

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

FDV

Mestrado em Direito e Garantias Fundamentais

**ACESSO À JUSTIÇA E A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO
PROCON**

Paulo Sérgio Rizzo

**Vitória-ES
JUNHO/2006**

Paulo Sérgio Rizzo

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

FDV

Mestrado em Direito e Garantias Fundamentais

**ACESSO À JUSTIÇA E A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO
PROCON**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito e Garantias Fundamentais, como requisito final para obtenção de Título de Mestre, pela Faculdade de Vitória-ES, tendo como orientador o Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque.

**Vitória-ES
JUNHO/2006**

**BANCA EXAMINADORA
FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
FDV**

Coordenador(a) Mestrado em Direito

Examinador(a)

Examinador(a)

Orientador: Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque

Dedico este trabalho ao meu pai (*in memoriam*), à
minha mãe, aos meus irmãos, meus amigos, meus

Mestres, e a todos que direta ou indiretamente
contribuíram para a execução e conclusão deste.

*Se a democracia requer a construção jurídica das
“regras do jogo” e o direito é, assim, um meio*

indispensável para modelar e garantir o “como” da qualidade das instituições democráticas, a razão é um instrumento necessário para elaborar e interpretar o Direito. (Bobbio, 2004)

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo estudar o acesso à justiça, tendo como meio o PROCON em sua função institucional em face de sua relevância na sociedade brasileira. O tema é bastante interessante e útil nos dias atuais, tanto para os acadêmicos, quanto para os operadores do Direito. Isso porque o PROCON, pelos estudos realizados, tem função institucional, atuando em duas vertentes – social e específica – ora contribuindo para educação e informação do consumidor, ora resolvendo e dirimindo conflitos entre as partes na relação de consumo estabelecida. Em outro relevo, tal órgão visa à resolução de conflitos de interesses pela via extrajudicial – por meio de audiências de conciliações, realização de termos de ajustamento de conduta junto ao Ministério Público e, finalmente, a aplicação de sanções na esfera administrativa com cominação de multas de acordo com o Decreto nº. 2.181/97. É de se ressaltar, ainda, que o PROCON tem legitimidade ativa para postular em juízo a defesa do consumidor, promovendo as ações coletivas, conforme dispositivo legal contido no art. 82 do CDC. Nesse escopo, o referido trabalho está dividido em cinco capítulos: o primeiro, introdutório; o segundo aborda os direitos e garantias fundamentais; o terceiro, uma breve exposição sobre o movimento consumerista e sua evolução no Brasil; o quarto sobre acesso à justiça e, finalmente, o quinto capítulo dispõe sobre o PROCON e sua função institucional. Por fim, foram feitas algumas considerações sobre o tema abordado.

ABSTRACT

The objective of this work is to study access to the justice system, through the PROCON in its institutional function, taking into consideration its relevance to Brazilian society. Nowadays, this is a very interesting and useful theme as much for academics as it is for legal professionals. This is because the PROCON, according to studies, has an institutional function addressing two fronts – social and specific – at times contributing towards consumer education and information while at other times resolving and settling conflicts between parties in terms of consumer rights. On another plain, the purpose of this body is to resolve conflicts of interest out of court – through conciliation, through settlements in conjunction with the Department of Justice and, finally, through applying sanctions in the administrative sphere in the form of fines according to decree n°. 2.181/97. Further to this, the PROCON is legally able to defend the consumer, filing class actions, in compliance with legal provisions contained in article 82 of the CDC (Consumer Protection Code). To this end, the above mentioned work is divided into five chapters: in the first the introduction; in the second fundamental rights and guarantees; in the third a brief explanation of the consumer movement and its development in Brazil; in the fourth a look at access to justice and finally, in the fifth a presentation of the CPA and its institutional functions. The work ends with some observation on this theme.

LISTA DE ABREVIATURAS

CEDECON – Centro de Defesa do Consumidor

DPDC – Departamento de Proteção do Consumidor

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CINDEC – Centro Integrado de Defesa do Consumidor

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

MP – Ministério Público

PROCON – Programa de Proteção ao Consumidor

SNDC - Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

SEDECON – Serviço de Defesa do Consumidor

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO	12
1. METODOLOGIA	16
2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	19
2.1 Evolução dos direitos e garantias fundamentais	20
2.2 Direitos individuais e coletivos	24
2.3 Princípios do Código de Defesa do Consumidor	28
2.3.1 O princípio da boa-fé objetiva	30
2.3.2 Princípio da equidade	34
2.3.3 Princípios processuais no Código de Defesa do Consumidor.	35
2.3.3.1 Princípio da inversão do ônus da prova	36
3. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O MOVIMENTO CONSUMEIRISTA	43
3.1 Evolução das Relações Consumeristas no Brasil	48
3.2 Limitações do Código de Defesa do Consumidor	51
3.3 Vulnerabilidade do Consumidor	54

4. ACESSO À JUSTIÇA E GARANTIAS PROCESSUAIS ..	59
4.1 Justiça e realidade sócio-econômico-política no Brasil	62
4.2 Acesso à justiça	66
4.3 O direito ao processo e o acesso à justiça	75
4.3.1 Tutela e garantia constitucional do acesso à justiça	81
4.3.2 Isonomia	83
4.3.3 Juiz natural	87
4.4 Acesso do consumidor à justiça	89
5. PROCON E SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA	94
5.1 PROCON.....	97
5.1.1 Órgãos sem personalidade jurídica legitimados para atuar em defesa do consumidor	98
5.1.2 Função social do PROCON.....	102
5.2 Função institucional do PROCON.....	105
5.2.1 Meios alternativos de solução de conflitos (mediação - conciliação - arbitragem)	108
5.2.2 A comunidade na administração da justiça	109
5.2.3 Necessidade de permanente pesquisa interdisciplinar entre os órgãos de defesa do consumidor	110
5.2.4 Atribuições preventivas do PROCON: informação, conscientização	

e educação	111
5.2.5 Atribuições coibitivas e repressivas do PROCON	113
5.2.6 Conciliação no PROCON.....	114
5.2.7 Sanções aplicadas pelo PROCON.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS	122

INTRODUÇÃO

As mudanças sociais ainda na modernidade provocam alterações significativas na ciência do direito, sobretudo no direito das obrigações e na concepção de fonte jurídica. O entendimento nesta época de fonte do direito está fundamentado em teorias subjetivas e individualistas, que focalizam a vontade como centro referencial de toda a sistemática jurídica. Por trás dessas concepções, está a ideologia clássica do liberalismo, partindo-se da premissa da liberdade, igualdade e propriedade como direitos naturais do homem. E como o homem é naturalmente livre, a vontade é o único meio pelo qual ele pode abdicar dessa liberdade e contrair deveres.

O Ministério Público tem sido o agente mais importante na defesa de direitos coletivos pela via judicial e, dado que os conflitos relativos a tais direitos têm geralmente conotação política, pode-se dizer que também têm impulsionado um processo mais amplo de *judicialização de conflitos políticos* e, no sentido inverso, de *politização do sistema judicial*.

Esse duplo movimento de judicialização/politização tem balizamentos jurídicos e políticos. Do ponto de vista legislativo, desde pelo menos o início dos anos 80, tem-se assistido a um importante processo de normatização de direitos que, em função de sua natureza difusa e/ou coletiva, encontravam-se até então excluídos do ordenamento jurídico brasileiro.

Podem ser apontadas nesse escopo algumas áreas como o meio ambiente, patrimônio histórico, cultural e direitos do consumidor, num primeiro momento. Em seguida, essa normatização ampliou-se em direção ao patrimônio público e ao controle da probidade administrativa, até chegar aos serviços de relevância pública que envolvem direitos fundamentais como saúde, educação, trabalho, segurança, lazer etc. O instrumento capaz de ensejar a defesa judicial de tais interesses e direitos — a ação civil pública — teve sua existência legal regulamentada em 1985.

Do ponto de vista político, a redemocratização do país provocou um forte impacto sobre o sistema de justiça. Em decorrência deste acontecimento, as demandas por justiça se avolumaram, surgindo daí reivindicações populares. Em contrapartida, com o Estado democrático de direito, realçou, novamente, as ‘figuras’ dos juízes e árbitros, que a partir

de então, retomaram sua legitimidade, para decidir conflitos que surgiam na sociedade brasileira.

Em consequência disso, veio a Constituição de 1988, que representou um marco jurídico e político de todo esse processo de transformação pelo qual o Brasil havia passado, e que ainda estava se moldando às novas realidades impostas por esse período de transição. A Carta Política veio consolidar, em norma fundamental, mudanças legislativas anteriores, que já sinalizavam antigas aspirações do povo brasileiro, principalmente na área dos direitos difusos e coletivos, além de subsidiar novas bases que pudessem trazer novas codificações de novos direitos “transindividuais.”

A então Constituição Federal de 1988, denominada de Constituição “Cidadã”, lançou também as instituições judiciais à esfera política quando ampliou as formas de controle judicial da constitucionalidade de atos normativos do Executivo e de leis do Parlamento.¹ Assim, o Ministério Público passou a desempenhar suas funções como guardião da lei e da sociedade.

O impacto dessas transformações na sociedade impuseram, de certa forma, mudanças jurídicas, as quais se fazem sentir em diversas áreas e, no caso em tela, como na defesa do consumidor, no controle da administração pública e até nos serviços de relevância pública envolvendo direitos sociais básicos.

Nesse mesmo sentido, o Estado traz para si o poder de conceder Justiça, a mesma justiça que é fundamental na sociedade e que tem por objetivo primeiro resolver os conflitos sociais, com intuito de manter a ordem e o bem-estar social. Talvez por seu caráter de serviço público, assim como educação, saúde e tantos outros assegurados pela Carta Política de 1988, vem despertando um sentimento de descrédito no âmbito da sociedade brasileira, em função da ineficiência e inércia do Estado, que tem o dever de dar justiça e fazer justiça.

Por isso mesmo, buscou-se a discussão voltada para a função institucional do PROCON, órgão responsável em dirimir conflitos entre prestadores de serviços, fornecedores, fabricantes de produtos e o consumidor, ressaltando que, apesar dos avanços apregoados pelo

¹ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré/EDUC/ FAPESP, 2002. pp. 39-56.

Estado, representado pelo atual governo, dando mostras dos cenários econômico social, de que tudo está sendo conduzido com justiça e pela justiça, o que se vê é um aumento da miséria que claramente contradiz aquilo que se divulga nos meios oficiais.

A realidade social brasileira vem demonstrando, todos os dias, que a maioria da população necessita da assistência jurídica integral, por uma série de motivos, e os principais deles é a falta de recursos, a falta de informação e principalmente a inoperância do Estado.

A título de informação, é oportuno mencionar os números divulgados pelos IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2002), dos quais 50 milhões de pessoas estão abaixo da linha da pobreza, 70 % da população tem renda familiar de até 3 (três) salários mínimos, 83 % da população dos assalariados tem renda mensal de até 5 (cinco) salários mínimos, 10 % mais ricos apropriam-se de 50,6 % da renda nacional enquanto que os 10 % mais pobres apropriam somente 7 % da renda nacional.

Assim, entende-se que, diante do cenário mostrado acima, o Estado, principalmente, não pode adotar medidas simplistas e muito menos assistencialistas, que não produzem os efeitos necessários e esperados, pois é lícito dizer que “todos devem ser tratados igualmente”, mesmo lembrando a máxima que num Estado democrático, pressupõe “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, evidenciando, no entanto, que a exclusão social é um dos maiores obstáculos do livre acesso à justiça, pois o seu pleno acesso só será possível se a pobreza for erradicada ou, quando nada, dar aos excluídos, a chance de efetivamente ter acesso à justiça, o que só será possível com a intervenção do Estado, flexibilizando o judiciário por meio de um processo democrático, possibilitando realmente uma justiça equânime e justa.

