificativamente, vários outros institutos e normas previstos pela nossa Carta Magna: a criação dos remédios do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão; a previsão dos Juizados Especiais; a institucionalização da Defensoria Pública³⁷.

³⁵ Ob. cit., pp. 56/57.

³⁶ Qual o *papel* exato cumprido pela Constituição de 1988? Cresceu a eficácia social das normas definidoras de direitos? É de se ver que, para os adeptos do *sociologismo jurídico*, fundado por Ferdinand Lassalle, as constituições escritas valem o mesmo que uma “*folha de papel*”. Real e efetiva seria a constituição expressa pelos fatores reais de poder: “*Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, essa outra constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar de folha de papel.*” Sendo assim, “*a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos de poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social*”. As citações acima são da célebre obra de Lassalle, “*A Essência da Constituição*”, prefácio de Aurélio Wander Bastos, 2. ed., Rio de Janeiro, Liber Juris, 1988, pp. 25 e 49.

³⁷ Não se podem negar méritos à doutrina de Ferdinand Lassalle, expoente do *sociologismo jurídico*. Tome-se o exemplo prático da Defensoria Pública, que a Constituição exalta como “*instituição essencial à função jurisdicional do Estado*”. Pois bem, o descalabro da efetividade, no Brasil, pode ser medido pelo drama que experimenta a Defensoria Pública, ou melhor, que experimentam os órfãos da Defensoria Pública (se é que pode haver “órfãos” de um ente que nem chegou a se materializar plenamente), a saber, milhões de brasileiros carentes de assistência jurídica, impossibilitados assim de efetivar os mais básicos direitos. A Defensoria Pública, apesar de determinada imperativamente pelo art. 134 da Constituição, só está seriamente organizada em alguns poucos Estados da Federação, entre os quais não se inclui o Estado de São Paulo. Maior ainda é o desprestígio da Defensoria Pública da União, que não recebe qualquer apoio do atual governo federal para começar a funcionar. Enquanto isso, os direitos dos pobres fenecem aos borbotões, diuturnamente, em todo o território nacional, por falta de adequada assistência jurídica. A Constituição, nesse contexto de iniquidades, traveste-se em fálacia cruel. As maiores vítimas são exatamente os mais necessitados, cujos direitos se vêem esbulhados da primeira cantoria do galo ao último arfar do dia. O que, em última análise, fornece uma boa pista para a crônica, e criminosa, falta de efetividade da Defensoria Pública... Aliás, poupe-se ao menos a coerência desse estado de coisas deplorável: o país que não se cansa de ignorar e maltratar a Defensoria

Positivamente, de nada adianta idealizar direitos se eles não podem cumprir existência efetiva, concreta. Nesse passo, imensa é a importância da ordem processual. O processo constitui instrumento por excelência de efetivação de direitos e garantias. Sensível a tal relação de instrumentalidade, esmerou-se o CDC em traçar esquemas processuais de grande valia para o tema da efetividade. Trabalhou tanto nesse objetivo que o último dos princípios extraídos da sistemática do Código não poderia ser outro que não o princípio da efetividade da tutela processual. Às raias da heresia chegaríamos se não destacássemos um princípio, dentro do Código, dizendo respeito diretamente à questão da efetividade.

Sem embargo, não se deixe de consignar que, bem antes da edição do Código, antes mesmo da Constituição de 1988, já se achava a ordem processual pátria preocupada com os reclamos da efetividade. Já no CPC de 73, soaram incipientes acordos dessa nova balada, praticamente inaudíveis ainda. A década de 80 engrossou o movimento. Em 84, nasceram os Juizados de Pequenas Causas. Em 85, veio à luz a lei da ação civil pública. Em 1990, enfim, foi editado o CDC, que subscreveu com entusiasmo o ideário da efetividade da ordem processual, seja no campo da defesa individual do consumidor, seja no terreno da defesa coletiva.

Só o fortalecimento da defesa coletiva, aspecto a ser explorado com mais vagar quando nos aprofundarmos no princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, já marca a influência decisiva do anseio da efetividade. Mas também as normas processuais aplicáveis à defesa individual denotam a mesmíssima influência. Vários são os dispositivos que revelam o princípio da efetividade da tutela processual. Em primeiro lugar, o art. 6º, VIII, do CDC: é direito básico do consumidor *“a facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”*. O dispositivo alberga a inversão do ônus da

Pública é o mesmo que ostenta uma das piores distribuições de renda de todo o globo terrestre.

prova, uma das vedetes do CDC. Trata-se de inovação de grandiosa significação³⁸, que deixa fora de qualquer dúvida o apreço do Código à questão da efetividade. Mas também o art. 83 expressa verdadeira profissão de fé na efetividade do processo. Por seu turno, o arrojado art. 84, cuidando nos seus incisos das obrigações de fazer e não fazer, acabou até reproduzido pela reforma do CPC (confira-se o art. 461, com redação da Lei 8.952/94), igualmente comprometida com a cruzada da efetividade. Já o art. 88 vedou a denunciação da lide nas ações relativas à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. E o art. 101, enfim, permitiu a propositura da ação de responsabilidade civil do fornecedor no domicílio do autor, dispondo ainda sobre a simplificação dos processos em que o réu tiver contratado seguro de responsabilidade (vedada sempre a intervenção do Instituto de Resseguros do Brasil).

Com a enunciação do princípio da efetividade da tutela processual, encerramos o rol daqueles princípios que reputamos os mais capitais dentro do sistema instaurado pelo CDC. Já estamos quase prontos, então, para a abordagem do princípio eleito para estrelar este artigo, o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo. Antes dessa abordagem, porém, uma última estação, por sinal vizinha à do princípio da efetividade da tutela processual (tão vizinha que muitas vezes se confundem as duas). É a estação da instrumentalidade do processo.

3 - INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO, ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E MACROPROCESSO

A preocupação com a efetividade do processo é de grande importância, mas não prescinde de orientação finalística. De fato, processo efetivo para

³⁸ A transcendência da inovação não pode se ver sensivelmente prejudicada, *data maxima venia*, pelo entendimento de que o juiz estaria obrigado a alertar o réu sobre a inversão, nos casos em que ela fosse cabível. Em que pesem entendimentos contrários, da lavra de renomados juristas, a inversão é mesmo regra de julgamento, afigurando-se sem qualquer procedência a cogitação de alguma ameaça ao princípio da ampla defesa. Insista-se nesse ponto, extremamente caro à efetividade do CDC. Obrigar o aviso camarada do juiz ao réu, sobre a inversão, contrariaria a sistemática do estatuto, tumultuaria o processo (criando mais uma decisão interlocutória) e emascularia por completo a inversão probatória. Mais do que isso: alcançaria o prodígio de, em muitos casos, comparativamente ao regime processual anterior, piorar a situação do consumidor!

quê? A quem serve a efetividade? Quais os seus efeitos? A simples menção à necessidade de efetivar direitos subjetivos não esgota, longe disso, os palpitantes questionamentos, que se ligam de modo íntimo ao tema do acesso à justiça — considerado pelo grande Mauro Cappelletti, talvez o processualista maior dos nossos tempos, “o ponto central da moderna processualística”, pressupondo o seu estudo “*um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica*”³⁹. Aqui no Brasil, o tema do acesso, extremamente rico e multifacetado, ainda espera melhor receptividade científica — e também prática, logicamente... Mas já se acha bem desenvolvida a doutrina da instrumentalidade do processo (classificável como um importante subtema do amplíssimo espectro de implicações do acesso à justiça), que se propõe a adjetivar a meta da efetividade do processo, dando-lhe a indispensável inspiração teleológica. Boa parte dos louros cabe ao Prof. Cândido Rangel Dinamarco, autor de primorosa obra sobre o assunto, “A Instrumentalidade do Processo” (São Paulo, Malheiros, 1. ed. em 1987).

Vale a pena pousarmos ligeiramente sobre a premiada obra do Prof. Dinamarco, pois ela tem muito a oferecer ao desenvolvimento deste trabalho. Entre tantas outras idéias, valoriza o autor a visão externa e multidisciplinar do sistema processual, que se abre a perspectivas antes sufocadas pelo tradicional método introspectivo. O processo, em termos mais populares, deixa de se importar unicamente com o próprio umbigo e passa a questionar os seus resultados perante a sociedade. “*É tempo*”, diz o Prof. Dinamarco, “*de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida.*”⁴⁰ E mais, na mesma parte da obra (a parte introdutória), mesma página: “*A nova perspectiva aqui proposta constitui motivo para a abertura do sistema processual aos influxos do pensamento publicista e solidarista vindo da política e da sociologia do direito. Pelo fio da instrumentalidade, o processo há*

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Colaboração de Bryant Garth. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 13.

⁴⁰ Ob. cit., 4. ed., 1994, p. 11.

de receber as lições que durante séculos negou-se a ouvir e sentir as críticas que jamais soube racionalizar.”

Fundamental, na doutrina do Prof. Dinamarco, é a sublimação do raciocínio teleológico. E nem poderia ser diferente. Se o processo é um instrumento, quais os fins que a ele se ligam? Como diz o magistral doutrinador, “*é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um **instrumento**, enquanto não acompanhada da indicação dos **objetivos** a serem alcançados mediante o seu emprego*”⁴¹. Os fins, os objetivos do sistema empalmam assim o papel de grandes protagonistas. Passa a ser imprescindível perscrutar os escopos da jurisdição. Nesse ponto, aparece o outro traço fundamental da obra: não é considerado apenas o escopo jurídico da jurisdição (atuação da vontade concreta do direito). Graças à abertura do sistema a ângulos externos, a jurisdição assume compromissos igualmente relevantes com escopos políticos (v.g., a afirmação da vontade do ordenamento estatal) e sociais (v.g., a pacificação com justiça).

Em suma, a visão instrumentalista é eminentemente teleológica e, outrossim, contempla fins que transcendem o mundo jurídico. Não prescinde, logicamente, da efetividade da tutela processual, mas vai além. Tornando o sistema processual permeável “*às pressões axiológicas exteriores*”⁴² e descortinando os escopos extrajurídicos da jurisdição, o instrumentalismo acaba por favorecer o acesso a uma ordem jurídica que se quer substancialmente justa, e não apenas legal. Exatamente nesse ponto se cruzam os caminhos da instrumentalidade do processo e do Código de Defesa do Consumidor, estatuto que também se volta enfaticamente, como vimos repisando desde a introdução deste texto, para o acesso à *ordem jurídica justa*.

É esse riquíssimo encontro — CDC e instrumentalidade do processo — que pretendemos explorar aqui, dele extraindo concretas jazidas. Também deriva da proposta instrumentalista a necessidade de um processo rente ao direito substancial (sem

⁴¹ Ob. cit., 4 ed., p. 149.

⁴² Ob. cit., 4 ed., p. 24.

prejuízo, evidentemente, da indiscutível autonomia do direito processual). E o processo do consumidor há de aderir ao potencial revolucionário das normas substanciais do CDC, a ponto mesmo de se permitir ser chamado de “processo do consumidor”⁴³. Eis aí, justamente, o desafio maior desse ousado “processo do consumidor”: não deixar, sob hipótese alguma, que no plano jurisdicional se esvaneça a índole transformadora das normas consumeristas de direito material.

Estão postas na mesa, portanto, as influências maiores sobre este ensaio. O apego ao raciocínio teleológico ficou patente na primeira parte do trabalho, que ora se encerra, na qual se deu primazia à interpretação lógico-sistemática do CDC, calcada nos princípios — e fins — do sistema. Na segunda parte, prestes a ser iniciada, prestigiar-se-ão os escopos extrajurídicos da jurisdição, testando-se ao longe as esplêndidas potencialidades do instrumentalismo.

Uma última observação deve ser feita. É a observação de que, sintetizando a invocação dos escopos extrajurídicos da jurisdição, recorreremos a uma expressão que julgamos extremamente feliz: **macroprocesso**. Ela é empregada por outro processualista consagrado, Sérgio Bermudes, que o faz nos seguintes termos: *“O processo, entretanto, se projeta muito além do interesse das pessoas diretamente envolvidas porque é instrumento de pacificação social; porque devolve a paz ao grupo, servindo também de método pedagógico, pois através dele o Estado vai ensinando os jurisdicionados a cumprir o direito. Contemplado do ângulo do interesse social, o processo é macroprocesso, pela*

⁴³ Acabamos de pisar em solo minado. O próprio Dinamarco não cansa de deblaterar contra o chamado “*processo civil do autor*”, que guardaria indisfarçável ranço civilista. Por outro lado, todavia, a instrumentalidade do processo reclama uma adesão bem mais veemente ao direito material em jogo, no sentido de que o instrumento não pode sobrepor-se aos fins que lhe são respectivos. Como ficamos? Sem renegar, um instante sequer, a autonomia do direito processual, mas a bem mesmo dos postulados mais graves do instrumentalismo, pensamos que não pode o “processo do consumidor” deixar de se influenciar pelo espírito protetivo das regras materiais do estatuto consumerista. Aliás, a expressão “processo do consumidor”, que reconhecemos ser de técnica discutível, serve exatamente para realçar a imperiosidade dessa sintonia entre o processo e o direito material do consumidor. Para que não haja dúvidas sobre a nossa posição, saliente-se que ela vai perfeitamente ao encontro de uma das conclusões da obra citada do Prof. Dinamarco, a saber (p. 317): *“Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintivos do ordenamento jurídico, mas estão interligados pela unidade dos escopos sociais e políticos, o que conduz à relativização desse binômio direito-processo (substance-procedure). Essa é uma colocação acentuadamente instrumentalista, porque postula a visão do processo, interpretação de suas normas e solução empírica dos seus problemas, à luz do direito material e dos valores que lhe estão à base (...)”*.

abrangência dos seus resultados. Sem o perceberem, os litigantes, na luta por seus interesses, minúsculos se confrontados com superiores razões sociais, propiciam a realização da paz e a admirável obra de criação do direito, que a decisão judicial realiza. Tenho já começado um ensaio com o título 'O Caçador de Esmeraldas e o Processo Judicial', onde comparo a aventura das partes, no processo, à de Fernão Dias Paes Leme, cantada no majestoso poema de Olavo Bilac. 'E enquanto ias, sonhando o teu sonho egoísta,/Teu pé, como o de um deus, fecundava o deserto'. Como na epopéia do bandeirante, enquanto as partes contendem, na perseguição de seus objetivos, o processo realiza o milagre da atuação do direito como sistema de adaptação do homem no grupo, interpretando, aplicando e atualizando as normas, em consonância com as necessidades sociais.'"⁴⁴ Macroprocesso, assim, significa um processo muito mais transcendente, plenamente imbuído das suas relevantes implicações sociais e políticas.

Fechando o capítulo, não resistimos à tentação de mais uma citação da obra do Prof. Bermudes. A citação diz respeito à narrativa de um fato real sem qualquer consequência jurídica, mas que certamente tem muito a ver com a noção de macroprocesso: *"Victor Nunes Leal, um dos maiores juízes do Supremo Tribunal Federal em qualquer tempo, costumava lembrar que, visitando Brasília, ainda em construção, Juscelino Kubitschek indagava aos operários o que estavam fazendo. A resposta vinha específica: assentando um tijolo, erguendo uma parede, fixando uma viga. Um dia, o presidente perguntou a um candango que escavava fundo a terra onde se fincariam os alicerces do mais belo monumento da nova cidade: 'E você, o que faz aí embaixo?'. A resposta comoveu de tal modo Juscelino, que ele saltou no fosso para abraçar o operário: 'Presidente, eu estou construindo uma catedral'. Urge que cada sujeito do processo se compenetre da sua função de construtor de catedrais.'"⁴⁵*

4 - O PRINCÍPIO DA DIMENSÃO COLETIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

⁴⁴ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 72.

⁴⁵ Ob. cit., p. 80.

Não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo. Mesmo aquelas aparentemente individuais acham-se recobertas pela inevitável sombra de uma problemática muito mais ampla — coletiva! Assim, se um simplório radinho de pilha de determinada marca apresentou algum vício, provavelmente muitos outros da mesma marca ostentarão idêntica falha, prejudicando um número indeterminado de consumidores. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à *sombra coletiva* de que falamos.

Nesse passo, descortinamos magnífica paisagem. Retraem-se, recolhem-se, os exauridos Tício, Mévio & Cia., intrépidos protagonistas de seculares pendengas. Em seu lugar, avançam os filhos da sociedade de massa, não mais brilhando em carreira solo, mas sim considerados na tessitura de grandes (e inevitáveis, até involuntárias) alianças, que encerram um número indeterminado de componentes. Não se trata, obviamente, de fenômeno privativo do Direito do Consumidor. Há quase 20 anos, o Prof. Barbosa Moreira já anunciava a emergência da coletivização do Direito em geral: *“Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar. A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos; acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai-se inscrevendo, em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só.”*⁴⁶ As páginas de Barbosa Moreira tornaram-se clássicas. E frutificaram. Hoje em dia, já se concebe até a figura do dano moral coletivo, que consistiria, segundo Carlos Alberto Bittar Filho — autor de ensaio, já citado, sobre o viçoso tema — na *“injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade”*⁴⁷.

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173.

⁴⁷ Art. cit., p. 55. Os episódios bastante recentes de uma letra racista do artista Tiririca e da suposta incitação ao uso de drogas pelo conjunto musical Planet Hemp suscitam a questão do dano moral coletivo. Em ambos os casos mencionados, movimentou-se a persecução criminal contra os autores dos atos potencialmente

Sem prejuízo de se tratar de tendência geral, no Direito do Consumidor a ótica coletiva impõe-se de maneira ainda mais inelutável. Afinal, o próprio consumo diz respeito a uma função de índole coletiva, como leciona Thierry Bourgoignie, um dos maiores especialistas europeus na matéria: *“O fenômeno do consumo alude mais a uma função do que a um simples ato técnico; ele se reveste em consequência de uma dimensão coletiva, ele é constituído de um conjunto de atos individualmente praticados e repetidos por um número de indivíduos. O consumidor não pode em consequência ser considerado como parceiro de trocas individualizadas; ele é também o quarto pólo do ciclo produção-distribuição-troca-consumo e ele partilha, a este título, os interesses coletivos, similares mas dispersos dos indivíduos que compõem o grupo econômico ‘consumidor’.”*⁴⁸

Não estivéssemos hoje em uma sociedade de massa, refratária a abordagens de cunho individualista, e não teria maior sentido erigir um sistema específico para a tutela dos direitos dos consumidores. A propósito do tema, e depois de citar Norberto Bobbio — para quem *“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos (...)”* —, salienta o ilustre advogado maranhense José Antônio Almeida que *“O direito do consumidor, corolário do reconhecimento da necessidade de defesa do consumidor, nasce, portanto, dentro da perspectiva histórica de que vivemos em uma sociedade de massa (...)”*⁴⁹.

lesivos. Talvez não seja a melhor solução. Os processos geralmente dão em nada, ou melhor, só servem para nutrir a popularidade e engordar os lucros dos artistas, que acabam ficando na posição de vítimas. Muito mais conveniente parece ser, em situações tais, a propositura, mais discreta, de ação coletiva visando à indenização por danos morais coletivos, que ainda tem o mérito de levar ao Judiciário a discussão sobre assuntos altamente sérios e polêmicos da nossa sociedade, como é o caso do racismo e do uso de drogas. Registre-se, a propósito, que noticiou o jornal *O Globo*, de 19.09.97, a existência de uma ação civil pública em face da Confederação Brasileira de Futebol (CBF) por conta da *virada de mesa* pela qual Fluminense e Bragantino puderam permanecer, em 1997, na Primeira Divisão do Campeonato Brasileiro, *virada de mesa* esta que representaria lesão ao patrimônio cultural brasileiro. A notícia é um pouco truncada e não deixa claro o autor da ação civil pública. De toda sorte, trata-se a nosso ver de iniciativa bastante salutar, que também evoca o tema dos danos morais coletivos.

⁴⁸ BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 13, abr./jun. 1993.

⁴⁹ ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 106, jan./mar. 1997.

Portanto, a dimensão coletiva entranha-se na essência de qualquer matéria que envolva os direitos do consumidor. Natural, assim, tenha se esmerado o CDC em cevar institutos e temas profundamente relacionados ao fenômeno da coletivização, fato que já pode ser percebido na própria demarcação da figura do consumidor. Diz o art. 2º, parágrafo único, da Lei 8.078/90: *“Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”*. Aos mais literais, careceria o dispositivo de um sentido prático mais palpável. No entanto, precisamente aí está a força da norma. De uma forma genérica, geral, e logo na sua fachada, o CDC já apregoa a relevância do fator coletivo. E nas outras equiparações que faz, relativas à figura do consumidor, o Código sublinha e engrossa esse traço fundamental. No campo da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, *“equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”* (art. 17). No terreno das práticas comerciais e da proteção contratual, com mais ênfase ainda, *“equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”* (art. 29).

Por falar em práticas comerciais e proteção contratual, eis um prato cheio para o princípio da dimensão coletiva. Repare-se desde logo que as patologias encontradas nesses recantos jamais atingirão somente um ou alguns consumidores, mas sim um universo bastante amplo, muitas vezes difuso. Pensemos primeiramente no exemplo mais óbvio, a publicidade. Trata-se de fenômeno eminentemente coletivo, com reflexos sociológicos os mais agudos, que extrapolam em muito o círculo jurídico. A civilização atual seria completamente outra se publicidade não houvesse. Não houvesse?! Positivamente, não conseguimos hoje, por maior que seja o esforço mental, cogitar de algum tipo de civilização sem publicidade...