Assim, espera-se que diante do caso concreto, se for o caso, o julgador possa melhor equacionar os conflitos existentes os quais se avolumam diariamente no seio do Judiciário e que as diferenças sociais, culturais, econômicas e educacionais não sejam “divisores de água” na justiça brasileira.

Diante desse entendimento buscou-se a função institucional do PROCON, pois este órgão foi criado para atender a todos, mas principalmente, aqueles que de fato necessitam de justiça para resolver conflitos de ordem econômica, mas que pelos motivos já mencionados, têm dificuldade no acesso efetivo à justiça, creditando no PROCON, amparado pelo

Ministério Público, para representar e trazer para a sociedade, a segurança, usando de suas prerrogativas e tudo que lhe é inerente dentro de suas funções.

Logo, estabeleceram-se, como estrutura do referido trabalho tópicos que abordam os pontos considerados relevantes para o tema proposto, os quais estão divididos em cinco capítulos, sendo o primeiro introdutório mostrando de maneira geral aquilo que se pretendeu dissertar no referido trabalho.

O segundo capítulo discorre sobre os direitos e garantias fundamentais num Estado democrático, com breves comentários sobre a evolução dos direitos tutelados pela Carta Política brasileira, bem como sobre os direitos individuais e coletivos e os princípios do Código de Defesa do Consumidor.

O terceiro capítulo aborda sobre as relações consumeristas, sua evolução no Brasil, as Limitações do CDC – Código de Defesa do Consumidor e a vulnerabilidade do consumidor.

O quarto capítulo trata do acesso à justiça e as garantias processuais para aos consumidores, direito ao processo e princípios inerentes à matéria.

No quinto capítulo versa sobre o PROCON e sua função institucional na sociedade brasileira, como “fonte” de mecanismos para a defesa e proteção do consumidor brasileiro e como meio facilitador de acesso à justiça.

O último capítulo apresenta considerações finais acerca do tema, ressaltando a necessidade de aprimoramento e organização institucional do PROCON sempre impulsionado pela satisfação dos interesses sociais.

Entendendo que a atuação do Estado vem conferir efetividade aos princípios e objetivos traçados pelo legislador consumerista, no que está juridicamente amparado, nos termos do artigo 4.º, inciso II, da Lei n.º 8.078/90, que prevê, entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, a ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor. Além disso, nunca é exaustivo lembrar que o Código de Defesa do Consumidor é integrado por normas jurídicas de ordem pública e interesse social.

1. METODOLOGIA

Tem-se observado a grande modificação estrutural que o Direito vem sofrendo ao longo do tempo, o que pode ser constatado nos cursos de pós-graduação que vem se intensificando e tomando corpo cada vez mais científico. No entanto, é de fácil observação que na área do Direito, ainda carece de um pouco mais de cientificidade nas pesquisas elaboradas, considerando que o Direito é um dos cursos superiores mais importantes e mais completos, pois ele envolve praticamente todas as áreas inerentes ao conhecimento do homem.

Partindo da premissa de que os estudos referentes ao tema escolhido são bastante escassos, optou-se, por isso mesmo, por um estudo a respeito do referido tema, que é “Acesso à justiça e a função institucional do PROCON”. Quanto à abrangência do tema, esta foi uma questão bastante pensada e indagada, até que definisse a questão central a ser abordada.

Tomou-se o cuidado de não “abranger” e nem “dilatatar” o tema escolhido, para não incorrer na prolixidade; em outras palavras, a objetividade no tratamento e dissertação do assunto proposto, foi o primeiro objetivo estabelecido para a elaboração do tema.

Não fazia sentido, então, buscar um tema amplo demais que perdesse a precisão e a acuidade, mesmo porque, a abrangência demanda muita experiência por parte do autor e muitos anos de conhecimento teórico.

A etapa considerada de fundamental importância foi a elaboração do projeto de pesquisa; dividiu-se o tema escolhido em tópicos de maneira detalhada, nos quais foram identificados: a importância do tema; a justificativa para se abordar esse tema; os objetivos – geral e específicos; as hipóteses de trabalho; o universo pretendido para a pesquisa; conceitos básicos inerentes ao assunto proposto; metodologia; materiais a serem consultados; um pequeno cronograma das atividades a serem desenvolvidas e a bibliografia a ser trabalhada num primeiro momento, e a partir dessa, buscaram-se outras atividades como complementos e suporte técnico e científico, dentro da doutrina jurídica específica. Após esta fase, traçou-se um roteiro para a dissertação, propriamente dito, constando da descrição dos capítulos, igualmente dos seus itens e subitens.

Baseado nesse entendimento, esta dissertação teve por objetivo procurar uma forma de contribuição para criação de critérios de soluções de conflitos na esfera do direito do consumidor, no que diz respeito à função institucional do PROCON e o acesso à justiça, a partir de uma análise mais detida deste órgão. Buscou-se também, no âmbito do Direito Processual Civil, uma forma de solucionar os conflitos de interesse na esfera do direito do consumidor.

Ao formular as perguntas para nortear e delinear a presente dissertação, indagou-se sobre a possibilidade de se estabelecer critérios objetivos a uma análise interdisciplinar da solução de conflitos extrajudicial na defesa do consumidor em um órgão descentralizador do Estado como o PROCON.

Para proposta das hipóteses buscou-se embasamento no preceito de Sérgio Vasconcelos de Luna no qual ele se posiciona dizendo que “a admissão de uma hipótese no campo das ciências sociais tem sido alvo de muitas críticas, em virtude de sua vinculação com o método positivista de tratar a pesquisa.”²

A metodologia utilizada foi o método de pesquisa bibliográfica a fim de fomentar o embasamento teórico do tema. Optou-se por este método, pois a referida pesquisa é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos, segundo Antônio Carlos Gil.³

O levantamento bibliográfico foi iniciado quando da definição do tema, o que facilitou a elaboração e o desenvolvimento da pesquisa; necessário se fez catalogar o material coletado, separando-os por assuntos específicos obedecendo a uma ordem alfabética, pontuados em fichas, o que facilitou a localização deles.

Após exaustiva consulta em material bibliográfico, como livros, revistas uma das quais pode ser citada, Revista de Direito do Consumidor, pois esta trouxe a principal fonte de divulgação de pesquisas científicas; artigos indexados; houve a seleção do material do qual extraiu-se o que mais fosse pertinente ao tema a ser dissertado; e delimitou-se o tema, a partir da atuação do PROCON como órgão descentralizador da atividade estatal e a sua atividade na defesa do consumidor de forma extrajudicial.

² LUNA, Sérgio Vasconcelos de. *Planejamento de pesquisa: uma introdução*. São Paulo: EDUC, 1996. pp. 10-39.

³ GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 27-35.

Para a elaboração dessa dissertação, viu-se a necessidade de buscar fontes bibliográficas, quanto mais específicas, melhor seria o entendimento e mais facilitaria a elaboração textual desse trabalho, eliminando; portanto, as obras mais genéricas que em nada acrescentaria ao tema proposto. No entanto, devido à escassez de material bibliográfico que aborda o tema específico – PROCON – existiu a obrigatoriedade de utilização de obras básicas que são de leitura obrigatória para formação na área, para que se pudesse extrair a parte histórica pertinente ao tema.

Descrita a metodologia utilizada nessa dissertação, cabe, neste momento, dizer que a parte textual do referido trabalho está dividida em cinco capítulos mencionados e descritos na parte introdutória deste, bem como os objetivos de forma sucinta, o que possibilitará ao leitor a visualização desse trabalho, de maneira clara e simples.

2. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Num estado de direito democrático há que “reinar” o bem estar social, advindo da tutela concedida pela Constituição Federal de 1988, na qual constam e determinam os direitos e garantias do homem devem ser respeitados independentemente de cor, credo, etnia, diferenças biológicas e culturais. Dessa forma, entende-se que os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados.

Sobre isso Fábio Konder Comparato entende que,

[...] a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distingue entre si, merecem igual respeito, como únicos entes do mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém - nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação - pode afirmar-se superior aos demais.⁴

Dentre os direitos e garantias fundamentais está a dignidade da pessoa humana. Importa dizer que esta não consiste apenas do fato de ser ela, diferentemente das coisas, mas um ser considerado e tratado como um fim em si mesmo, e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também “do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoas vivem em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.”⁵

Daí decorre que todos os seres humanos “têm dignidade e não um preço, como as coisas.” A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: “não tem equivalente, não pode ser trocado por alguma coisa.”⁶

Eis, portanto, uma das maiores questões implícitas nas sociedades contemporâneas, a própria dignidade da pessoa humana, como ser, que deve ter seus valores arraigados nos propósitos a que destina, e não rotulada com preços e escala de valores mercadológicos.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1.

⁵ COMPARATO, ob. cit. p. 21.

⁶ Idem, ibidem.

2.1 Evolução dos direitos e garantias fundamentais

Entende-se que direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igualitária. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente. É preciso buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes.

Todas as Constituições brasileiras contiveram enunciados de direitos individuais. A de 1824, em seu artigo 179, garantia “a inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade.”

A Constituição de 1891, no artigo 72, destinava uma seção à declaração de direitos, assegurando a “*brazileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.*”

Editava a Constituição de 1934, após a Constituição alemã de Weimar, que continha, ao lado de um título denominado “Das Declarações de Direitos”, um outro dispositivo sobre a ordem econômica e social, incorporando ao Texto Constitucional, diversos direitos sociais. A tutela a essa nova modalidade de direitos sociais, permaneceu em todas as demais Constituições.

A Carta de 1937 consagrava os direitos, mas o art. 186 declarava “em todo o país o estado de emergência”, com a suspensão de diversas dessas garantias. Esse estado de emergência foi revogado apenas em novembro de 1945 e em 1946 a Constituição destinou o Título IV à declaração de direitos. Esse enunciado resta dizer de direitos fundamentais permaneceu nas Constituições de 1967 e 1969, muito embora ambas contivessem dispositivos que excluía da apreciação judicial os atos praticados com base em atos constitucionais, nos artigos 173 e 181.

Veio então, a Constituição de 1988, intitulada “Constituição Cidadã”, que inovou ao dispor sobre os direitos fundamentais antes de tratar da organização do próprio Estado, bem como ao incorporar junto à proteção dos direitos individuais e sociais a tutela dos direitos difusos e coletivos. Reporta-se então ao art. 5º. da Constituição Federal que afirma que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.*

Alexandre de Moraes diz que a expressão “*residentes no Brasil*”, *deve ser interpretada no sentido de que a Constituição Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro*^{7,8}, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais.

Assim, entende-se que diante do exposto, que estão englobados na proteção constitucional tanto os estrangeiros residentes no país, quanto aqueles em trânsito no país, pois ambos são titulares dos direitos fundamentais.

Inicia-se com esta abordagem, pois o tema a ser tratado engloba *todos* os cidadãos protegidos constitucionalmente em seus direitos coletivos e individuais. Isso porque, os direitos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjunção dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das idéias surgidas com cristianismo e com o direito natural, segundo Alexandre de Moraes⁹.

Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, *a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo*.

Tem-se, então, a idéia de que os direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da idéia de constitucionalismo, que somente consagrou a necessidade de acrescentar um rol *mínimo* de direitos humanos em documento escrito, que emanado da vontade do povo, mas que, contrariamente às regras positivadas, sempre são postas de lado.

Sobre a rigidez da Constituição Federal, Alexandre de Moraes afirma que “*rígidas são as constituições escritas que poderão ser alteradas por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas, a exemplo do art. 60 da CR/88.*”¹⁰

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários 1º. a 5º. da CR*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 82

⁸ RTJ 3/566

⁹ Ob. cit. p. 23

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 37.