Também inserta entre as práticas comerciais está a oferta *stricto sensu* (arts. 30 a 35), cujo tratamento pelo CDC encerra outro sincero tributo à dimensão coletiva. Tome-se em especial o art. 30: *“Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com*

relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado". Esta é a nova medida da oferta no sistema pátrio, aperfeiçoando em muito a figura da proposta assentada pelo Código Civil (art. 1.080), de matiz nitidamente individualista (como não poderia ser diferente). Sob a égide da formulação civilista da proposta, frutificou o entendimento de que os fornecedores não se vinculavam em razão das mensagens publicitárias por eles promovidas, já que tais mensagens caracterizariam um mero convite para a oferta ("*invitatio ad offerendum*")⁵⁰, tocando ao consumidor a iniciativa — e os ônus — da proposta. Por que "mero convite"? Simplesmente porque se tratava de uma oferta genérica, coletiva, que não conteria aquela vontade específica de contratar exigida pelo regime individualista do Código Civil. É certo que nos últimos tempos, mesmo antes da edição do CDC, uma interpretação evolutiva do Código Civil já se encarregaria de fulminar a tese individualista e iníqua da *invitatio*⁵¹. De toda sorte, o CDC, pensando também em outros efeitos, fez questão de não deixar dúvida a respeito do poder de vinculação atribuído, na sociedade de massa, às manifestações negociais dos fornecedores. Inverteram-se, dessa forma, os sinais da equação: se no sistema (individualista) do Código Civil, o consumidor é que era "convidado" a ofertar, agora (na sociedade de massa) "*o fornecedor é sempre o presumido ofertante, (e) o consumidor é aquele que aceita a oferta colocada no mercado*"⁵². Como se vê, forte é a ascendência do princípio da dimensão coletiva sobre a nova concepção de oferta posta pelo CDC, a qual trouxe, ressaltado-se, importantes conseqüências práticas⁵³.

⁵⁰ Confira-se a citada obra da Prof^ª Cláudia Lima Marques, pp. 210/211: "*Note-se que nos contratos de massa, a oferta não é dirigida a pessoas determinadas, mas a todos os indivíduos, enquanto integrantes da coletividade. Esta oferta genérica, mas, principalmente, a publicidade e outras informações prestadas não vinculavam a empresa, sendo consideradas apenas uma **invitatio** ou um convite para a oferta por parte do consumidor (**invitatio ad offerendum**).*"

⁵¹ Com a sabedoria que lhe é peculiar, sintetiza José Carlos Barbosa Moreira a necessidade da interpretação evolutiva das leis: é preciso "*extrair da antiga partitura sonoridades modernas*" (*Temas de Direito Processual Civil*: terceira série, ob. cit., p. 32). (No caso, tratava Barbosa Moreira da melhor interpretação, nos dias de hoje, para o art. 75 do Código Civil, dele retirando o mofo do imanentismo.)

⁵² MARQUES, Cláudia Lima. Ob. cit., p. 212.

⁵³ Célebre foi o caso da Mesbla de Goiânia, que, alegando erro, não cumpriu os termos de publicidade veiculada em jornal que circulou no dia 23.08.91, frustrando assim verdadeira multidão de consumidores que acorreu à loja da empresa atrás do produto anunciado. Sobre o episódio e seu correto enquadramento jurídico à luz do CDC, confirmaram-se os excelentes trabalhos de Judith Martins-Costa e Alcides Tomasetti Jr., na *Revista Direito do Consumidor* 4, São Paulo, 1992.

Não fica atrás o capítulo da proteção contratual, especialmente quando o assunto é contrato de adesão (modalidade de contratação que responde por mais de 99% dos contratos entabulados nos tempos atuais, como informa Ana Emília Oliveira de Almeida Prado, em artigo publicado na *Revista Direito do Consumidor* 11⁵⁴). Os contratos de adesão são produto da sociedade de massa. Entre as suas características estão a generalidade, a uniformidade e a abstração. Tão extensa é a órbita dos contratos de adesão que a proliferação desse instrumento, fenômeno do século XX, gerou preocupante desvio: os empresários, notadamente no que se refere aos grandes grupos, passaram a ostentar a condição de virtuais legisladores! Autorizados por algum tipo de outorga popular? Certamente que não... Nos contratos de adesão é que foi identificada a fonte desse esdrúxulo poder normativo. Como os abusos revelaram-se intoleráveis, exatamente em virtude da vocação coletiva desses contratos, sentiu-se a necessidade da reação do Estado, para recuperar o domínio que, paulatina e sorrateiramente, lhe fora subtraído. No Brasil, a reação tardou e só se fez presente com o CDC, primeiro diploma nacional a abordar diretamente os contratos de adesão.

Ainda sobre a relação entre contratos de consumo e o princípio da dimensão coletiva, vale destacar o regime das invalidades no CDC. Nele, impera a cominação da nulidade de pleno direito⁵⁵, deixando praticamente sem oxigênio a chance de alguma anulabilidade. A preferência pela nulidade (de pleno direito) reverencia razões óbvias. Enquanto as anulabilidades atendem basicamente a interesses de caráter privado e natureza individualista, o regime das nulidades vai afinar-se com os imperativos da ordem

⁵⁴ PRADO, Ana Emília Oliveira de Almeida. Disposições gerais contratuais no CDC. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 11, p. 27, jul./set. 1994.

⁵⁵ Critica-se, no CDC, a falta de distinção entre nulidade de pleno direito e nulidade absoluta, figuras que, conceitualmente, se mostram inconfundíveis. Parece certo, entretanto, que, ao prever unicamente a nulidade de pleno direito, pretendeu o legislador conferir rigor ainda maior à sistemática das invalidades no plano das relações de consumo. A propósito do assunto, consulte-se o artigo de Anelise Becker — “A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor” — publicado na *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 117-131, jan./mar. 1997.

pública e do interesse coletivo (daí se deduzindo as feições tradicionais desse regime: possibilidade de conhecimento de ofício, não-sujeição a prazos decadenciais etc.)⁵⁶.

E a província da responsabilidade civil? A responsabilidade do fornecedor, na sistemática do CDC, também se acha vivamente marcada pelo fator coletivo. De fato, o que não representa a teoria do risco profissional, adotada pelo Código, senão a socialização dos riscos do mercado de consumo⁵⁷? O combate ao “*obsoletismo planejado*”⁵⁸ testemunha igualmente a inexorabilidade da abordagem coletiva. E mais solar ainda se descobre a influência da coletivização quando um outro lado da questão da responsabilidade é focado: não o lado repressivo, mas sim o flanco preventivo. Nessa matéria, impõe o CDC aos fornecedores uma série de cautelas e providências (arts. 8º ao 10), que terão obrigatoriamente alcance geral, coletivo, prevendo-se inclusive a veiculação de anúncios publicitários, às expensas dos fornecedores, para alerta dos consumidores acerca da periculosidade de um produto ou serviço descoberta após a respectiva introdução no mercado (art. 10, §§ 1º e 2º).

Até no plano penal, o coletivo não se faz de rogado. De acordo com Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “*os tipos penais do CDC não podem ser lidos, estudados ou compreendidos sob a ótica dos bens jurídicos tradicionais, moldados para cuidar de relações fragmentadas e individuais e não de relações globais e coletivas, característica primeira da sociedade de consumo*”⁵⁹. Daí que se trata de “crimes contra as

⁵⁶ “O direito cominou-lhe o grau mais elevado de invalidade, porque a tutela legal do consumidor opera apesar dele. O interesse lesado não pertence individualmente ao consumidor contratante, mas a toda comunidade potencialmente prejudicada. Daí a nulidade pode ser suscitada judicialmente não só pelo consumidor (ação individual) mas pelo Ministério Público, por associações civis ou pela autoridade pública (ação civil pública).” (Paulo Luiz Neto Lôbo, Contratos no Código do Consumidor: pressupostos gerais, *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 138, abr./jun. 1993).

⁵⁷ “Evitando assim despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual” (Sérgio Cavalieri Filho, A Responsabilidade no Transporte Terrestre de Passageiro à Luz do Código do Consumidor, *Revista Ensaios Jurídicos*, Rio de Janeiro, vol 1, p. 204, 1996).

⁵⁸ Comentando o art. 26 do CDC, afirma Zelmo Denari: “O *obsoletismo planejado* é um dos males mais insidiosos do capitalismo no estágio atual das nossas relações de consumo. Para auferir maiores rendimentos e utilizar seus lucros, os empresários lançam mão de tecnicismo perverso para reduzir o tempo de vida útil dos produtos e, por via de conseqüência, aumentar a demanda” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, ob. cit., p. 121).

⁵⁹ Art. cit., p. 122.

relações de consumo” (art. 61 do CDC), tendo por sujeito passivo a coletividade de consumidores. Impensável assim, mesmo sob os holofotes da prestigiosa doutrina que preconiza um direito penal mínimo, a descriminalização das condutas tipificadas no Código do Consumidor, uma vez que o raio de lesividade dessas ações é muito mais vasto⁶⁰.

Coroando a sistemática coletivizante, temos a avançada disciplina das ações coletivas, que contempla a defesa judicial não só dos direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, mas também daqueles individuais homogêneos, categoria praticamente inédita no ordenamento pátrio⁶¹. Marcou-se assim mais um *gol de placa* no campo da tutela coletiva dos direitos, elevando-se o Brasil a posição de realce nesse campo (em que pese a recentidade do trato legislativo da matéria). Não bastasse, trouxe o Código a possibilidade de realização de convenções coletivas de consumo (art. 107), em outra iniciativa inovadora. Enfim, seja através da maior abrangência das ações coletivas (e até dispensa do requisito da pré-constituição das associações legitimadas — art. 82, § 1º), seja através da previsão de convenções coletivas, buscou o Código do Consumidor fomentar o associativismo (confira-se o art. 4º, II, *b*)⁶², pela singela e fundamental razão, exaustivamente encarecida aqui, de que os conflitos gerados por uma sociedade de massa devem ser enfrentados de maneira congruente, ou seja: coletivamente.

5 - O PRINCÍPIO DA DIMENSÃO COLETIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E OS DANOS MORAIS — A FUNÇÃO *PREVENTIVO-PEDAGÓGICA* DAS INDENIZAÇÕES, ESPECIALMENTE QUANTO AOS DANOS MORAIS *DERIVADOS*

⁶⁰ Em recente curso promovido pelo BRASILCON (seção Rio de Janeiro), em outubro/97, sustentou o brilhante penalista Juarez Tavares a descriminalização total das condutas tipificadas no Código do Consumidor, substituindo-se a seção penal do Código por uma parte sancionatória administrativa mais rigorosa. A tese, contudo, ficou vencida na plenária final do evento, prevalecendo o entendimento (defendido de forma vigorosa pelo Desemb. Eladio Lecey) de que o Código não pode prescindir do título referente às infrações penais.

⁶¹ Antes do CDC, apenas a Lei 7.913/89 (dispondo sobre a proteção de investidores no mercado de valores mobiliários) previu, não explicitamente, a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Daí se afirmar que o CDC criou a primeira *class action* brasileira.

⁶² Infelizmente, a trilha do associativismo ainda se mostra pouco explorada entre nós, o que é compreensível em um país com escassa tradição no terreno do solidarismo; não obstante, o incentivo do CDC ao associativismo serve para dar ainda mais expressão ao princípio da dimensão coletiva.