Ao que parece, no entanto, que a rigidez de uma Constituição ajuda a configurar a supremacia das suas normas, porém, não consegue, por si só, angariar a mesma tal *status*, o que significa dizer que o simples fato de uma constituição ser rígida não lhe garante a *observância* como norma suprema.

Dessa forma, entende-se ser mais correto afirmar que a rigidez constitucional ajuda a conferir maior estabilidade e segurança às Constituições, vedando que se altere o que foi estatuído sob intenso debate na Assembléia Constituinte. De forma diversa é o que ocorre na elaboração das leis ordinárias, bastando a presença de *quorum* simples.

Sendo assim, tem-se que a supremacia constitucional é importante porque expressa a soberania popular, o reflexo dos ideais de um povo. A rigidez constitucional, por sua vez, implica a garantia de que a vontade soberana cravada na Constituição somente será alterada por meio de processo mais dificultoso, o que implica dizer, ou pelo menos deveria, que o *Texto Maior* somente será alterado após ser intensamente discutida a proposta que contar com maioria significativa do parlamento.

No entanto, sobre os direitos fundamentais, deve-se ressaltar que o importante não é apenas *positivar os direitos fundamentais*, mas dotá-los de meios capazes de se tornarem efetivos no mundo jurídico e, com isso, que não venham a ser passíveis de constantes violações.

Sobre isso, Norberto Bobbio deixa claro que o campo dos direitos fundamentais tem caminhos desconhecidos e,

(...) além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza, mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados¹¹.

Norberto Bobbio aponta para a necessidade de que esses direitos não fiquem à mercê do abuso deliberativo das maiorias. Para se expressar de forma mais clara sobre o que ficou indicado por ele, basta observar que os estados vêm implementando uma política liberalizante de suas economias e, por conseqüência, negligenciam a prestação efetiva dos direitos

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus. 1992, p. 37, in: Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 10, Volume 19, p. 191-216, jan./jun. 2002.

fundamentais, principalmente aqueles que *demandam uma ação estatal positiva*, a exemplo dos direitos sociais.

É importante reportar ao § 1º, do art. 5º da Constituição brasileira de 1988. Ingo Wolfgang Sarlet aponta que

(...) os direitos fundamentais, em razão de multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa (que incluem os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais – no caso, as liberdades sociais – e políticos) e os direitos a prestações (integrados pelos direitos a prestações em sentido amplo, tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, assim como pelos direitos a prestações em sentido estrito, representados pelos direitos sociais de natureza prestacional).¹²

Na verdade, entende-se que os direitos fundamentais do homem representam situações reconhecidas juridicamente, sem as quais o homem é incapaz de alcançar sua própria realização e desenvolvimento de maneira plena. Em síntese, no resultado da “luta” dos homens por um direito ideal, justo e humano, foram e vão sendo aperfeiçoados e estendidos ao longo do tempo, isto é, a evolução desses direitos fundamentais no acompanhamento da história da humanidade.

E, é em função desta sua qualidade evolutiva na busca por um direito ideal, justo e humano, que se pode afirmar que tais direitos indicam e exprimem a necessidade de verificar a solidariedade entre os homens, a cooperação em cada e em todos os relacionamentos humanos, expressões da vida em comunidade. Por outras palavras, isso quer dizer que a realidade dos direitos fundamentais à existência dos homens, sob a ótica do idealizado pela ética moral de vida vigorante, só pode ser concretizada com o reconhecimento do dever de solidariedade.

Assim considerados, sob a luz do entendimento da cooperação e da solidariedade entre os homens, os direitos fundamentais designam, portanto, direitos que se erguem constantemente diante do poder estatal, limitando a ação do Estado. Por isso, pode-se afirmar que os direitos fundamentais têm como fonte a vontade soberana de cada povo, quando transportada a questão para o âmbito interno de cada país.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 255. in: Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Brasília, Ano 10, vol. 19, p. 191–216, jan./jun. 2002.

No entanto, há de se dizer que eles não são estabelecidos pelas Constituições políticas, as quais apenas os certificam, declaram e garantem, já que sua realidade é relativamente anterior à formalização da existência do Estado, porquanto aqueles direitos encontram sustentação na vontade soberana do povo. Expressando a unidade política de um povo frente a outros povos, o Estado, que é um simples instrumento a serviço da coletividade, tem, no mínimo, o dever de respeitar os direitos fundamentais erguidos pelos homens que integram a população de um país e, conseqüentemente, de proporcionar as condições para o seu exercício.

2.2 Direitos individuais e Coletivos

Tais direitos têm como ponto marcante a *liberdade*, seja ela tomada de uma maneira global ou especificada como *liberdade de associação, de reunião*. De acordo com José Luiz Quadros de Magalhães compõem este quadro os direitos à vida, propriedade, segurança, igualdade.¹³

Os direitos individuais são caracterizados pela prestação negativa por parte do Estado. Tal fato significa que este deve obedecer a determinadas limitações face ao cidadão, o qual tem o direito a não sofrer invasões, de se ver livre de atitudes arbitrárias. Tais restrições são também impostas aos outros indivíduos apesar de especialmente voltadas para as atitudes das autoridades públicas.

Enfim, segundo Wilson Accioli os direitos individuais são todos aqueles que constituem a personalidade do homem, e cujo exercício lhe corresponde exclusivamente sem outro limite que o do direito correspondente.¹⁴

Entende-se que seria interessante abordar a diferenciação entre direitos e garantias individuais, que segundo Alexandre de Moraes, no Direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, as quais imprimem existência legal aos direitos reconhecidos e às disposições assecuratórias, que em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; *estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na*

¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos na ordem jurídica interna*. 1a.ed. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica de Minas Gerais Editora, 1992. pp. 45-47.

¹⁴ ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. 1 ed..Rio de Janeiro : Forense, 1978. p. 530.

*mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.*¹⁵

Para J. J. Canotilho, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas *o carácter instrumental de proteção dos direitos*. As garantias, segundo Canotilho, traduzem-se quer nos direitos dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade – a exemplo do direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*.¹⁶

A mesma diferenciação, segundo Alexandre de Moraes faz Jorge Miranda¹⁷ afirmando que

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses, bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção juracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.

Como bem colocado por Jorge Miranda a distinção que se faz entre direitos e garantias é simples, pois os direitos representam certos bens e as garantias destinam-se a assegurar esses bens.

Já os direitos coletivos, de acordo com José Afonso da Silva¹⁸, no Capítulo I do Título II, anunciam uma especial categoria dos direitos fundamentais: os coletivos, mas nada mais diz a seu respeito. Diz ele, que tais direitos estão “espalhados” ao longo da Constituição Federal. Lembra, entretanto, que na Constituinte, houve proposta de ser destinado um capítulo somente para assegurar os direitos coletivos, mas que não foi consolidada tal proposta.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004. pp.63-64.

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 520. in: Moraes (2004) op. Cit. p. 64.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 88-89. in: MORAES (2004) ob. cit.

¹⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. Malheiros Editores, 2003. p. 194.

Assim, os direitos coletivos sobrevivem no Texto Constitucional caracterizados em sua maioria como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, VII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10).

Observa-se que apenas as liberdades de reuniões e de associação estão dispostas no art. 5º, XVI a XX, o direito de entidades associativas de representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º, XXXIII) e de petição (art. 5º, XXXIV), como diz José Afonso da Silva alguns deles não são propriamente direitos coletivos, mas direitos individuais de expressão coletiva, como as de liberdade de reunião e de associação e, restam subordinados à rubrica dos direitos coletivos.

Como pode ser denotado pela análise do artigo 5º do referido Diploma Legal, todos aqueles que se encontram no território nacional estão protegidos pelo texto constitucional, cabendo dizer que pessoas jurídicas também estão abrigadas pelo artigo referido.

O inciso XXXII, do artigo 5º referido acima, assevera que o Estado promoverá a defesa do consumidor na forma da lei. Vê-se que o constituinte inseriu este inciso nos direitos individuais fundamentais por entender que o direito do consumidor, em verdade, retrata uma expressão da cidadania. Como consequência, o serviço público essencial prestado direta ou indiretamente pelo Estado deve ater-se às regras do direito consumerista.

Ainda, não só sobre os direitos, mas também sobre os deveres individuais e coletivos, menciona José Afonso da Silva,

(...) os conservadores da Constituinte *clamavam mais pelos deveres do que pelos direitos*. Postulavam, até que se introduzissem aí deveres individuais e coletivos. Não era isso que queriam, mas uma declaração constitucional de deveres, que se impusessem ao povo. Ora, uma Constituição não tem que fazer declaração de deveres paralela à declaração de direitos. Os deveres decorrem destes na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria.¹⁹

¹⁹ SILVA, Ob. cit. pp. 194-195.

Na verdade, de acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, os deveres, que decorrem dos incisos do art. 5º., têm como destinatário mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular, no que, estudando detidamente, concorda-se com o doutrinador. Isso porque, a inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder, a exemplo do dever de propiciar ampla defesa aos acusados, o dever de só prender alguém por ordem escrita de autoridades judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militares e crimes propriamente militares, o dever de comunicar a prisão de alguém e o local onde se encontre ao juiz competente e à família do preso, o dever de informar ao preso os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado, o dever de identificação, ao preso, dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório, o dever de respeitar a integridade física do preso etc. (art. 5º, XLIX, LXII, LXIII e LXIV).

No entanto, trata-se de novidade constitucional em termos de direitos individuais a proteção do consumidor. A Carta Magna demonstra claramente esta preocupação do legislador constituinte com as modernas relações de consumo, e com a necessidade de proteção dos economicamente hipossuficientes. Desta forma, fez-se necessária a proteção do consumidor face à inexistência de instrumentos eficazes de proteção ao consumidor, que garantissem seus direitos mais básicos, como, por exemplo, a alimentação. Assim sendo, a defesa do consumidor foi erigida como um direito individual, de modo a determinar-se a edição de norma ordinária regulamentando não só as relações de consumo, mas também os mecanismos de proteção e efetividade desses direitos do consumidor.

Sob este aspecto, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 48, demonstra a preocupação do legislador constituinte com essa matéria, ao determinar que o Congresso Nacional deveria, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborar Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, apesar do descumprimento do prazo, o citado Código acabou sendo editado.

A edição do CDC (Lei 8.078/90, alterada parcialmente pelas leis nºs. 8.656/93, 8.703/93, 9.008/95 e 9.298/96) regulamentou o presente preceito constitucional, estabelecendo as regras necessárias à proteção das relações de consumo e do próprio consumidor.

Neste sentido, essa nova visão constitucional, em termo de inovação do rol dos direitos humanos fundamentais, de proteção do consumidor, deve ser compatibilizada com preceitos tradicionais já existentes, como a livre iniciativa e a livre concorrência.

2.3 Princípios do Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal de 1988 ressaltou os Direitos fundamentais, individuais e coletivos, elevando-os à categoria de garantias constitucionais, procurando, com isso, assegurar-los de tal forma que não possam ser total ou parcialmente modificados, senão por outro processo constituinte.

A partir do princípio da isonomia, a Constituição garantiu direitos fundamentais, trazidos como verdadeiros pilares em que deve basear-se o Direito à própria vida, ao próprio corpo e imagem, liberdade, dignidade, saúde, segurança, educação, informação, desses decorrentes.

Refletindo esses princípios constitucionais, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, também instituído a partir da Magna Carta, artigo 5º, inciso XXXII, e artigo 170, inciso II, foi erigido sobre leis principiológicas, assim estabelecendo a Política Nacional das Relações de Consumo que trazem expressos os princípios nos quais se fundam.

O art. 4º, I, da Lei 8.078/90 reconhece de forma clara a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e no art. 5º e incisos estão disciplinados os instrumentos de atuação do Poder Público para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, notadamente com a criação de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, Delegacias de Polícia especializadas nas infrações penais de consumo, incentivo à criação de Associações de Defesa do Consumidor e a manutenção de assistência jurídica integral e gratuita ao consumidor carente.

Assim é que o artigo supra, enumera como primeiro princípio, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, visando assegurar a igualdade, na medida em que o desequilíbrio dos contratos de consumo deverão ser sopesados a fim de ser atingida a igualdade real a que se propõe.

A esse princípio básico se seguem aqueles do próprio artigo 4º e 6º do Código de Defesa do Consumidor, estes últimos também tratados como Direitos básicos do consumidor,

que são: a boa-fé-objetiva nas relações jurídicas de consumo, o que significa que diferentemente da regra de boa-fé dos contratos civis a ser inserida como cláusula entre as partes, nas relações jurídicas de consumo tuteladas pelo Código do Consumidor a regra é a da boa-fé havida de ambas as partes, ou seja, o fornecedor ao colocar no mercado produto ou serviço e, em contrapartida, o consumidor ao usá-lo ou adquiri-lo, como destinatário final.

Outro princípio é o da responsabilidade civil objetiva, segundo o qual, o fornecedor responde civilmente pelos danos causados ao consumidor em razão do objeto da relação jurídica. Nestes casos, estabelecido o nexo causal, será o fornecedor responsável pela prevenção e reparação dos danos que possa sofrer o consumidor em razão de usar ou adquirir os produtos colocados no mercado com defeito. É o que se depreende da inteligência do artigo 6º, inciso VI do diploma legal – “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e coletivos, causados ao consumidor.”

Ainda, tem-se o princípio da proibição das cláusulas contratuais abusivas, que são aquelas que trazem ao consumidor onerosidade excessiva em benefício exclusivo do fornecedor; deste princípio decorre o da conservação dos contratos de consumo, segundo o qual, mesmo diante de uma abusividade a ser necessariamente afastada, poderá ser mantido o contrato, desde que não se atinja a essência do objeto contratual com a abusividade referida.

Como se vê, já quanto aos princípios que atingem os contratos de consumo, propriamente ditos, o Código de Defesa do Consumidor instituiu verdadeira revisão no seu sistema de proteção, levando-se em conta o Código Civil de 1916, que trazia a prevalência da autonomia da vontade das partes contratantes, vale dizer, acreditava-se que as cláusulas contratuais fossem elaboradas de maneira a refletir o que realmente desejavam os envolvidos na relação jurídica e por esta razão, fundavam o princípio da *pacta sunt servanda*, assim prevalecendo como lei entre as partes que contrataram.

Com o advento do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) , os contratos passaram a sofrer influência do “dirigismo contratual”, ou seja, apesar da autonomia da vontade prevalecer, deverão ser observados outros princípios de ordem pública, como por exemplo, o da boa-fé objetiva e do interesse social.

Convém, ainda, ressaltar entre os princípios que notadamente interessam ao presente trabalho, o da transparência, informação correta e precisa, o da pré-oferta vinculante, além da

proibição da publicidade enganosa ou abusiva. Quanto a esses, cumpre destacar que transparência não significa estampar restrições ou denúncias, ou ainda qualquer outro conteúdo que não possa ser tolerado pelo novo sistema, em cláusulas contratuais que deixam de ‘fazer lei entre as partes’, independentemente do que pudessem trazer em seu conteúdo.

Dentre os princípios aqui elencados, também serão abordados, o da facilitação do acesso à justiça²⁰, com a inversão do ônus da prova se a critério do juiz for o consumidor considerado hipossuficiente; o da prestação dos serviços públicos adequados e eficazes; o da educação para o consumo²¹, tem-se no sistema da proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor um rol exemplificativo, estampado no artigo 51, das cláusulas contratuais abusivas, sempre complementado pelo dispositivo do próprio parágrafo 3º, que estabelece que são abusivas todas aquelas que puderem ensejar a onerosidade excessiva já referida.

Com isso, pode-se verificar a compatibilidade existente entre o Código de Defesa do Consumidor – a ser obrigatoriamente aplicado para as relações de consumo – e o Código Civil vigente.

2.3.1 O princípio da boa-fé objetiva

Destaca-se esse princípio, pois a doutrina fala numa só voz, no sentido de que a boa fé, embora não indicada expressamente pelo Código Civil de 1916, como princípio a nortear a interpretação e execução dos contratos, como ocorre em alguns outros ordenamentos jurídicos, sempre foi tida como um princípio geral de direito e, como tal, de observância obrigatória. Registra-se, porém, que o Código Civil de 2002 inseriu em seu texto a garantia do princípio da boa-fé contratual, de forma objetiva.

Com efeito, a boa fé subjetiva, assim entendida como a lealdade na exteriorização da vontade, na crença ou convencimento de estar contratando em conformidade com o direito, de expressar intenção pura, isenta de dolo ou engano, sempre foi invocada como fundamento para desconstituição ou anulação do negócio jurídico por vício de consentimento (erro, dolo, coação, fraude), ou seja, em outras palavras, sempre se exigiu boa-fé na concepção do contrato para conferir eficácia e validade.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça* (Relatório de abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart sobre a Justiça Civil e suas alternativas, realizado em Londres, no Institute of Legal Advanced Studies, em 7-9.7.92. Traduzido do inglês por J. C. Barbosa Moreira). *Revista de Processo*, RT-SP, nº. 74, ano 19, abril-junho – 94, p. 82 – 97.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson. in: *Revista Direito do Consumidor*, n.3, pp. 51 e ss.

Pela boa-fé objetiva tem-se, pois, um padrão de comportamento mais voltado para a execução do contrato, vale dizer que a boa-fé objetiva visa a uma conduta ética, ou seja, um agir transparente, leal, honesto e reto.

Buscando uma definição mais precisa para a boa-fé objetiva, pode-se mencionar Judith Martins-Costa, que assim a conceituou:

Já por boa-fé objetiva se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão (BGB), de larga força expansionista em outros ordenamentos, e bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países do *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjuntivo.²²

O princípio da boa-fé foi expressamente recepcionado pelo CDC em seu artigo 4º que diz:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios (...)

Cláudia Lima Marques afirma que,

A boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC. Segundo a autora, o inciso terceiro, todo o esforço do Estado ao regular os contratos de consumo deve ser no sentido de harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da CF/88) sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.²³

Pode-se deduzir daí que o legislador idealizou a proteção do consumidor por meio de uma política das relações de consumo, isto é, por meio de toda uma sistemática que

²² MARTINS-COSTA. A boa fé no direito privado: sistema ectópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. in: STOCO, Rui. *Abuso do Direito e má-fé processual*. Ed.RT, 2002. p. 39.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.671.

proporciona a equidade, a transparência e principalmente a harmonia dos integrantes de uma relação consumerista. Sendo assim, embora o código tenha sido criado para a defesa do consumidor, não se podem analisar as questões oriundas da relação entre consumidor e fornecedor de forma unilateral, como se os consumidores fossem sujeitos apenas de direitos, pois apesar da notória vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo permanece o caráter bilateral, obrigando ambas as partes.

Dessa forma conclui Marcelo Kokke Gomes²⁴ que:

(...) é dever tanto do consumidor quanto do fornecedor atuarem de boa-fé em relação à parte contrária, ou seja, pautarem seus comportamentos pela correção e lealdade. Que negociem e busquem cada um melhor vantagem, mas sem utilizar-se de artifícios escusos para induzir a parte contrária em erro.

Surgem daí obrigações de conduta dos consumidores, o dever de cooperação destes por meio de suas atitudes e comportamentos pautados nos ditames da boa-fé, do respeito e bom senso. É, portanto, dever do consumidor nas suas relações de mercado agir com lealdade, dignidade e transparência, nunca tentando se prevalecer das prerrogativas que possuem enquanto parte hipossuficiente.

Além do dever de primar pela boa-fé, é possível ainda se destacar outros deveres de conduta do consumidor, os quais emanam de uma análise sistemática e abrangente do CDC, tendo sempre em vista as práticas e funções do mercado de consumo, de modo a estabelecer um certo equilíbrio e coerência, quais sejam o dever de inteligência, dever de pesquisa, dever de educação para o consumo e de conhecimento do que está contratando, bem como do dever de ação. Pode-se dizer assim que, embora seja certo que o consumidor é a parte hipossuficiente da relação de consumo, tal qualidade não o incapacita ou funciona como impeditivo para que ele utilize de todo o seu discernimento e bom senso frente a uma situação concreta.

Cláudia Lima Marques diz que

A transparência referida pode ser compreendida como o dever de conduta do fornecedor em informar ao consumidor sobre as características e riscos que seus produtos ou serviços apresentam (...) a transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, significa lealdade e

²⁴ GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 167.

respeito nas relações entre fornecedor e consumidor mesmo na fase pré-processual, isto é, na fase negocial das relações de consumo.²⁵

Com a inclusão expressa do princípio da boa-fé na legislação consumerista, buscou-se preencher a lacuna existente no direito pátrio, que a despeito da secular sistematização existente em países de relevante cultura jurídica como a Alemanha (BGB, art. 242), Portugal (arts. 227,239 e 762), Itália e França, não contemplou esse princípio durante a realização do Código Civil vigente datado da mesma época.²⁶

Tudo leva a crer que, mesmo ante a negligência do legislador na recepção do princípio, a necessidade de parâmetros para a conduta dos homens frente ao direito e aos negócios jurídicos, levou a imposição, por parte da doutrina e jurisprudência, mesmo que de forma tácita, das diretrizes do referido princípio frente às disposições que norteavam as regras do Direito Civil. Dessa forma, constata-se a grande relevância que tem a contemplação desse princípio pela legislação consumerista.

A boa-fé pode ser observada sob dois prismas: o subjetivo (*Guten Glauben*), constituindo num estado psicológico, de consciência do agente de estar agindo de acordo e sob o amparo da lei ou ainda sem ofendê-la; e o objetivo (*treu ud glauben*) que é verificado por meio de dados externos ao íntimo do agente, como um modelo ideal de conduta, que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) na busca do correto adimplemento da obrigação, que é sua finalidade.

Tendo em vista seu caráter de ausência de subjetivismos na responsabilização civil no CDC, pode-se salientar que, nas relações de consumo, existe a concentração de atenções sobre a presença da boa-fé objetiva.

A atuação da boa-fé objetiva nas relações de consumo bem como nas relações obrigacionais nas mais diversas áreas do direito vêm servindo como um meio de valoração do comportamento dos figurantes (credor/devedor, fornecedor/consumidor) exercendo, conforme versa Paulo de Tarso Vieira Sanseverino,

²⁵ Ob. cit. p. 595.

²⁶ Buscando suprir a omissão do legislador do início do século passado, que não adotou o princípio da boa-fé no código civil de 1916, a lei 10.406/2002, o novo código civil, que entrará em vigor em 10/01/2003 adotou expressamente, em seu artigo 422, o princípio da boa-fé quando diz “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Assim a boa-fé, se consolida como regra de conduta das partes nas relações jurídicas de direito privado em geral.

(...) múltiplas funções, desde a fase anterior a formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito). Além disso, sua função interpretativa, a boa-fé auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais estipuladas no pacto.²⁷

A função de limitação dos direitos subjetivos tem relevante importância, tanto em relação à boa-fé subjetiva como, e, principalmente, em relação à boa-fé objetiva, sendo um instrumento de interpretação de regras estipuladas no CDC e nos contratos pertinentes a relações por ele regidas, partindo de um modelo ideal de conduta, baseado no que se exige de todos os integrantes de uma relação contratual, qual seja o dever precípua de honestidade na sua conduta, lealdade e probidade.