Apesar da importância do princípio da dimensão coletiva, muitas vezes, sobretudo na prática judiciária, ele se vê solenemente ignorado, não se lhe concedendo qualquer efeito mais sério. A reação não causa espanto maior, muito fundas que são as raízes individualistas do nosso Direito. Pouco a pouco, porém, a resistência cede e o individualismo perde terreno no mundo jurídico, não se afigurando temerário augurar consistência cada vez maior, e mais decisiva, para o princípio que estamos focalizando⁶³.

Dentro da tendência apontada, muito interessante é a conotação que se vem dando, em doutrina e jurisprudência, à indenização por danos morais. Antes de forma um tanto receosa, e ultimamente de maneira bem mais resoluta, passou-se a admitir uma função punitiva⁶⁴ para as condenações relativas a danos morais. Genuinamente “punitiva”? Não, talvez o termo não seja o mais exato. Na verdade, poderíamos falar, mais apropriadamente, em uma função *preventivo-pedagógica* para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica. De fato, em conflitos meramente intersubjetivos, a aludida função *preventivo-pedagógica* pouco tem a brilhar, mormente porque se trata, em regra, de lides eventuais, não habituais, não profissionais. Tudo muda de figura, entretanto, quando estamos diante de conflitos carregados de dimensão coletiva (o que abarca, logicamente, aquelas disputas que, apesar de aparentemente individuais, são recobertas por uma infalível sombra coletiva). E são exatamente essas as pendências, inerentes à sociedade de massa, que povoam o reino das relações de consumo.

Óbvio, então, que a função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais revela-se extremamente cara ao Direito do Consumidor, onde os conflitos, sob a ótica do fornecedor, não são eventuais, mas sim habituais, profissionais (o que por

⁶³ E a onipotente globalização, nesse processo: qual será o seu papel? Favorecerá o pensamento coletivizante ou, ao contrário, teremos com a globalização — e os seus candentes apelos em prol de uma competição selvagem visando ao deus-lucro — um afrodisíaco poderoso para as concepções individualistas de mundo?...

⁶⁴ Assim Carlos Alberto Bittar Filho, tratando dos danos morais coletivos (art. cit., p. 59): “(...) em outras palavras, o montante da indenização deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor”.

sinal agrava a vulnerabilidade do consumidor no campo judiciário). Por sinal, a distinção entre os litigantes “eventuais” e os litigantes “habituais”, por reproduzir no processo a desigualdade existente no campo material, revela-se de grande importância para o encadeamento deste artigo. Quem se debruça sobre a questão é o grande Mauro Cappelletti, na sua citada obra sobre acesso à justiça, *in verbis*: “O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes ‘eventuais’ e ‘habituais’, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos ‘habituais’, de acordo com Galanter, são numerosas (...)”⁶⁵.

As “numerosas” vantagens dos litigantes *habituais* reiteradamente acicatam, entre nós, práticas empresariais sumamente desleais e nocivas ao consumidor. Claro! Sabem perfeitamente os fornecedores menos atentos aos ditames do princípio da boa-fé que a grande maioria dos consumidores lesados por determinada prática abusiva ou se conformará com a lesão, por uma série de motivos — v.g., pode ser medo de represálias⁶⁶, pode ser a problemática do acesso à justiça deficiente, drama universal —, ou mesmo sequer se aperceberá dela. Quanto aos inconformados conscientes, também não infundem maior temor, pois igualmente é do conhecimento do fornecedor pouco católico que essa minoria terá de se ver com os percalços referentes ao sistema judicial, incluídas aí não só as dificuldades quanto à prova dos fatos alegados, mas também as inevitáveis crises nervosas que serão ofertadas ao patriota litigante (*eventual*) pelo nosso calamitoso processo de execução^{67 68}. Dessa forma, muitas vezes o *crime* compensará, e muito!

⁶⁵ Ob. cit., p. 25.

⁶⁶ Há relações de consumo especialmente propensas a represálias inomináveis, como é o exemplo do ensino particular; as maiores vítimas são crianças de tenra idade que nada têm a ver com o conflito instaurado (entre os pais e a escola).

⁶⁷ No processo de execução aqui praticado, como é notório, o exeqüente amiúde é transformado no mais vil dos delinqüentes, o que violenta barbaramente o anseio de efetividade do processo, anseio este, entretanto, que só parece valer para o processo de conhecimento. Quanto à Lei 8.009/90, que inaugurou entre nós um sistema de virtual irresponsabilidade civil, melhor nem comentar...

⁶⁸ As adversidades de um processo pouco instrumental geram resultados bastante deprimentes. Na minha experiência profissional, como Defensor Público, já ouvi várias e várias vezes, de autores arrependidos, o

Hão de se considerar, outrossim, aquelas lesões, ocorrentes no mercado de consumo, que são imensuráveis ou insignificantes individualmente mas geram um fabuloso enriquecimento ilícito para o fornecedor. Recentemente, por exemplo, noticiou-se que havia bancos movimentando indevidamente o dinheiro dos seus clientes, sem o conhecimento destes. Os danos individuais certamente terão sido diminutos, não compensando a propositura de uma ação judicial (mesmo em um Juizado Especial), até porque o assunto envolve complexidade técnica. O lucro gerado aos bancos, ao contrário, pode ter sido assaz confortante, ainda que descoberto o abuso (sendo lícito supor, aliás, que muitas peraltices do gênero sequer cheguem a ser desvendadas). Mais uma vez, o *crime* revela-se altamente compensador...

Cite-se mais um exemplo concreto, que está na *Revista Direito do Consumidor* 21⁶⁹. O caso foi de propaganda enganosa: “*Induzimento do consumidor, através de embalagem visível, à aquisição de produto, o que daria direito à participação em sorteio de prêmios, àquela altura, segundo o regulamento oculto no interior da embalagem, já realizado*”. Apesar de a conduta do fornecedor denotar deslealdade, perfídia, pouco tem o consumidor a reclamar se adotada a mentalidade tradicional, que exige prova exaustiva para todos os prejuízos sofridos. Vejam-se então os malabarismos aritméticos a que foi levado o autor no seu pedido (ao final vitorioso): “*Postula por indenização que deve ser calculada tomando-se por base o resultado do cálculo de probabilidade de ser contemplado com qualquer das premiações elencadas no regulamento do concurso, levando-se em conta a representatividade monetária atualizada de cada prêmio, considerando-se o número de embalagens enviadas à patrocinadora do sorteio. Após este cálculo, considere-se a média ponderada dos valores dos bens oferecidos em sorteio, já que o primeiro deles é o mais expressivo e em muito se distancia dos demais, além de ser o único destacado na frente da embalagem.*” Ufa! Em que pese a criatividade do pedido, não parece a ação capaz de desestimular, de maneira eficaz, o

mesmo desabafo: se soubessem o que realmente lhes esperava, teriam preferido mil vezes suportar o prejuízo do que invocar a tutela jurisdicional...

⁶⁹ *Revista Direito do Consumidor* 21, São Paulo, pp. 154-157, jan./mar. 1997.

procedimento abusivo do fornecedor, que certamente lesou um número expressivo de consumidores.

Como combater tantas iniquidades, em tão larga escala? As ações coletivas, por mais evoluído que seja o sistema, não podem — e nunca poderão — preencher o imenso perímetro de contenciosidade que cerca as relações de consumo. Por conseguinte, é imperioso que também no âmbito da tutela nominalmente individual se dê efetividade plena ao princípio da dimensão coletiva, a ele se atribuindo efeitos concretos, palpáveis. Ativando-se a função *preventivo-pedagógica* dos provimentos judiciais, alcança-se um desses efeitos concretos. Como a reparação dos danos morais, ao contrário do ressarcimento por prejuízos materiais, não tem balizas fixas, presta-se sobretudo a essa transcendência maior reclamada para o “processo do consumidor”. Se não tivessem sido objeto de veto presidencial os dispositivos do CDC que previam a multa civil (arts. 16, 45 e 52, § 3º), não se exigiria tanto da indenização por danos morais. Sem a multa civil, porém, o já comentado *macroprocesso*, para a concretização dos seus amplos escopos, muito vai depender da concepção que triunfar, no foro, a respeito do peso da indenização por danos morais.

É claro que ausência de balizas fixas, como foi mencionado acima, não quer dizer ausência de quaisquer paradigmas. Não. Paradigmas que guardem flexibilidade (afinal, em matéria de danos morais, desculpem o óbvio ululante, cada caso é um caso...) mostram-se bem-vindos, para propiciar maior segurança aos jurisdicionados. Mas é fundamental que tais paradigmas, a serem burilados pelos tribunais, observem a dimensão coletiva das relações de consumo. Nesse labor, a análise da conduta do réu terá importância crucial, mais até do que a própria repercussão da ofensa na esfera subjetiva do consumidor. É preciso então proclamar, com todas as letras: ao apreciar pedido de indenização por danos morais, no território das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas também nos efeitos que a decisão produzirá em um raio muito maior! É a materialização, repita-se, do chamado *macroprocesso*. Pedindo mil vênias, sintetize-se a tese esposada com a paródia de um dito popular grosseiro e

retrógrado: *o juiz pode até não saber por que está batendo, mas o fornecedor sabe por que está apanhando...* Em outras palavras, menos deselegantes: mesmo que o dano moral propriamente dito não tenha sido tão saliente sob o aspecto subjetivo, o fornecedor muitas vezes merecerá indenização rigorosa, para que restem desestimuladas lesões idênticas contra um número indeterminado de vítimas.

Não devem as palavras mais bombásticas do texto deixar a impressão de que estejamos descobrindo a pólvora. Muito pelo contrário. A função preventiva da indenização por danos morais e a ênfase na conduta do ofensor, para efeitos de quantificação da indenização, há anos e anos não traduzem mais novidade alguma no meio jurídico. Mas ainda falta assentar, solidamente, a necessidade de aplicar tais diretivas às relações de consumo com a maior contundência possível. Ora, dada a dimensão coletiva desse tipo de relação, não há território mais propício à afirmação da transcendência social da indenização por danos morais. Essa transcendência, aliás, é prevista implicitamente pelo CDC, quando trata das ações coletivas. Com efeito, ao prever a condenação genérica nas ações para a defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, no art. 95, e ainda a reparação fluida (*fluid recovery*), no art. 100, operou o CDC mais um prodígio, assim comentado pela emérita Prof^a Ada Pellegrini Grinover: “*Nos termos do art. 95, porém, a condenação será **genérica**: isso porque, declarada a responsabilidade civil do réu, em face dos danos apurados por amostragem e perícia, e o dever de indenizar, sua condenação versará sobre o ressarcimento dos danos **causados** e não dos prejuízos sofridos. Trata-se de um novo enfoque da responsabilidade civil, que foi apontado como **revolucionário** e que pode levar a uma considerável ampliação dos poderes do juiz, não mais limitado à reparação do dano sofrido pelo autor, mas investido de poderes para perquirir do **prejuízo provocado**.*”⁷⁰

As lições acima consolidam de uma vez por todas a certeza de que, nas lides de consumo, as atenções devem recair sobre a conduta do ofensor e os danos por ele causados, ou ameaçados (o aspecto preventivo do Direito do Consumidor não pode ser minimizado em nenhum momento). Dessa forma, reforça-se sobremaneira a função

⁷⁰ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, ob. cit., p. 549.

preventivo-pedagógica das indenizações por danos morais. Mesmo que o conflito de consumo se apresente nominalmente individual, a mesma *ratio essendi* das ações coletivas deve prevalecer, eis que pertencerá o conflito, sempre, a uma dimensão coletiva, como já repetido à exaustão.