A boa-fé objetiva tem, principalmente pela sua capacidade de limitação do Direito subjetivo, possibilitando frear os impulsos de má-fé na interpretação do alcance das normas legais pertinentes às relações de consumo.

Pode-se afirmar que a boa-fé objetiva exerce, nas relações de consumo, três funções primordiais: como fonte de deveres especiais, exercendo uma função criadora de novos deveres entre as partes de uma relação de consumo, sendo chamados deveres anexos²⁸. Uma segunda função é a de concreção e interpretação dos contratos de consumo, função essencialmente interpretativa, a partir dos parâmetros de boa-fé objetiva, devem ser analisados todos os contratos de cunho consumerista. A terceira, e mais importante função, é a de limitação do exercício dos direitos subjetivos nas relações de consumo. Ela atua então como agente inibidor de condutas ou cláusulas abusivas, em especial por parte dos fornecedores, embora seja o objetivo do legislador, na adoção da boa-fé como a base das relações de consumo, que esta atue igualmente como limitadora das condutas e pretensões escusas de alguns consumidores, atingindo assim a harmonia e a transparência nas relações de consumo.

2.3.2 Princípio da equidade

No direito do consumidor, nas relações de consumo, como em qualquer ramo do direito, é preciso que se tenha um equilíbrio; nessas relações, especificamente, consumidor

²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.54.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 4 ed. rev. e atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 184–200.

versus fornecedor, sempre foi ponto de discussão, trazendo certa dificuldade no que se refere à utilização da compreensão entre esses dois pólos.

Para trazer equilíbrio nas relações de consumo, está positivado o princípio da equidade, o qual destaca Maria Cecília Nunes Amarante que, “o regime legal de defesa do consumidor tem como um dos novos princípios básicos o Princípio da Equidade para nortear o equilíbrio de forças entre os personagens das relações de consumo.”²⁹

Entende-se, portanto, que esse princípio se refere ao exercício pleno da própria cidadania, considerando o consumidor como parte efetiva na relação de consumo e, em face desse princípio, tem tratamento adequado, em nível de igualdade ao do fornecedor; mesmo porque, “diante dessa predominância de um, o outro recebe tratamento diferenciado no sentido de proporcionar o equilíbrio e, por consequência, justiça no próprio resultado.”³⁰

Com tais ponderações, segundo Plínio Lacerda Martins “é que deve ser lido e entendido o princípio esculpido pelo legislador constituinte com o propósito de que todos resultam iguais perante a lei.”³¹

Assim, esse princípio norteia o entendimento de igualdade entre as partes (consumidor *versus* fornecedor) nas relações de consumo.

2.3.3 Princípios processuais no Código de Defesa do Consumidor

Plínio Lacerda Martins afirma que o legislador incluiu a defesa do consumidor entre os direitos e deveres individuais e coletivos, estabelecendo que o Estado promoverá, na forma da lei, a sua defesa (art. 5º, XXXII, da CF), elevando-a “ao *status* de princípio constitucional impositivo.”

Destaca-se que no âmbito processual civil, a facilitação da defesa do consumidor decorre da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, sendo esta última, prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, razão da competência fixada no artigo 93 do CDC, o qual dispõe sobre a competência do lugar do dano ou do domicílio do

²⁹ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça e Equidade nas Relações de Consumo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p. 88.

³⁰ MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor. Conceitos e Noções Básicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11.

³¹ Idem. p. 13.

consumidor para as ações de indenização, afastando ainda a cláusula de eleição do foro em desfavor do consumidor, que “dificulta a defesa e o acesso do consumidor em juízo, conforme determinado no artigo 51, XV, e artigo 6º, VIII, do CDC, sendo que no artigo 83 do CDC, são admissíveis todas as ações judiciais possíveis para a defesa dos direitos do consumidor.”³²

Outro princípio processual que merece ser destacado aqui, consignado no Código de Defesa do Consumidor, é o da inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, VIII. Segundo Plínio Lacerda Martins, por esse princípio o juiz pode inverter o ônus da prova a favor do consumidor, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Assim, o CDC estabelece em seu artigo 36, que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, afirmando ainda no art. 38, que: “*O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.*”

2.3.3.1 Princípio da inversão do ônus da prova

Hermano Devis Echandi conceitua ônus da prova, como sendo o poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta conseqüências desfavoráveis.³³

Cabe ressaltar que esse princípio atinente ao ônus da prova tem sede no Código de Processo Civil. Com base nesse dispositivo legal, incumbe ao autor a prova da ação e ao réu da execução.

Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery

Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova, ou sua inversão (CDC art. 6º., VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da

³² MARTINS, Plínio Lacerda. ob. cit. p. 14.

³³ ECHANDI, Hermano Devis (2001) in: CIANCI, Mirna. *A responsabilidade do Estado e o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor sob enfoque da teoria do risco administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.³⁴

Entretanto, Moacir Amaral Santos considera o momento mais adequado para a aplicação da inversão do ônus da prova, para após a contestação, na qual o juiz já tenha saneado o processo, de maneira a prosseguir isento de vícios ou de questões que possam obstar ao conhecimento do mérito da causa.

Argumenta Carlos Roberto Barbosa Moreira que as normas sobre a repartição do ônus probatório deve ser vista como regra dirigida aos litigantes. Sendo assim, a inversão no momento do julgamento atentaria contra os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. É certo que, transferido um ônus a uma das partes litigantes, obviamente deverá o órgão jurisdicional oportunizar o direito de defesa, ou seja, a desincumbência de tal ônus.³⁵

Cabe, ainda, citar Cândido Rangel Dinamarco, em relação ao momento da inversão do ônus da prova, neste particular, defendido pelos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, no qual afirma ser o da sentença, fundamentando para tal, que os dispositivos sobre o ônus da prova constituem regras de julgamento. Para tanto, utiliza-se de dois motivos para caracterizar o equívoco: a) ofende, de maneira absoluta os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa; b) as regras, de distribuição do ônus da prova são de procedimento.

Neste contexto, o ônus da prova deve ser entendido como um direito de facilitação da defesa e não pode ser determinado senão após o oferecimento e valoração da prova, quando o julgador estiver em dúvida. Isto porque, a garantia do devido processo legal deve ser, sem dúvida, assegurada a qualquer custo.

No âmbito do Código de defesa do Consumidor a inversão do ônus da prova foi indicada de forma expressa (art. 6º, VIII). As partes não poderão, portanto, ser surpreendidas ao final com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo a necessidade de produzi-la.

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 798.

³⁵ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

Ocorre, porém, que a inversão do ônus da prova no CDC é uma exceção à regra prevista no artigo 333 do CPC, depende, portanto, de decisão fundamentada do magistrado antes do término da instrução processual, sob pena de não poder ser adotada na sentença o que, incorreria em cerceio de defesa.

Outro aspecto que deve ser ressaltado nesse item é a inversão do ônus da prova e as despesas processuais. Estabelece o artigo 19 do CPC³⁶, que cabe às partes, em regra, suportar as despesas dos atos que realizem ou requerem dentro do processo, antecipando os pagamentos durante o curso processual.

Trata-se de um verdadeiro ônus processual, cujo descumprimento implicará não ser realizado o ato requerido, podendo advir daí possíveis conseqüências a quem requereu. Assim, quando a questão versar sobre direito do consumidor surgiria uma indagação: *a quem caberia o ônus da antecipação das despesas processuais requeridas pelo consumidor, determinadas pelo juiz ou requerida por ambos?*

Nestes casos, não há qualquer exceção à regra estabelecida no CPC pelo simples fato de não identificar o ônus de provar com o ônus financeiro de realização dos atos probatórios. Diante disso, o direito consumerista não poderá ser visto como exceção ao artigo 333 do CPC. Assim, ao consumidor hipossuficiente caberá arcar com o ônus financeiro dos atos probatórios por ele requeridos, logicamente se for o autor da demanda, devendo ainda arcar com as despesas prévias ordenadas de ofício pelo juiz, ou ainda, com as despesas requeridas por si ou por ambos os litigantes. Registra-se, porém, que, em sendo o consumidor hipossuficiente, caberá ao mesmo requerer a assistência judiciária gratuita prevista na Lei 1.060/50.

Em contrapartida, Arruda Alvim entende que se trata de outra norma de natureza processual civil com o fito de, em virtude de reconhecimento da vulnerabilidade do

³⁶ Art. 19, CPC: “salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhe o pagamento, desde o início até a sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença. § 1º (...) § 2º. compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.”

consumidor, procurar equilibrar a posição das partes, atendendo a critérios da existência da verossimilhança do alegado pelo consumidor.³⁷

É fato, realmente, que a inversão do ônus da prova poderá ser requerida tanto pela parte como poderá ser determinada *ex officio* pelo juiz, por se tratar o Código de Defesa do Consumidor de norma de ordem pública.

Resta, porém dizer que, além dos princípios ora citados, existem outros princípios na norma consumerista, os quais podem ser identificados nos artigos 30 e 35 – princípio da vinculação objetiva da publicidade; artigo 36 que traz o princípio da identificação; no artigo 37, § 2º, identifica-se o princípio da veracidade e não abusividade; no artigo 4º, II, d e V, está o princípio da garantia de adequação; e ainda, no artigo 4º, IV e VIII o princípio da informação, e no artigo 6º, IV, a previsão sobre o princípio da cláusula abusiva, todos constantes do Código de Defesa do Consumidor.

Diante do exposto, vê-se que os direitos e garantias fundamentais estão tutelados pela Constituição Federal de 1988, da mesma forma impõe-se ao Estado, partindo inicialmente do artigo 5º da mesma Constituição, promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Entretanto, para melhor entendimento, necessário se faz mostrar o conceito de relação de consumo, segundo o qual se encontra disposto no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Definem-se relações de consumo como aquelas que ocorrem entre dois entes, o consumidor (individual ou coletivo), sendo este necessariamente o destinatário final e um fornecedor de produtos e serviços. Tal relação visa à satisfação das necessidades ou desejos dos consumidores, consubstanciando-se num vínculo jurídico entre as partes, gerador de obrigações tais como de cooperação, probidade, lealdade, boa-fé e principalmente por parte do fornecedor, o zelo à saúde, à segurança do consumidor frente aos produtos e serviços prestados, bem como da efetiva e eficaz prevenção e reparação de todo e qualquer dano patrimonial ou moral sofrido pelo consumidor em decorrência desta relação jurídica.

Os artigos 2º e 3º da Lei nº. 8.078/90 delimitam, num primeiro momento, o âmbito de incidência da tutela legal apenas e tão-somente às denominadas relações de consumo. Dessa

³⁷ ALVIM, Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 40, out-dez, 2001. p. 32.

forma, torna-se relevante inicialmente a busca da definição do âmbito de atuação do CDC quanto às relações consumeristas.

Na busca de visualizar mais claramente a relação de consumo e seus elementos, podem-se conceituar as relações de consumo como uma relação jurídica instrumental, que obriga consumidor e fornecedor, tendo por objeto produtos ou serviços adquiridos ou utilizados pelo consumidor na qualidade de destinatário final.

Desta conceituação pode-se depreender os elementos de uma relação de consumo, quais sejam: os sujeitos, consumidor e fornecedor; o objeto, produtos ou serviços prestados pelo fornecedor; o vínculo obrigacional, a efetiva vontade do consumidor em adquirir produto ou serviço junto ao fornecedor que se dispõe a tal prestação. E ainda, o elemento teleológico³⁸ contido na expressão *destinatário final*, vinculando assim, para fins da incidência do CDC, somente a obrigação instituída com a finalidade de retirada do produto ou serviço do mercado, isto é, com a ocorrência da relação de consumo, passa a existir o intuito precípua por parte do primeiro de desfrutar daqueles como destinatários.