Entremostra-se nessa passada, quando falamos sobre a função *preventivo-pedagógica* dos comandos judiciais nos pleitos consumeristas, um escopo verdadeiramente político da jurisdição. Com efeito, a manifestação pretoriana há de demonstrar cabalmente a reprovação estatal em relação a comportamentos que infrinjam a ordem pública do consumidor, desestimulando o infrator da maneira a mais *persuasiva* possível. Não é possível que a decisão judicial, mesmo condenando o fornecedor, estimule ainda mais o proceder ilícito. Imagine-se por exemplo uma empresa que recebe o preço do consumidor (no mínimo é pago um sinal) e não entrega o produto alienado, valendo-se de variada sorte de artifícios procrastinatórios. Em um caso assim, a condenação simples (o desfazimento do contrato e a devolução do que foi pago pelo consumidor), sem danos morais, representará maravilhoso prêmio para o mau fornecedor, que embolsou o dinheiro do consumidor, belo capital de giro, e só será realmente obrigado a devolvê-lo, em hipótese otimista, muito tempo depois, quando o exausto e desiludido consumidor conseguir enfim superar os terríveis obstáculos do processo de execução. Moral da nossa história (infelizmente não ficcional, muito pelo contrário): o sinal verde sorriu para novas estripulias do fornecedor, e quem ficou realmente desestimulado foi o consumidor, que pensará 37 vezes antes de reclamar novamente os seus direitos. Melancolicamente, terá sido confirmada a maldição da expressão (quase um xingamento) “*vai procurar seus direitos*”⁷¹.

⁷¹ Sobre a expressão, vale transcrever passagem do ótimo *Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis*, do magistrado fluminense Luis Felipe Salomão (Rio de Janeiro, Destaque, 1997, p. 25): “*Na feliz imagem do desembargador de São Paulo, KAZUO WATANABE, nos países de primeiro mundo a expressão ‘eu te processo’ assusta o causador do dano, que logo se preocupa em compor com o lesado. Ao inverso, nos países que maltratam o direito do cidadão, a expressão ‘vai procurar seus direitos’ é que assusta, já que o lesado sabe que terá que percorrer longo e demorado calvário, além de dispendioso, para ver restabelecido seu direito.*”

Exatamente para evitar que “*vai procurar seus direitos*” continue entre nós na forma de anátema, próprio de bocas sujas, mostra-se absolutamente essencial efetivar aqui as generosas idéias que inspiram o instrumentalismo, o *macroprocesso*. O processo, insista-se, não é mais visto como mero instrumento técnico de resolução de conflitos individuais. Quer-se mais do processo, uma função muito mais transcendente. Quer-se que ele atue positivamente na busca da elevação dos padrões éticos de uma sociedade. A decisão judicial assume, com o *macroprocesso*, um peso muito maior, servindo não só para resolver com justiça o caso concreto, mas também para prevenir semelhantes lesões. É dessa função *preventivo-pedagógica* dos provimentos judiciais que o Direito do Consumidor, em especial, não pode prescindir, tendo-se em vista a sua dimensão eminentemente coletiva.

Mas não concedamos exclusividade ao princípio da dimensão coletiva. Afora ele, outros princípios básicos do CDC também servem para clarear a discussão, indissolúvel que é (como já vimos à farta) o concerto dos grandes princípios do Código. No exemplo dado um pouco acima — a *condenação* que premia o mau fornecedor —, o consumidor terá pago, antecipadamente, o preço do produto (ou parte do preço). Trata-se de situação corriqueira nas relação de consumo, algo que já confere, de cara, uma grande vantagem, inclusive psicológica, ao fornecedor. Este, além disso, encarna a figura do litigante *habitual*, ao passo que o consumidor assume as vestes do litigante *eventual*, outro fator que traz enorme vantagem ao primeiro. Vale frisar novamente o lado psicológico: enquanto um processo não costuma trazer qualquer abalo à normalidade das atividades do fornecedor, para o consumidor a empreitada judicial pode redundar em transtornos sérios, não sendo incomuns os relatos de quebra da harmonia doméstica e até perda do emprego, decorrente das faltas ligadas ao acompanhamento do processo⁷². Tudo isso evoca, logicamente, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo⁷³, já focalizado. Portanto, também deve ser irrestrita a aplicação, aos casos de danos morais nas relações de consumo, dos corolários do princípio do

⁷² Novamente deparamos com a problemática do acesso à justiça deficiente. As mazelas extraprocessuais do processo, por assim dizer, sacrificam especialmente as pessoas mais pobres, sem condições de pagar advogado particular. E as perspectivas não são boas. A obsessão do “Estado mínimo” pode tornar cada vez mais precário o atendimento, nos órgãos públicos, daqueles que necessitam de assistência jurídica.

reconhecimento da vulnerabilidade. É dizer: os riscos do negócio de consumo, deixando de recair sobre os ombros do consumidor, passam a onerar o fornecedor, o que inclui, evidentemente, o risco de indenizações mais substanciais. Além disso, quaisquer dúvidas, inclusive quanto ao valor da indenização, devem favorecer o consumidor. A parte mais fraca, a vítima, não pode ser duplamente prejudicada. O próprio Código Civil, a propósito, já dispõe no seu art. 948 (infelizmente não muito explorado): “*Nas indenizações por ato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado*”.

Outro princípio básico que comparece com entusiasmo ao debate é o princípio da boa-fé objetiva, também já abordado. Cuida-se de mais uma fonte de inspiração essencial para a função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais. Essencial e decisiva, principalmente no que toca àqueles danos morais que denominaríamos “derivados”. Que danos são esses? Passemos a lhes dedicar atenção: danos morais “derivados”, segundo nossa concepção, são aqueles danos que acompanham, escoltam, uma lesão primária conexa de conteúdo patrimonial (e geralmente com origem em contrato). Não se confundem com os chamados danos morais “reflexos”. Enquanto estes tomam a forma de um dano extrapatrimonial que depois se converte em patrimonial — no exemplo clássico de Carlos Alberto Bittar, é o atentado à imagem que acarreta a perda da clientela —, os danos morais “derivados” ostentam estrutura rigorosamente inversa: é uma lesão inicialmente patrimonial que tem o condão de arrastar, provocar, danos de natureza extrapatrimonial. Consubstanciam-se tais danos morais “derivados”, por exemplo, na frustração, no desgaste, na exasperação, na revolta de um consumidor que pagou e não recebeu o produto contratado.

Até hoje, pouca ou nenhuma atenção foi dada pela doutrina aos danos “derivados”, cujos contornos conceituais, dessa forma, são largamente desconhecidos. Mas eles existem, mesmo sem portar documento de identidade, e os tribunais têm discutido

⁷³ Ao ensejo, repita-se de maneira quase literal importantíssima ressalva ligada à *ratio* do Código do Consumidor (e, por extensão, deste artigo). O Código não é maniqueísta, mas existe uma realidade de poder a ser combatida. Se não há qualquer dúvida quanto à disparidade substancial de forças entre fornecedor e consumidor, nada mais isonômico do que oferecer ao último instrumentos que possam conter o poderio do primeiro. O Direito existe para conter e controlar o poder do mais forte, possibilitando a vida em sociedade.

sobre a sua ressarcibilidade. Com os subsídios do princípio da boa-fé objetiva, também nós discutiremos a ressarcibilidade, ou não, dos danos morais “derivados”.

Frise-se em primeiro lugar esse ponto: que os danos morais “derivados” existem, não pode haver dúvida nenhuma. Todos somos consumidores e sabemos quão torturante, do ponto de vista emocional, pode ser o comportamento de um fornecedor impontual e pouco cioso de suas responsabilidades. Ademais, lesões aparentemente pequenas podem provocar verdadeiras tempestades no lar do consumidor. Não bastasse, qualquer questão judicial, como já frisado logo acima (quando falávamos sobre a posição desfavorável do consumidor, litigante *eventual*, sob o ângulo psicológico), acende a perspectiva de aborrecimentos e percalços bastante penosos para quem teve seu direito lesado, com direito a filas nos órgãos de defesa do consumidor e perda de dias de trabalho. Tudo isso, indiscutivelmente, é dano moral. É claro que esses danos morais “derivados” não se ombreiam, por exemplo, à dor provocada pela morte de um ente querido. Mas são, igualmente, danos morais. Pode mudar o grau, ou a espécie, mas a essência é a mesma!

Passando agora ao cerne da discussão sobre a ressarcibilidade ou não desses danos morais “derivados” — que inegavelmente existem, não se questione mais tal premissa —, cumpre lançar na arena de debates o princípio da boa-fé objetiva, cabendo a ele, como se verá, a tarefa de ordenar e decidir a polêmica. Pois bem, em qualquer setor da vida social, não se pode (e nem seria conveniente) juricizar todo padecimento de ordem moral. O Direito do Consumidor não é exceção. Nem toda vicissitude experimentada pelo consumidor desafiará uma correspondente indenização por danos morais. Portanto, na seara dos danos morais “derivados”, há aqueles que justificam indenização e há também outros que não induzem a mesma consequência. Como diferenciá-los? É exatamente aí que aparece, providencial, o princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva deve consistir na bússola precípua da ressarcibilidade dos danos morais “derivados”. De fato, caso o comportamento do

fornecedor revele ofensa ao princípio da boa-fé objetiva — que expressa verdadeira regra de conduta, como já examinado neste artigo —, a indenização se fará oportuna. Ao contrário, se inexistente a ofensa, faltará a indispensável relevância jurídica, descabendo, em regra, a indenização. A necessidade de proteger o fundamental princípio da boa-fé objetiva surge assim como critério desempataador, comprovando de maneira categórica a tese de que a conduta do fornecedor é elemento essencial na equação da ressarcibilidade dos danos morais sofridos pelo consumidor.

Um exemplo prático se faz bem-vindo, para perfeito esclarecimento sobre a influência do princípio da boa-fé objetiva. É exemplo prático e trivial, dizendo respeito a um dos raros terrenos em que a Lei 8.078/90 não protegeu suficientemente o consumidor: o terreno da responsabilidade pelos vícios dos produtos e serviços (arts. 18 e seguintes). Como é notório, não bastassem as limitações que o § 1º do art. 18 do Código inflige aos consumidores, grandes lojas, ainda por cima, resistem sobremodo à troca de produtos viciados (ou devolução do preço), mesmo naquelas situações em que não subsiste dúvida, fática ou jurídica, quanto à obrigatoriedade da troca. Por sinal, outro exemplo prático que logo vem à mente diz respeito a certos planos de saúde, que adotam comportamento semelhante: criam enormes dificuldades para a obtenção de coberturas claramente devidas (máxime em casos de exames e intervenções), na esperança de que o consumidor, atarantado pelo problema de saúde, acabe pagando por aquilo que o plano deveria assegurar. Tem-se, nos exemplos dados, ofensa manifesta ao princípio da boa-fé objetiva. O fornecedor, visando à obtenção de lucros, aposta na falta de reação do consumidor vulnerável e, ainda mais grave, investe na revogação virtual de dispositivos de ordem pública. Inevitáveis danos que ocorram nesse contexto de reiterada inobservância da lei⁷⁴ devem ser ressarcidos com severidade, até mesmo na hipótese (não muito provável) de comprovar o fornecedor a inocorrência de qualquer intenção dolosa ou culposa. O

⁷⁴ A *Revista Direito do Consumidor* 21 (jan./mar. 1997), pp. 160-166, publica acórdão excepcional da 6ª Câm. Cív. do TJRS, relator o Des. Cacildo de Andrade Xavier, j. 06.06.1995, v.u., versando sobre operações bancárias, matéria que até hoje resiste ao enquadramento do CDC. No parecer da Dra. Sara Schutz de Vasconcellos, Procuradora de Justiça, mencionado no acórdão, usa-se expressão bastante venturosa para definir o procedimento das instituições financeiras: “*filosofia financeira leonina*”. Nada melhor para expressar a afronta ao princípio da boa-fé objetiva. Muitos fornecedores adotam, realmente, filosofias empresariais nocivas, que atingem não um ou dois consumidores, é óbvio, mas sim uma coletividade deles.

princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo, afinal, estabelece um padrão objetivo de conduta. Em outros termos: exige-se respeito objetivo à ordem pública de proteção ao consumidor, o que dispensa qualquer cogitação acerca de culpa ou má-fé subjetiva. De todo modo, podendo ser identificada má-fé subjetiva, o agravo ao princípio da boa-fé objetiva se potencializa, e a indenização deverá ser ainda mais rigorosa, evidentemente⁷⁵.

Antes de seguir caminho, que fique muito claro: contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva não se confunde com ocorrência de culpa! A boa-fé objetiva, conforme já salientado, prescinde por completo da cogitação de culpa (como ocorre na responsabilidade civil objetiva). No Direito do Consumidor, repise-se, a entronização da boa-fé objetiva corresponde a um imperativo de efetividade, vez que um dos pólos da relação de consumo está, quase sempre, habitado por empresas, no seio das quais as responsabilidades subjetivas facilmente se esfrelam, principalmente no caso das grandes corporações.

Por tudo que já foi expandido, nem é preciso dizer que adotamos um conceito bastante generoso de dano moral. Na verdade, trata-se de uma tendência, que tem rumo certo: a aceitação da ressarcibilidade daqueles danos morais que chamamos de “derivados”. Depois da superação da polêmica sobre a ressarcibilidade em tese do dano moral, seguiu-se a discussão sobre a sua conceituação, a sua delimitação. E os tribunais, pouco a pouco, vêm assimilando aquela abrangência maior propugnada. Para que o dano moral seja reconhecido, e ressarcido, não mais se faz mister que a vítima perca os sete filhos esquartejados ou tenha os dois olhos furados... Assim, deve ser indenizado qualquer dano extrapatrimonial que possua um mínimo de relevância jurídica — ou seja, que tenha sido provocado por conduta contrária ao princípio da boa-fé objetiva —, até mesmo danos próprios do cotidiano, sem maior apelo dramático. Nada mais justo. Qualquer tipo de dano rompe o equilíbrio visado pelo Direito para as relações sociais. A negação desse axioma significa liberar uma perigosa *zona franca* do dano, onde todos os pecados serão absolvidos

⁷⁵ Em obra de grande brilho (*A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1997), demonstra o Prof. Guilherme Couto de Castro, juiz federal, que a aferição da culpa, longe de experimentar seu outono, continua tendo grande relevância sob vários aspectos, notadamente no que toca ao balizamento do dever de ressarcir, convivendo sem problemas com a responsabilização objetiva.

quando o prejuízo não for grave. A aludida *zona franca* não só abala, reitere-se, o indispensável equilíbrio das relações sociais, como também incentiva comportamentos nocivos, enfraquecendo a tutela da incolumidade geral⁷⁶. Recompôr o equilíbrio perdido, por conseguinte, afigura-se vital. Para tanto, seja o dano material ou moral, patrimonial ou extrapatrimonial, grave ou nem tanto, imperiosa se torna alguma forma de compensação, que pode ser pecuniária ou não.

Ao ensejo, sustente-se que hão de ser incentivadas as indenizações altruísticas, reconhecendo-se a presença, em tese, de todas as condições da ação no pleito em que a vítima de dano moral pede seja a reparação respectiva destinada a uma entidade filantrópica. Versasse o pleito sobre danos materiais, haveria realmente sérias suspeitas de carência de ação. Mas se se trata de reparação de danos morais, a pretensão reparatoria ganha flexibilidade muito maior. Poderá referir-se a dinheiro, a um pedido de desculpas, à prestação de um serviço à comunidade ou a qualquer outra obrigação idônea à compensação da dor moral. Esta, ao contrário do dano material, não pode ser vinculada a qualquer valor monetário. Não se atribui ao lesado, por isso, rígido e milimétrico *pretium doloris*, mas sim uma compensação, uma satisfação. Apresentando-se o pedido altruístico inteiramente adequado à compensação do dano moral, não pode ser impedido por duvidosas technicalidades.

Vale observar ainda que, dentro da amplidão do dano moral aqui defendida, prestigiam-se valores até então indevidamente desprezados. Tome-se por exemplo o lazer. Cuida-se de direito social, expressamente previsto na Constituição (art. 6º, *caput*). No entanto, à luz de uma visão mais acanhada, a perda do lazer não seria considerada dano moral. Como também não poderia, à evidência, ser enquadrada como dano material, ficaria absolutamente impune a lesão de direito — e desrespeitada a própria Constituição, que não foi feita para acomodar termos diletantes e palavras inócuas.

⁷⁶ Registre-se, sem entrar no mérito, que, nos EUA, vem-se dando enorme destaque à política de “tolerância zero” do prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, que defende a punição de qualquer infração penal, exatamente para desestimular as infrações mais graves. Do ponto de vista do direito repressivo, a política levanta dúvidas e controvérsias. No plano cível, entretanto, idéias tais podem e devem ser utilizadas no trato de conflitos portadores de dimensão coletiva.

Exemplo prático: o consumidor contrata os serviços de uma empresa que lhe proporcionará *navegação* na Internet; contudo, a empresa contratada mostra-se incrivelmente inidônea e atrasa bastante a conexão do consumidor à Internet, cumprindo assinalar que a *navegação* almejada serviria tão-somente ao lazer do consumidor, sem qualquer repercussão patrimonial. Somente com a compreensão mais generosa do dano moral, pois, é que se poderá estabelecer uma indenização autônoma para o agravo ao lazer do consumidor. Dessa forma, ativar-se-á a tão louvada função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais, especialmente relevante para aqueles danos que denominamos de “derivados”. É exatamente o caso do consumidor que se quer conectar à Internet: a lesão primária de conteúdo patrimonial consiste no descumprimento do contrato e terá sancionamento próprio (extraível do regime contratual); já a frustração do lazer constitui dano moral “derivado” e também merecerá, segundo sustentamos, reprimenda específica.

Enfim, ocorrendo dano, há de se indagar: dano material? Se não for material, não restará escapatória: por exclusão, só poderá ser dano moral. Ressarcível? Naturalmente (desde, ressalve-se, que contenha um mínimo de relevância jurídica), sob pena de se deixar impune a prática antijurídica.

Quanto à questão da prova dos danos morais, em especial dos danos “derivados”, insta tecer breves comentários, eis que a matéria se presta a retumbantes equívocos. O dano moral, a rigor, não se prova. Ou melhor: impossível provar, de maneira direta, um dano moral. Afinal de contas, desculpem mais uma vez o óbvio, o dano é... moral! Sendo moral, diz respeito a um fato íntimo da pessoa humana, que só pode ser sentido pela própria pessoa lesada, mais ninguém (no máximo poderíamos ter testemunhas indiretas). É o triste quem sente a tristeza, assim como é o humilhado quem conhece a humilhação. Portanto, a única prova cabível é a prova indiciária, a ser apreciada em sintonia com as regras de experiência comum (extremamente enaltecidas pela sistemática dos Juizados Especiais Cíveis, como revela o importante art. 6º da Lei 9.099/95). O que se há de comprovar, então, é a existência de um contexto fático presumivelmente propício, segundo um critério de razoabilidade, à geração de danos morais. Assim, se a mãe perde o

filho, presume-se de forma quase absoluta a sua dor, dispensável por completo a prova testemunhal. A parte adversa, sim, é que fica com o ônus de demonstrar, também através de indícios, que a morte do filho à mãe não trouxe dor.⁷⁷

A conclusão do parágrafo anterior serve também à censura de outro equívoco muito comum, qual seja, o vezo de levar a decisão sobre o *quantum* da reparação para a fase de liquidação da sentença. Ora, não havendo como provar de maneira direta o dano moral, também não se vê qualquer sentido em transferir a decisão relativa ao *quantum* indenizatório para a liquidação da sentença. O arbitramento do *quantum* é, sem dúvida, puramente judicial, prescindindo por completo dos subsídios de qualquer perito (a não ser, lógico, o perito jurídico — o juiz).

Uma ressalva final deve ser feita neste capítulo. É a de que não se está aqui a aplaudir ou incentivar a denominada “indústria do dano moral”, que responde pelo subproduto patológico do fortalecimento (salutaríssimo) da figura dos danos morais. Fenômeno talvez inevitável em culturas não afeitas a padrões éticos mais rígidos, cresceu nestas plagas, incontestavelmente, o número de litigantes temerários, movidos por reprovável espírito de aproveitamento (v.g., pessoas que torcem com fervor, e até colaboram, para a ocorrência de uma inclusão indevida do nome em cadastros negativos de dados, confiantes em que um golpe de sorte lhes abrirá enfim as portas da fortuna...). Mas se trata da exceção, da patologia, não sendo justificável breçar avanços e conquistas só porque passíveis de efeitos colaterais indesejados. Aliás, fosse a covardia a marca do homem na História, sequer com a roda contaríamos hoje, e até mesmo os brilhantes escritos que costumam produzir doutrinadores do porte de Barbosa Moreira, Dinamarco, Calmon de Passos — para ficar exclusivamente na área jurídica —, só teriam a chance de se materializar, no melhor estilo rupestre, nas paredes de uma caverna...

⁷⁷ Confirmando as assertivas do texto, confira-se o julgado citado por Adatao Suannes em artigo publicado nas Seleções Jurídicas ADV/COAD 12/97, p. 6: “O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há como ser provado. **Ele existe tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo bastante para justificar a indenização**” (RT 681/163). Por seu turno, o já citado Carlos Alberto Bittar Filho, esposando o mesmo entendimento, aduz, com perspicácia, que “O esquema de causação do dano moral pode ser equiparado ao dos crimes formais, ou de mera conduta” (ob. cit., p. 55).