A questão dos Direitos do Consumidor é tão importante que em três oportunidades distintas é tratada na Constituição Federal vigente. A primeira vez, já em seu Capítulo I do Título II, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos estabelece a Carta Magna, no artigo 5º, XXXII que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” o que quer dizer, em outras palavras, que o Estado tem a obrigação de defender o consumidor, de acordo com o que estiver estabelecido nas leis.

A segunda vez que a Constituição menciona a defesa do consumidor é quando trata dos princípios gerais da atividade econômica no Brasil, citando em seu artigo 170, V, que a

³⁸ A teleologia pode ser definida como doutrina a cerca das causas finais, a tese que explica uma causa primordial preestabelecida de todos os fenômenos e a tendência deles para o fim necessário. Juridicamente, *Von Ihering* criticando o abstracionismo dos conceitos jurídicos e o emprego de métodos dedutivos- silogísticos, buscava salientar o caráter finalístico das normas jurídicas. Desta forma a norma deve ser interpretada levando em conta seus objetivos, não devendo ser encarada como um fim em si mesma, mas como um meio a serviço de uma finalidade, norteador a interpretação de uma norma jurídica com o fulcro de atingir o fim pretendido pelo ordenamento jurídico no caso em concreto. Especificamente, nas relações de consumo o elemento teleológico, vem inserto na expressão *destinatário final*, a qual quer significar que, para a configuração de uma relação de consumo, fornecedor e consumidor devem-se obrigar com a finalidade de retirada do produto ou serviço do mercado. Tem relevância a verificação do elemento teleológico, tendo em vista que a finalidade das normas de proteção do código tem por objetivo proteger especificamente os consumidores que adquirem produtos ou serviços para seu uso próprio, sendo que se a aquisição do produto for motivada com intuito de exercício de atividade lucrativa e não de fruição do adquirente, não poderá se considerar o adquirente como destinatário final para fins de aplicação das normas do CDC.

defesa do consumidor é um dos princípios que devem ser observados no exercício de qualquer atividade econômica.

Finalmente, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), determina que o Congresso Nacional elabore o Código de Defesa do Consumidor.

Estes três dispositivos constitucionais são mencionados no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor.

José Geraldo Brito Filomeno lembra que a sensibilização dos

Constituintes de 1987/88, foi obtida por unanimidade na oportunidade do encerramento do VII Encontro Nacional das (...) Entidades de Defesa do Consumidor, desta feita realizado em Brasília, por razões óbvias, no calor das discussões da Assembléia Nacional Constituinte, e que acabou sendo devidamente protocolada e registrada sob n.º 2.875, em 8-5-87, trazendo sugestões de redação, inclusive aos então artigos 36 e 74 da Comissão “Afonso Arinos”, com especial destaque para a contemplação dos direitos fundamentais do consumidor (ao próprio consumo, à segurança, à escolha, à informação, a ser ouvido, à indenização, à educação para o consumo e a um meio ambiental saudável).³⁹

Mas, o Código do Consumidor é só o início. É o que alerta o jurista Fábio Konder Comparato: “na verdade, a dialética *produtor x consumidor* é bem mais complexa e delicada do que a dialética *capital x trabalho*”⁴⁰

Essa afirmativa decorre do entendimento de Comparato, a partir da denúncia de Karl Marx dizendo que, enquanto o capital é, por assim dizer, personificado e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável. O mesmo processo de reedificação acabou transformando hodiernamente o consumidor, por força da técnica de propaganda de massa, em mero objeto de direito.

Assim, o reconhecimento de que as instituições governamentais devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes, foi o primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição

³⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 21-22.

⁴⁰ COMPARATO, *apud* SOUZA, 1996. p. 59.

humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser tidos como simplesmente mera concessão dos que exercem o poder.

Em outras palavras, o CDC não pode, como norma regente em defesa do consumidor, ser utilizado em prol de quem a fez e editou, do fornecedor, deve cumprir seu papel de “defensor do consumidor” nas relações de consumo, sejam elas quais forem.

3. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O MOVIMENTO CONSUMEIRISTA

Muito se tem falado e escrito sobre a “defesa ou proteção do consumidor.” Assim, sobre isto, procuram ocupar-se entidades públicas e privadas, além de líderes comunitários e políticos, ou seja, quanto à proteção e defesa do consumidor, vários órgãos e entidades buscam resolver conflitos nesta área.

Direito do consumidor tem suas origens na mais antiga coletânea de leis de que se tem notícia, o Código de Hamurabi, de autoria do Rei que lhe atribuiu o nome, fundador do Império Babilônico, editada no século XIX a.C.

Altamiro José dos Santos lembra que, de acordo com a “lei” 235 do Código de Hamurabi, o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano.⁴¹

Carlos Ferreira Almeida afirma que no Direito Português:

Os códigos penais de 1852 e o vigente de 1886 (...), reprimindo certas práticas comerciais desonestas, protegiam indiretamente interesses dos comerciantes: sob o título genérico de crimes contra a saúde pública, punem-se certos atos de venda de substâncias venenosas e abortivas (art. 248) e fabricação e venda de gêneros alimentícios nocivos à saúde pública (art. 251); consideram-se criminosas certas fraudes nas vendas (engano sobre a natureza e sobre a quantidade das coisas art. 456); tipificava-se ainda como crime a prática do monopólio, consistente na recusa de venda de gêneros para uso público (art. 275) e alteração dos preços que resultariam da natural e livre concorrência, designadamente através de coligações com outros indivíduos, disposições revogadas por legislação da época corporativista, que regrediu em relação ao liberalismo consagrado no código penal.”⁴²

Já nos EUA, em 1914, criou-se a *Federal Trade Commission*, que tinha o objetivo de aplicar a lei antitruste e proteger os interesses do consumidor. Também nos EUA, em 1773, em seu período de colônia, o episódio contra o imposto do chá no porto de Boston (*Boston*

⁴¹ SANTOS, Altamiro José dos. Direitos Do Consumidor. *Revista do IAP*. n. 10. Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná, 1987. pp. 78-80.

⁴² ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almeida, 1982. p. 40.

Tea Party) é um registro de uma manifestação de reação dos consumidores contra as exigências exorbitantes do produtor inglês.⁴³

A Revolução americana de 1776 foi uma revolução do consumidor. Miriam de Almeida Souza entende que foi uma revolução “contra o sistema mercantilista de comércio britânico colonial da época, no qual os consumidores americanos eram obrigados a comprar produtos manufaturados na Inglaterra, pelos tipos e preços estabelecidos pela metrópole, que exercia o seu monopólio. (...) Samuel Adams, uma figura marcante no episódio do chá no Porto de Boston, que, já em 1785 na República, reforçou as seculares “assizes” (Leis do Pão), da antiga metrópole, apontando sua assinatura na lei que proibia qualquer adulteração de alimentos no estado de Massachusetts,” norma que, dá uma noção de vícios redibitórios, e também, traz a nítida impressão de respeito ao consumidor.⁴⁴

É interessante destacar, ainda, que no Direito Romano Clássico, o vendedor era responsável pelos vícios da coisa, a não ser que estes fossem por ele ignorados. Na época, existiam as chamadas ações redibitórias e *quanti minoris* que eram instrumentos, dos quais o consumidor tinha a seu favor, amparadas na sua boa-fé; a penalidade prevista ao vendedor, era ressarcir o consumidor do prejuízo ou ainda devolver-lhe, em dobro, o que havia recebido pela venda do produto.

No Século XVIII a.C, na Mesopotâmia, no Egito Antigo e na Índia havia o Código de Massu, o qual também já previa pena de multa e punição, ressarcimento de danos, como determinado na “lei” 967, aos que adulterassem gêneros; na “lei” 968 a qual penalizava aqueles que entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou, ainda, vendessem a mesma mercadoria, ou produto da mesma espécie e qualidade, por preços diferenciados; com isso, é claro o entendimento de que, desde então, já se resguardavam os interesses dos consumidores.

Já na França, os direitos do consumidor eram protegidos, quando enganados por vendedores. O Rei Luiz XI (1481) punia com banho escaldante aquele que vendesse manteiga com pedra para aumentar o peso, ou leite com água para aumentar o volume.

⁴³ Idem.

⁴⁴ SOUZA, Miriam de Almeida. *A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996. p. 51.

Em vários trabalhos publicados, estudiosos mostram a existência, no referido estatuto, de determinados preceitos, objetivando, ainda que de forma embrionária, a proteção e a defesa do consumidor.

Leizer Lerner, citado por Jorge Torres de Mello Rollemberg, menciona, como exemplo, a Lei nº 233, obrigando o construtor que edificasse uma casa com paredes inconsistentes a reconstruí-las ou guarnecê-las, com os seus próprios recursos. De maneira idêntica, pela Lei nº 235, o construtor de barcos era obrigado a refazê-los em caso de defeito estrutural, no prazo de até um ano. Outras legislações, que vigoraram em tempos pretéritos, são também apontadas por aquele autor como precursoras da atividade consumerista.⁴⁵

Da Constituição de Atenas, de Aristóteles (383 a.C a 322 a.C), colhe-se que na Grécia antiga os superintendentes de feira tinham a obrigação legal de supervisionar as mercadorias ex-postas à venda, assegurando-se de que os alimentos eram puros, assim como havia inspetores para pesos e medidas para garantir que pesos e medidas honestos fossem utilizados pelos vendedores.

Na Antigüidade Romana, conforme Rollemberg, nas causas que defendia, Cícero já chamava a atenção para a necessidade de se assegurar ao adquirente de bens duráveis a garantia de que, verificada a existência de vícios ocultos nas operações de compra e venda, deveriam ser eles sanados, sob pena de rescisão contratual.⁴⁶ Essa incipiente manifestação com a proteção ao direito do consumidor manifestou-se, também, no Brasil Colonial.

Biaggio Talento, citado por José Geraldo Brito Filomeno conta que documentos encontrados no Arquivo Histórico de Salvador indicam a presença, aquela época, de disposições prevalentes nessa cidade, dotadas de cunho eminentemente protetivo, editadas pelo então Senado Federal.⁴⁷

Destaca Filomeno que a norma publicada em 27.08.1625 obrigava a todos os vendeiros a fixarem os escritos da almoçataria na porta do estabelecimento, para que o povo os lesse, sob pena de imposição de multa de seis mil réis, que era igualmente aplicada a quem comercializasse mercadorias acima do preço tabelado.

⁴⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direito do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.22.

⁴⁶ Cf. ROLLEMBERG, Jorge Torres de Mello. *Proteção ao Consumidor: seus problemas e dificuldades, iniciativas na área privada-oficializada do movimento pelo governo*. Escola Superior de Guerra, Trabalho Especial - TE87, Tema 21, 1987.

⁴⁷ Cf. Matéria veiculado no Jornal do Estado de São Paulo, 24.09.2000, p. A-20, in: FILOMENO, ob.cit. p. 23.

No Piauí Colonial tem-se conhecimento de que se implantou similar tabelamento de preços. A Câmara do Senado da Vila de Campo Maior reuniu em 27.08.1764, não só para estabelecer os novos padrões de medidas, que deviam ser adotadas na Colônia, como também para fixar os preços dos serviços a serem prestados por ferreiros (calçar um machado com duas voltas de aço - 2 patacas; feitura de um freio, de um par de esporas, de um facão de trabalho - 800 réis cada um), carpinteiros (diária do mestre - 400 réis; diária do oficial - 300 réis; uma porta com portada, com madeira do mestre - 3\$000, sem ela, 1\$000), alfaiates (vestido de veludo ou de seda - 5\$000 e de outra qualidade - 3\$200, feitiço de uma saia de pano de loja - 600 réis e de outras - 300, feitiço de uma calça de pano de loja - 400 réis e de algodão - 160 réis), sapateiros (feitiço de um par de botas com material do mestre - 2\$560, sem o material - 1\$600, feitiço de um par de sapatos dando o mestre os aviamentos - 800 réis e de um par de chinelos - 1 cruzado) e pedreiros (pagava-se diárias idênticas as dos carpinteiros), bem como do aluguel de escravos (diária para serviços de enxada e machado - 160 réis).⁴⁸

Nessa mesma sessão, foram também fixados por aquela Câmara do Senado os seguintes preços de gêneros, aves e animais: farinha de mandioca, vendida na vila a 160 réis e nas roças, a 120; milho, arroz e feijão, a 150; vaca grande gorda a 1.500 réis e, sendo inferior, a 1.280; boi grande gordo a 1.920 e boiote a 1.600; galinhas grandes e gordas, a 240 réis; frangas enfeitadas (adultas) a 160; frangos a 60, na vila, e fora, a 40; frangas menores a 120; leitão a 480 e leitoa a 300; peru, de roda grande, a 800; e perua, a 400; ovos, a quatro por vintém; patos a 300 réis e patas a 200; carneiro ou bode, grande e gordo, que não se vendesse por mais de 640, e ovelha e cabra, por mais de 400; sabão a 60 réis a libra; aguardente, um frasco da destilada, por 600 réis, sendo o frasco grande; algodão em rama a 160 a quarta; fio fino a 320 a libra, e o grosso, a 240.⁴⁹

À medida que a sociedade evolui e se transforma, surgem novas aspirações e, conseqüentemente, se produz um novo estado de consciência, implicando novas exigências que satisfaçam as necessidades básicas do ser humano.

Os direitos humanos têm se mostrado bastante dinâmico, e cada vez mais, legisladores e doutrinadores tem suas preocupações focando tais direitos e também garantias tutelados pelo Estado.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ BASTOS, Cláudio. *Dicionário Histórico e Geográfico do Estado do Piauí*. Teresina: Editora, 1994. pp. 28-37.

Diante dessas preocupações surge a Resolução nº 39/248 da Organização das Nações Unidas, aprovada em 9 de abril de 1985, a qual foi inspirada na declaração dos direitos do consumidor, proferida pelo então presidente John Kennedy, em 15 de março de 1962, coincidentemente, data em que se comemora o “dia internacional do consumidor”. A Resolução citada traçou uma política geral de proteção ao consumidor destinada aos Estados filiados, considerando seus interesses e necessidades em todos os países e, em particular, nos países considerados em desenvolvimento, pois reconheceu-se que os consumidores desses países, enfrentam “desequilíbrio em face da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação”⁵⁰, e ainda, “que todos os consumidores devem ter o direito de acesso a produtos que não sejam perigosos, assim como o de promover um desenvolvimento de relações equânimes, pacíficas, solidárias.”⁵¹

É importante destacar, ainda, que a ONU – Organizações das Nações Unidas, impõe aos países filiados a obrigação de formularem uma política efetiva de proteção ao consumidor, e para tanto, criar e manter uma infra-estrutura adequada para sua implementação e sua manutenção, pois de nada adiantaria tal imposição, se não existirem mecanismos governamentais que façam valer os direitos dos consumidores.

José Geraldo Brito Filomeno refere-se a este tema, dizendo que

Entretanto, há que preocupar não apenas tais entidades (por exemplo, Procons, sociedades amigos de bairros, associações de donas de casa ou precípua de proteção ou defesa do consumidor) e a classe política, mas também o jurista, o economista, o psicólogo e, naturalmente, o próprio empresário e o consumidor. E isto diante da simples e óbvia constatação de que todos nós somos em maior ou menor grau, consumidores de bens e serviços a cada instante de nossas vidas.⁵²

Diante disso, entende-se que o Estado, por excelência, detém uma estrutura, como sociedade política na qual revela não apenas a organização do poder e da sociedade por meio do seu ordenamento jurídico, “como também a disciplinação dos meios de produção com vista ao consumo, uma das facetas do próprio bem comum”.⁵³

⁵⁰ FILOMENO, José Geral Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 25.

⁵¹ FILOMENO, ob. cit., p. 22

⁵² Idem, pp. 21-22.

⁵³ Idem, ibidem.

3.1 Evolução das Relações Consumeristas no Brasil

O Direito do Consumidor é obra relativamente recente na Doutrina e na Legislação. Tem seu surgimento como ramo do Direito, principalmente, na metade deste século. Porém, há contornos deste segmento do Direito presente, de forma esparsa, em normas das mais diversas, em várias jurisprudências e, acima de tudo, nos costumes dos mais variados países. Porém, não era concebido como uma categoria jurídica distinta e, também, não recebia a denominação que hoje apresenta.

No Brasil, o Direito do Consumidor surgiu entre as décadas de 40 e 60, quando foram sancionada diversas leis e diversos decretos federais legislando sobre saúde, proteção econômica e comunicações. Dentre todas, pode-se citar: a Lei n. 1.521/51, denominada Lei de Economia Popular; a Lei Delegada nº 4/62; a Constituição de 1967 com a Emenda nº 1/69, que consagrou a defesa do consumidor; e a Constituição Federal de 1988, que apresenta a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica (art. 170) e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que expressamente determinou a criação do Código de Defesa do consumidor.

A proteção ao consumidor, hodiernamente, tem sido um desafio na sociedade brasileira e “representa, em todo mundo, um dos temas mais atuais do Direito.”⁵⁴ O que pode se extrair desse fenômeno jurídico, no século passado era totalmente desconhecido, e em boa parte deste, pois o homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo, o que significa dizer que, a sociedade de consumo, é caracterizada por um número cada vez mais crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e também do *marketing*, que leva até o consumidor as “novidades” produzidas todos os dias pelas indústrias em geral, assim “como pelas dificuldades de acesso à justiça.”⁵⁵

Grinover *et. al.* afirma que “esses aspectos marcam o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor, como uma disciplina autônoma.”⁵⁶

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 6.

⁵⁵ GRINOVER *et. al.*, *ob. cit.*, p. 6

⁵⁶ *Idem*, *ibidem*.

Nas relações consumeristas, a posição do consumidor em nada melhorou, ao contrário, pois antes fornecedor e consumidor tinham uma relação harmônica, encontravam-se em situação de relativo equilíbrio de poder de barganha; agora o fornecedor, seja ele, fabricante, produtor, construtor, importador, comerciante ou prestador de serviços, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. Diante disso, o fato é que o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.

Em contrapartida, o mercado não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor, nem mesmo para mitigá-la, motivo pelo qual a interferência do Estado, em situações de conflitos nas relações de consumo, é imprescindível nas três esferas. No Legislativo, pois é este o formulador das normas jurídicas de consumo; no Executivo, implementando-as; e no Judiciário, com a função de dirimir os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.

Ada Pellegrini Grinover afirma que

Por ter vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestem como verdadeiros instrumentos fundamentais para produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o *marketing*.⁵⁷

Os conflitos, que surgem nas relações de consumo, devem de alguma maneira, ou por vias normativas, serem dirimidos, e principalmente, visando, na maioria das vezes, aos interesses do consumidor, pois é ele o sujeito tutelado pelo Código de Defesa, ora em vigor, ainda mais, se este for hipossuficiente e seu acesso à justiça for restrito ou impossível.

Para José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1988 foi tímida ao cuidar da “proteção do consumidor” e, pondera dizendo que

Estabeleceu que o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII). A lei referida foi promulgada em cumprimento ao artigo 48 das Disposições Transitórias, que é o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), bastante moderno para sua época.

⁵⁷ GRINOVER, ob. cit., p. 7.

A importância desse Código, segundo José Geraldo Brito Filomeno, é realçada pela sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigiu à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais.⁵⁸

Se buscar o artigo 170, V, da Constituição Federal de 1988, que eleva a defesa do consumidor à condição de princípio de ordem econômica, tem-se então, a exata dimensão da preocupação do constituinte com a questão sem dúvida relevante.

Assim, pode-se considerar o Código de Defesa do Consumidor, um conjunto de normas específicas do “Direito Consumerista”, o qual trata de temas variados, constituindo-se num “verdadeiro microsistema jurídico”⁵⁹ já que buscou preceitos em todos os demais ramos do direito – sem destruir, ou modernizar institutos considerados obsoletos diante de suas diretrizes –, tais como o próprio direito constitucional, os direitos internacionais público e privado, os direitos civis, comercial, penal, processual civil e penal, o direito administrativo e outros ramos do direito.

De acordo com o artigo 7º do CDC, dispõe que,

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

Daí o que se pode entender é que, o Direito do Consumidor não pode ser considerado um direito como os demais ramos do Direito, por isso, em última análise, cuida-se de microsistema jurídico, que na medida em que não convive com outros institutos já preexistentes e encerrados nos corpos de normas mencionados, como também crie enfoque próprio, e aperfeiçoa outros institutos jurídicos⁶⁰, como no caso dos vícios redibitórios, responsabilidade civil, teoria geral dos contratos e tutela coletiva dos consumidores.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, o que se procurou fazer, até a amplitude de seu tema, foi a sistematização dos direitos dos consumidores, com a conversão dos institutos do Direito Civil, Comercial e Penal, além de normas do Direito Administrativo, espalhadas por

⁵⁸ FILOMENO, José Geral Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 60.

⁵⁹ FILOMENO, ob. cit. p. 61.

⁶⁰ Cf. artigo 4º do CDC.

inúmeros diplomas legais, e, ao mesmo tempo, com a modificação de outros que no entender da comissão elaboradora do anteprojeto e dada a larga experiência prática de seus membros já não mais atendiam às exigências dos consumidores.⁶¹

No entanto, é importante destacar, se na ocorrência de conflitos nas relações de consumo entre entes de nacionalidades diferentes, ou seja, no mercado global, se num episódio de importação, por exemplo, uma norma do “Direito Comunitário” dos países envolvidos suplantam a de um deles, no âmbito interno, e compromete sua soberania.

Ada Pellegrini Grinover cita um exemplo de importação de batatas da Argentina pelo Brasil, as quais foram aspergidas com agrotóxicos, que poderiam comprometer a saúde dos consumidores deste produto, e que mesmo assim, o Brasil não pôde interferir com sua legislação fitossanitária. Mesmo considerando a norma de livre comércio ou derrubada de barreiras alfandegárias quanto àquele produto comercializado, foi preciso recorrer ao Ministério Público Federal, o qual adotou medidas cautelares necessárias, baseando-se no disposto pelo artigo 102 do CDC,

“os legitimados a agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade das pessoas.”

Tem-se aqui, ação preventiva de natureza mandamental e não propriamente uma ação repressiva. Simplesmente destina-se esta ação a compelir o Poder Público competente “a proibir, em todo território nacional, a produção [...]”, procurando-se desta forma, impedir que se faça uso de produtos contaminados, deteriorados nocivos ou que represente perigo à saúde pública e à incolumidade pessoal dos consumidores. Vê-se aqui, contudo, que o CDC apresenta algumas limitações, que serão abordados a seguir.

3.2 Limitações do Código de Defesa do Consumidor

Inicialmente, cumpre dizer que a relação de consumo é prevista no CDC como norma jurídica especial, que trata dos mecanismos de equilíbrio no mercado de consumo. Entretanto,

⁶¹ GRINOVER, et. al. Ob. Cit., p. 135.

o Código não é simplesmente uma norma jurídica, mas sim, um sistema jurídico, contendo várias normas de direito material civil e penal, além do direito instrumental.

Maria Helena Diniz leciona que

O sistema jurídico é resultado de uma atividade instauradora que congrega os elementos do direito, estabelecendo as relações entre eles, projetando-se uma dimensão significativa. O sistema jurídico não é, portanto, uma construção arbitrária.⁶²

De fato, o sistema jurídico pode não ser arbitrário, mas, se se considerarem as regras por ele ditadas, pode-se entender que o sistema é, de certa forma, arbitrário. Entretanto, considerando a sociedade moderna, que está em franca transformação, é preciso buscar, na sociologia jurídica, uma forma lógica de entendimento e, conseqüentemente, a concepção funcional do direito, que não vê neste, senão um meio para alcançar um fim almejado pelo legislador.