Demais, saliente-se que a própria ordem jurídica apresenta mecanismos de contenção. O princípio da boa-fé não tem mão única, e se irradia, sem sombra de dúvida, para o campo processual⁷⁸. Dessa forma, à luz do princípio da boa-fé, eventuais manifestações de má-fé processual podem e devem ser punidas com rigor mais intenso. Até mesmo pelo caminho da analogia podem ser esconjuradas pretensões indenizatórias manifestamente maliciosas: se na área criminal é repudiado o chamado “flagrante provocado”, também na seara do consumidor não se pode tolerar o analógico “dano moral provocado”. Fica pois a ressalva de que conferir função *preventivo-pedagógica* às indenizações por danos morais ocorridos no plano das relações de consumo não significa, obviamente, dar salvo-conduto a procedimentos maliciosos⁷⁹. O próprio ordenamento jurídico tem o antídoto certo para eventuais desvios.

Em verdade, o espectro da “indústria do dano moral”, bem sopesados os argumentos, serve muito mais à confirmação de tudo quanto se escreveu. Sem dúvida. O que se afigura mais nefasto: o enriquecimento sem causa de maus fornecedores ou de alguns litigantes temerários, capitães da referida “indústria”? Certamente o locupletamento sem causa dos primeiros é muito mais danoso. E nesse ponto novamente ganha enorme relevo o princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, que ressurgiu para a aplicação do argumento de misericórdia. Com efeito, quem faz a diferença, mais uma vez, é o princípio da dimensão coletiva. As atitudes antijurídicas do mau fornecedor lesam, cotidianamente, um número indeterminado de pessoas e são auto-aplicáveis. Já eventuais golpes processuais de consumidores mal-intencionados verificam-se somente de forma individualizada, esporádica. Além disso, não são auto-aplicáveis. Muito ao contrário, só terão êxito se lograrem iludir o nosso sistema judicial, aí considerada a opulenta gama de

⁷⁸ Tal irradiação, em que pese confirmada pelo próprio legislador (uma das hipóteses de deferimento de tutela antecipada fixa-se exatamente na caracterização de “abuso de direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu” — art. 273, II, do CPC), ainda não foi, pelo menos até agora, assimilada pela jurisprudência, que continua tímida na repressão da má-fé processual, principalmente no campo da execução.

⁷⁹ Também não é possível usar, na fixação da indenização, critérios censitários ou que favoreçam determinada classe, a título de se protegerem com maior vigor indivíduos supostamente mais suscetíveis à dor moral, em virtude da posição que ocupam na sociedade. Tais critérios apriorísticos ferem flagrantemente o princípio da isonomia e punem as pessoas humildes. Estas, aliás, acabam duplamente punidas. Além de pobres, ainda são discriminadas no momento da indenização. Ou seja, a condição social humilde teria o nefasto poder de se pendurar em todos os atos e momentos da existência da pessoa, a ponto de aviltar até mesmo o reconhecimento da sua dor, o valor da sua honra!

recursos que o processo civil pátrio oferece. Em conseqüência, não se pode, a pretexto de coibir a “indústria do dano moral”, facilitar o enriquecimento ilícito de maus fornecedores, incomparavelmente mais deletério e gravoso à sociedade.

6 - O PRINCÍPIO DA DIMENSÃO COLETIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E AS CONCILIAÇÕES

Perigosa unanimidade⁸⁰, ou quase isto, se estabeleceu entre nós no que concerne às maravilhas da conciliação. Enfrentar com sucesso marés tão compactas é esporte ao alcance de uns poucos privilegiados, entre os quais decerto não nos incluímos. Todavia, não custa tentar revolver, ligeiramente que seja, esse verdadeiro mar de loas, quando menos para não desolar em excesso a boa e velha dialética jurídica.

As ponderações que se fazem oportunas, no tema da conciliação, são praticamente as mesmas do capítulo sobre danos morais, todas elas ditadas pelos eflúvios do princípio da dimensão coletiva. Que fique muito límpido o nosso pensamento: em lides autenticamente individuais, a conciliação consiste, sem dúvida, em um santo remédio, mormente nas lides envolvendo integrantes de uma mesma comunidade (vizinhos, condôminos etc.) — gente que continuará convivendo e se esbarrando, com ou sem processo. No entanto, em conflitos tocados pela dimensão coletiva, é preciso ter redobrada cautela, para não transformar as conciliações em meio de locupletamento do fornecedor inidôneo. Não que se queira converter o “processo do consumidor” em um Oriente Médio judiciário, tomado por ódios irreduzíveis e beligerâncias à flor da pele. A conciliação constitui, fora de qualquer dúvida, um instrumento excelente para a resolução de boa parte das pendências surgidas no mercado de consumo. Não se pode, entretanto, aceitar a *ditadura da conciliação*, a conciliação a qualquer preço, como se não houvesse outra forma possível de composição da lide. Até porque conciliação imposta, não espontânea, pode ser tudo, menos conciliação genuína. Conciliação forçada não passa de contradição em termos. Se a solução é imposta, mais autêntico que venha em forma de sentença.

⁸⁰ Se é unanimidade, já é perigosa. Como dizia Nelson Rodrigues, em um dos seus ditos célebres, quem pensa com a unanimidade não precisa pensar.

Infelizmente, contudo, vivenciamos agora o apogeu desse *conciliacionismo* compulsivo, obsessivo. Negar-se a parte à conciliação, mesmo que por motivos os mais defensáveis, pode representar a sua desgraça no processo, pois nela se pespegará o estigma de intransigente, desdouro que muitas vezes falará mais alto do que o próprio direito material em disputa. É contra esses excessos que nos insurgimos. Devagar com o andor que o santo é de barro... O acordo será realmente bem-vindo em muitos casos, mas alguns magistrados, possivelmente influenciados pela irresistível vaga do *conciliacionismo*, acabam exagerando: para eles, a inexistência de conciliação significa o fracasso da atividade jurisdicional⁸¹. Não é bem assim.

Sem nem tocar, ainda, na questão da dimensão coletiva das relações de consumo, há de se reconhecer que a parte, como já sugerido acima, pode ter razões as mais legítimas para não aceitar um acordo. Deveras, podemos estar diante de uma lesão cuja gravidade não dê margem a qualquer transigência. Usando propositalmente um exemplo extremo, para fins de argumentação, é de se indagar: se um meliante se apossa da nossa carteira, é possível acordo em tal hipótese? É possível ficar barganhando com o punguista o valor da devolução? Evidentemente que não. Se o punguista levou 100, não me contentarei com menos do que 100, afigurando-se completamente inviável qualquer outra solução que não a submissão total do réu ao meu pleito. A desconsideração dessa realidade traduz rendição a um perigoso utilitarismo, que oculta e menospreza a face necessariamente ética do fenômeno jurídico.

No âmbito das relações de consumo, o *conciliacionismo* obsessivo alcança repercussões ainda mais nocivas, graças ao princípio da dimensão coletiva. Nesse passo, reitere-se, cabem aqui todos os argumentos já lançados quando falávamos de danos morais. A conciliação pode servir como meio de locupletamento de fornecedores

⁸¹ Outros fatores contribuem para o que chamamos de *conciliacionismo* compulsivo. Um deles é a conhecida sobrecarga dos operadores jurídicos e, em especial, das pautas de audiências, notadamente em Juizados Especiais. Naturalmente, compor a lide através de um acordo costuma ser mais rápido e prático do que através de uma sentença, obrigatoriamente fundamentada (art. 93, IX, da Constituição). Assim, de forma até inconsciente, juízes abarrotados de serviço e acumulações passam a pôr na conciliação uma ênfase desmesurada.

inidôneos, amortecendo ponderavelmente a força das reações dos consumidores lesados. É o que já ressaltamos à saciedade. Um abuso no mercado de consumo atinge muita gente. Dos atingidos, muitos nem se dão conta do abuso; outros tantos se conformarão. Fica restando uma pequena minoria, a que acredita na Justiça e invoca a prestação jurisdicional. Se também essa pequena minoria for contida pelo fornecedor que praticou o abuso, teremos enfim o crime perfeito — altamente lucrativo! E como se faz com habilidade a contenção, a acomodação? Faz-se sobretudo através de acordos, alguns até razoáveis para o caso concreto. Perdem os fornecedores contumazes alguns poucos anéis, mas em compensação ficam livres, leves e soltos — para novas travessuras — os dedos, as mãos, os braços... Em síntese: o acordo, no caso concreto, pode até ser razoável; considerado o contexto coletivo, porém, seu papel muitas vezes é lastimável, pois estimula a reiteração de práticas contrárias à ordem pública do consumidor. Tem-se aí mais uma situação explicada diretamente pelo princípio da dimensão coletiva das relações de consumo. No “processo do consumidor”, como já dito e redito, a pretensão deduzida pelo autor individual não deixa de portar, também, uma carga considerável de interesses transindividuais.

Vale aduzir que o *conciliacionismo* reedita amiúde, no âmbito judicial, os mesmos efeitos (ou melhor, as mesmas mazelas) de uma figura típica de direito material, o contrato de adesão. O paralelo é bastante útil para que se possam perceber os malefícios da busca da conciliação a qualquer preço, *na marra* que seja. O CDC esmerou-se no capítulo da proteção contratual, visando precipuamente defender os consumidores das iniquidades dos contratos de adesão. Não tem nenhum sentido, portanto, reproduzir no campo processual o mesmo esquema de desequilíbrio dos contratos de adesão. Ainda mais, repise-se esse dado fundamental, por estarmos falando de processo travado entre um litigante *habitual* e um litigante *eventual*, circunstância que transfere para a esfera judicial a desigualdade existente no mundo real. Nessas condições, o *acordismo* desenfreado tende a favorecer amplamente o litigante *habitual*, que ostenta um poder de barganha muito superior. Aliás, na prática forense, seja no campo do consumidor, seja em outros departamentos (v.g., a área trabalhista), copiosos são os exemplos de litigantes *eventuais*

que, em virtude da sua situação de inferioridade⁸², submetem-se a acordos francamente desfavoráveis. Todo cuidado, então, é pouco. Não se pode permitir, de modo algum, que os acordos judiciais tomem a forma de iníquas *conciliações de adesão*, marcadas pelos mesmos vícios do seu sócia contratual.

“*Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*”. No território do Direito do Consumidor, a máxima ganha sabores de suprema desfaçatez, cooptada que é pelos detratores da lei de ordem pública. Em prol da ordem pública ameaçada, novamente se dão as mãos os princípios da dimensão coletiva e da boa-fé objetiva. Através deste último, chegamos diretamente à questão ética, moral. A conciliação, no plano espiritual, tem um sentido bastante elevado. Usada no “processo do consumidor” com finalidades menos nobres, ou na forma de uma daninha contrafação, deve ser repudiada. Pertinente a propósito, para fechar o capítulo, o brado do mestre italiano Pietro Perlingieri: “*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 reposta ao centro do debate na doutrina e no Foro, como única indicação idônea a impedir a vitória de um direito sem justiça.*”⁸³

7 - CONCLUSÕES

Enumerar as conclusões de um trabalho doutrinário não é providência isenta de efeitos colaterais adversos. Se, por um lado, presta-se bem à fixação e à melhor compreensão das propostas do texto, por outro, oferece ao leitor a não desprezível tentação, sobretudo quando o texto não prima pela concisão, de suprimir o enfrentamento de algumas

⁸² Os fatores de inferioridade dos litigantes *eventuais*, já vimos, são vários. Para ficarmos em apenas dois, veja-se que o acordo desfavorável é freqüentemente consentido porque o litigante *eventual* teme a capacidade e a influência da equipe jurídica do litigante *habitual*, ou porque o primeiro não tem mais condições psicológicas ou financeiras de aguardar o final do processo.

⁸³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 23.

partes do arrazoado — ou mesmo todas —, saltando-se espetacularmente para a seção das conclusões... Seja como for, aí vão as proposições mais relevantes do artigo:

a) Notabiliza-se o CDC pela busca da “*ordem jurídica justa*”. Para tanto, vêm-se no Código várias e várias normas *abertas*, portadoras de *conceitos juridicamente indeterminados*, que demandam a expansão do subjetivismo do julgador. Daí ser tão fundamental a interpretação lógico-sistemática do CDC, olhos postos nos princípios que se projetam do estatuto. Sem uma sólida base unificadora, consubstanciada pelos princípios do sistema, as normas abertas do Código traduziriam força eminentemente centrífuga, gerando verdadeira babel interpretativa.

b) Se o CDC trouxe autêntica revolução ao ordenamento pátrio, não se descortina opção outra, ao intérprete fiel, senão infundir espírito igualmente transformador aos institutos e normas do Código, sob pena de desolador retrocesso. Em outras palavras: ao intérprete fiel cumpre sugar, sofregamente, toda a seiva dos princípios magnos do CDC, porque é neles que se concentra a essência do sistema.

c) São os seguintes os sete princípios que elegemos como capitais dentro da sistemática do CDC: princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, princípio da ordem pública, princípio da dimensão coletiva das relações de consumo, princípio da boa-fé objetiva, princípio da transparência máxima das relações de consumo, princípio da qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo e princípio da efetividade da tutela processual.

d) O CDC existe porque o consumidor é vulnerável, especialmente sob o aspecto técnico. Na condição de rebento do Estado Social, o Código assume a defesa da parte mais fraca na relação de consumo. Evidentemente, não procede falar em maniqueísmo ou paternalismo. É em prol da verdadeira igualdade que o CDC oferece instrumentos para a parte mais fraca conter e controlar o poderio da mais forte. Caracterizando-se as relações de consumo, exatamente, pela vulnerabilidade de um dos seus protagonistas, é indiscutível que o regime

consumerista não pode prescindir da intervenção estatal, valendo advertir que a incidência do princípio da ordem pública não fica abalada pelas transformações de ordem político-econômica que os dias atuais testemunham.

e) Todas as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão integrar o instrumento contratual e ser redigidas com destaque (arts. 46 e 54, §§ 3º e 4º, da Lei 8.078/90), mesmo aquelas que apenas reproduzam termos legais ou regulamentares. Assim, um contrato relativo a alienação fiduciária, *v.g.*, deverá obrigatoriamente prever a possibilidade de prisão do consumidor em caso de inadimplemento, sob pena de restar vedado, de forma absoluta, tal constrangimento (sem que haja sequer a necessidade de suscitar a inconstitucionalidade da medida constrictiva, matéria bastante controvertida).

f) É o riquíssimo encontro entre o CDC e a doutrina da instrumentalidade do processo que deve ser intensamente explorado. O processo do consumidor há de aderir ao potencial revolucionário das normas substanciais do CDC, a ponto mesmo de se permitir ser chamado de “processo do consumidor”. Além disso, há de ser um processo muito mais transcendente, imbuído das suas graves implicações sociais e políticas (*macroprocesso*).

g) Não há lides verdadeiramente individuais no campo das relações de consumo. Mesmo aquelas aparentemente individuais acham-se recobertas pela inevitável sombra de uma problemática muito mais ampla — coletiva. Impossível e extremamente nocivo, portanto, cuidar das lides de consumo como se fossem lides individuais, impermeáveis à *sombra coletiva* de que falamos.

h) A dimensão coletiva entranha-se na essência de qualquer matéria que envolva os direitos do consumidor. Natural, assim, tenha se esmerado o CDC em cevar institutos e temas profundamente relacionados ao fenômeno da coletivização, fato que já pode ser percebido na própria demarcação do âmbito de incidência do Código.

i) Muito interessante é a conotação que se vem dando, em doutrina e jurisprudência, à indenização por danos morais. Passou-se a admitir uma função *preventivo-pedagógica* para os danos morais, a qual se mostra intimamente conectada ao tema da coletivização jurídica. A função *preventivo-pedagógica* das indenizações por danos morais revela-se extremamente cara ao Direito do Consumidor, onde os conflitos estabelecem-se entre um litigante *habitual* (o fornecedor) e um litigante *eventual* (o consumidor), conspirando contra este grandes desvantagens, no campo judiciário e até sob o aspecto psicológico. Tal desigualdade estimula a prática de comportamentos altamente nocivos aos consumidores.

j) As ações coletivas, por mais evoluído que seja o sistema, não podem — e nunca poderão — preencher o imenso perímetro de contenciosidade que cerca as relações de consumo. Por conseguinte, é imperioso que também no âmbito da tutela nominalmente individual se dê efetividade plena ao princípio da dimensão coletiva, a ele se atribuindo efeitos concretos, palpáveis. Esta é uma idéia fundamental do presente ensaio.

k) Nas lides de consumo, as atenções devem recair sobre a conduta do ofensor e os danos por ele causados, ou ameaçados, mais até do que a própria repercussão da ofensa na esfera subjetiva do consumidor. É preciso proclamar, com todas as letras: ao apreciar pedido de indenização por danos morais, no território das relações de consumo, o magistrado deve pensar não só no caso concreto, mas também nos efeitos que a decisão produzirá em um raio muito mais abrangente. Mostra-se fundamental desestimular, da maneira mais *persuasiva* possível, os atentados à ordem pública de proteção ao consumidor. É a materialização do chamado *macroprocesso*, comprometendo a jurisdição com a tarefa de se elevarem os padrões éticos da sociedade.

l) Danos morais “derivados”, segundo nossa concepção, são aqueles danos que acompanham uma lesão primária conexas de conteúdo patrimonial. Não se confundem com os chamados danos morais “reflexos”. Enquanto estes tomam a forma de um dano extrapatrimonial que depois se converte em patrimonial (v.g., é o atentado à imagem que acarreta a perda da clientela), os danos morais “derivados” ostentam estrutura

rigorosamente inversa: é uma lesão inicialmente patrimonial que tem o condão de provocar danos de natureza extrapatrimonial. Consubstanciam-se tais danos morais “derivados”, por exemplo, na frustração, no desgaste, na exasperação, na revolta de um consumidor que pagou e não recebeu o produto contratado.

m) O princípio da boa-fé objetiva deve consistir na bússola precípua da ressarcibilidade dos danos morais “derivados”. De fato, caso o comportamento do fornecedor revele ofensa ao princípio da boa-fé objetiva (o que não se confunde de modo algum com a ocorrência de culpa), a indenização se fará oportuna. Na hipótese contrária, se inexistente a ofensa, faltará a indispensável relevância jurídica, descabendo em regra a indenização. A necessidade de proteger o fundamental princípio da boa-fé objetiva surge assim como critério desempatador, comprovando de maneira categórica a tese de que a conduta do fornecedor é elemento essencial na equação da ressarcibilidade dos danos morais sofridos pelo consumidor.

n) A maior extensão do conceito de dano moral reforça a tutela da incolumidade geral. Ao mesmo tempo, prestigiam-se valores até então indevidamente desprezados, como é o caso do direito ao lazer, assegurado constitucionalmente.

o) Não de ser incentivadas as indenizações *altruísticas*, reconhecendo-se, em pleitos do gênero, estarem presentes, em tese, as condições da ação.

p) É impossível provar de maneira direta o dano moral. A prova é sempre indiciária. Outrossim, o arbitramento da indenização correspondente é puramente judicial, não tendo cabimento levar a questão para a fase de liquidação de sentença.

q) Ressalve-se que não estamos a aplaudir a chamada “indústria do dano moral”. Sem embargo, diga-se, em relação a ela, que a ordem jurídica apresenta vários mecanismos de contenção, a começar pelo próprio princípio da boa-fé, que não tem mão única. Em verdade, bem sopesados prós e contras, o espectro da “indústria” serve muito mais à

confirmação de tudo quanto se escreveu neste artigo. De fato, incomparavelmente mais nocivo é o locupletamento dos maus fornecedores. Enquanto as atitudes antijurídicas destes atingem cotidianamente um número indeterminado de pessoas e são auto-aplicáveis, eventuais golpes de consumidores mal-intencionados verificam-se de forma individualizada, esporádica, e só terão êxito se lograrem iludir o sistema judicial. Em consequência, não se pode, a pretexto de coibir a “indústria do dano moral”, facilitar o enriquecimento ilícito de maus fornecedores, incomparavelmente mais deletério e gravoso à sociedade.

r) Perigosa unanimidade, ou quase isto, se estabeleceu entre nós no que concerne às maravilhas da conciliação. Vivemos o apogeu do *conciliacionismo* compulsivo, obsessivo. Em lides autenticamente individuais, a conciliação consiste, de fato, em um salutar remédio, mormente nas lides envolvendo integrantes de uma mesma comunidade. No entanto, em conflitos tocados pela dimensão coletiva é preciso ter redobrada cautela, para não transformar as conciliações em meio de locupletamento do fornecedor inidôneo, amortecendo consideravelmente a força das reações dos consumidores lesados. Além disso, a *ditadura da conciliação* traduz rendição a um perigoso utilitarismo, que oculta e menospreza a face necessariamente ética do fenômeno jurídico.

s) Vale aduzir que o *conciliacionismo* reproduz amiúde, no plano judicial, os mesmos efeitos (ou melhor, as mesmas mazelas) de uma figura típica de direito material, o contrato de adesão. O *acordismo* desenfreado tende a favorecer amplamente o litigante *habitual*, que ostenta um poder de barganha muito superior. Aliás, na prática forense, seja no campo do consumidor, seja em outros departamentos (v.g., a área trabalhista), copiosos são os exemplos de litigantes *eventuais* que, em virtude da sua situação de inferioridade, submetem-se a acordos francamente desfavoráveis.

t) “*Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*”. Na seara do Direito do Consumidor, a máxima ganha sabores de suprema desfaçatez, cooptada que é pelos detratores da lei de ordem pública. A conciliação, no plano espiritual, tem um sentido

bastante elevado. Usada no “processo do consumidor” com finalidades menos nobres, ou na forma de uma daninha contrafação, deve ser repudiada.

Rio de Janeiro, março de 1998.