Buscando a lógica jurídica, Chaïm Perelman afirma que, exclui-se, então,

A assimilação de um sistema de direito a um sistema matemático ou a um jogo, pois um sistema puramente formal, bem como um jogo com suas regras, por não terem meios que visam a realização de uma finalidade social, não têm, portanto, de levar em conta as condições de seu funcionamento eficaz. Mas o direito só pode ser compreendido em relação com o meio social ao qual é aplicável.⁶³

E, por isso mesmo, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor apresenta algumas limitações, pois apesar de ter caráter essencialmente social, visando proteger de regra os hipossuficientes, não tem alcançado este objetivo, eis que, por questões burocráticas ou até mesmo por falta de informação, o consumidor não consegue obter a tutela jurisdicional.

Galeno Lacerda adverte que

Subverteu-se o meio em fim. Distorceram-se as consciências a tal ponto que se cria fazer justiça, impondo-se a rigidez das formas, sem olhos para os valores humanos em lide. Lavavam-se as mãos sob o escudo frio e impassível da sacralidade do rito. [...] Insisto em dizer que o processo, sem o direito material, não é nada. O instrumento, desarticulado do fim, não tem sentido.⁶⁴

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Conflitos de normas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 9.

⁶³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 81.

⁶⁴ LACERDA, Galeno. *O Código e o Formalismo Processual*. in: Revista da Ajuris, n° 28; Ano X, julho, Porto Alegre, 1983. p. 8.

Em outras palavras, o que se extrai dessa afirmativa, por adequação e analogia, é que os julgados que se sucedem nos tribunais, nas relações de consumo, quando deveria ser e ter um resultado, a norma, apenas, serve como parâmetro de meio e não de fim. Assim, acredita-se que a lei que deveria simplesmente proteger os interesses do consumidor, limita-se a presunção da proteção daquele que busca justiça para seus interesses.

Diante disso, o Estado ao garantir aos consumidores, sua defesa criou a Constituição Federal de 1988, uma antinomia necessária em relação a muitas de suas próprias normas, flexibilizando-as, impondo em última análise uma interpretação relativizada dos princípios em conflito, que não mais podem ser interpretados de forma absoluta ou se estaria ignorando o texto constitucional, entende Miguel Reale.⁶⁵

Nessa linha de raciocínio vale dizer que existe a garantia constitucional da defesa do consumidor, pois a Constituição Federal de 1988, ao regular os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros, estabeleceu no seu artigo 5º, XXXII, como dito em capítulo anterior, a obrigatoriedade da promoção pelo Estado – nos três poderes – da defesa do consumidor, como um dos princípios da ordem econômica brasileira, e ainda, a limitar a livre iniciativa e seu reflexo jurídico, a autonomia de vontade, conforme dispõe o artigo 170, V, da Lei Maior.

Para Cláudia Lima Marques, a procura deste caminho “de meio” é a nova linha de interpretação conforme a Constituição imposta pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Em caso envolvendo os estabelecimentos de ensino e a noção de livre iniciativa e defesa do consumidor (Adin 319-4-DF), o Min. Moreira Alves ensina:

[...] havendo a possibilidade de incompatibilidade entre alguns princípios constantes dos incisos desse art. 170, se tomados em sentido absoluto, mister se faz, evidentemente, que se lhes dê sentido relativo para que se possibilite a sua conciliação a fim de que, em conformidade com os ditames da justiça distributiva, se assegure a todos – e, portanto, aos elementos de produção e distribuição de bens e serviços e aos elementos de consumo deles – existe digna’... Para se alcançar o equilíbrio da relatividade desses princípios – que, se tomados em sentido absoluto, são inconciliáveis e, portanto, para se atender os ditames da justiça social que se pressupõe esse equilíbrio [...].”⁶⁶

⁶⁵ REALE, Miguel. Os contratos de incorporação imobiliária e a Lei 8.078/90, em São Paulo. in: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2002. p. 577.

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 577.

No entanto, essa questão traz outros pontos que merecem ser abordados, como por exemplo a vulnerabilidade do consumidor, a qual não se pode confundir com hipossuficiência.

3.3 Vulnerabilidade do Consumidor

Outro aspecto que vale citar é a vulnerabilidade do consumidor. Para Cláudia Lima Marques a vulnerabilidade subdivide-se em três espécies: técnica, jurídica e fática. A primeira diz respeito à ausência de conhecimentos específicos do consumidor em relação às características do produto ou serviço que está adquirindo. A jurídica refere-se à carência de conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos. É, também, reflexo do fato de o fornecedor apresentar-se, invariavelmente, como litigante habitual, vale dizer as empresas se estruturam e se organizam com departamentos e assessorias jurídicas para levar vários conflitos à Justiça. Estes departamentos integram o custo empresarial. Por fim, a vulnerabilidade fática ou sócio-econômica decorre da superioridade econômica do fornecedor, bem como da involuntária submissão do consumidor às inúmeras práticas anticoncorrenciais.⁶⁷

Pode-se dizer que o consumidor fica vulnerável psicologicamente, ou seja, são tantos os desejos criados pela mídia, por exemplo, os avançados recursos de *marketing* que são atualmente exibidos, na TV, Jornais, Periódicos, encartes entre outros, que alguns consumidores tornam-se escravos desses desejos, e às vezes, a compulsão domina o indivíduo, que este acaba por comprometer o orçamento doméstico, gerando, muitas vezes, situações de endividamentos e, em alguns casos, superendividamento. Esses casos ocorrem geralmente, quando o consumidor compra sem parar, não tendo necessidade real daquele produto ou serviço, naquele momento.

Não se encontram, no quadro atual, dificuldades em sustentar a necessidade de proteção diferenciada do consumidor no mercado. As dificuldades, paradoxalmente, são concernentes ao próprio conceito jurídico de consumidor e situações fáticas que atraem a aplicação da respectiva lei especial.

Cláudia Lima Marques conceitua consumidor, dizendo que

⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed., São Paulo: RT, 1998. p. 142.

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor,⁶⁸ a qual excluiria do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro.⁶⁹

Se é certo que a pessoa natural, não profissional, adquirente ou potencial adquirente de produtos e serviços oferecidos profissionalmente no mercado está invariavelmente em situação de fragilidade em aspectos econômicos, técnicos etc, a assertiva já não é absolutamente verdadeira quando o comprador é uma pessoa jurídica, ainda que sem finalidade lucrativa. Também, não é tão verdadeira para a pessoa física que atua profissionalmente, comprando produtos para revendê-los.

Já o Código de Defesa do Consumidor no seu artigo 2º. afirma expressamente que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Em princípio, aqui o legislador parece ter, buscado uma definição mais objetiva, na qual, sendo uma definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como “destinatário final”.

De maneira bastante simples, entende-se por essa expressão, *destinatário final*, o seguinte: se uma empresa adquirir equipamentos para o refeitório de seus funcionários e esses equipamentos estiverem defeituosos, ela poderá recorrer ao Código para buscar os seus direitos. Isso porque, ao se colocar como destinatária final daqueles bens, está qualificada de consumidora. O fundamental, no entanto, é que o produto ou serviço não seja adquirido com a finalidade de produção ou comercialização, mas sim, para uso próprio, alheio à atividade econômica própria da pessoa jurídica, como no caso dado como exemplo.

No entanto, pode-se observar que correntes doutrinárias e argumentos diversos surgiram para definição dos casos difíceis, muitas vezes gerando confusões, ao invés de facilitar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que parece ser simples e objetiva, como no caso exemplificado anteriormente.

Nesse entendimento, o consumidor assume uma posição de fragilidade, o que o torna vulnerável, que é sempre maior quando se trata de pessoa natural, além de ser o fundamento

⁶⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Ob. cit., p. 252.

⁶⁹ BENJAMIN, A. Herman. *O conceito jurídico de consumidor*. RT 628/69-79. in: MARQUES, ob. cit. p. 253.

da defesa do consumidor, é a diretriz a ser utilizada para definir, em hipóteses variadas e ensejadoras de divergências, quem deve ser considerado consumidor, tanto diretamente como por equiparação.

Sobre isso, é importante destacar que o que consta na história das relações consumerista, é que a fragilidade do consumidor intensificou-se na mesma proporção do processo de industrialização e massificação das relações no mercado de consumo, ocorrido, especialmente, nas décadas posteriores ao término da 2ª Grande Guerra.

A partir daí, o consumidor deixou de ser uma pessoa para se tornar apenas um número, constante dos bancos de dados, principalmente de lojas e empresas de vendas varejistas. Surgem, diariamente, novas técnicas e procedimentos abusivos de venda de produtos e serviços. As publicidades, a cada dia, informam menos e, em proporção inversa, se utilizam de métodos sofisticados de *marketing*, o que resulta em alto potencial de indução a erro do destinatário da mensagem e, até mesmo, na criação da necessidade de compra de bens diversos.

Os contratos, por sua vez, não são discutidos na fase de formação, já vêm prontos, que são os contratos de adesão, e neles, constam várias disposições que se traduzem em vantagens exageradas para o fornecedor. Isso se tornou regra. Outro ponto, que vale ser mencionado, é que muitos produtos, em virtude de sua produção em série, apresentam vícios e defeitos, o que é facilmente constatado nos produtos eletrodomésticos, eletroeletrônicos, móveis e utensílios domésticos, o que por vez, e não são raras, tornando-os absolutamente impróprios aos fins que se destinam, até mesmo nocivos à saúde e à segurança do consumidor.

O avanço da tecnologia conduz ao oferecimento de serviços e bens cada vez mais complexos, gerando um *déficit* informacional e, conseqüentemente, dificuldades de uma escolha madura e consciente do consumidor, que sempre é levado por propagandas maciças nos meios de comunicação.

A *vulnerabilidade*, entretanto, não deve ser confundida com *hipossuficiência* – pressuposto processual para inversão do ônus da prova, conforme dispõe o artigo 6º, VIII, do CDC, “a facilitação da defesa de 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 experiências”. Dessa forma, vai além de

mero reflexo de uma desigualdade econômica, existente, via de regra, entre empresário e adquirente dos produtos e serviços.

Esclarecendo, porém, que o ônus da prova é aquele em que incumbe a parte provar o que alega. Em geral, como já se sabe, a quem ajuíza uma ação. Quanto ao reconhecimento da situação de desigualdade entre consumidor e fornecedor fez com que o CDC atribuísse ao juiz da causa o poder de transferir para o fornecedor a obrigação de provar que não lesou o consumidor. Isso porque se sabe que o fornecedor é quem tem o domínio do conhecimento tecnológico a respeito do produto ou serviço que está sendo colocado no mercado. O Código introduz essa regra para compensar a vulnerabilidade do consumidor que, quase sempre, fica inibido perante exigências que lhe são colocadas quando pretende buscar a Justiça.

Em algumas situações, pode-se ver que o conflito de consumo se refere a um produto de pequeno valor e à onerosidade de uma prova que exija conteúdo, sendo que o auxílio técnico pode não compensar. Outras vezes, mesmo diante de um grande prejuízo, a prova pode ter sido destruída em um acidente de consumo, inviabilizando a comprovação. Todos esses fatores inibem a ação do consumidor.

Sendo assim, toda vez que a alegação do consumidor for verossímil, ou seja, razoável diante da experiência comum, ou for ele hipossuficiente, isto é, perante os meandros técnicos do produto e da fabricação ele não tiver condições de provar, o CDC atribui ao juiz tal dever de inversão do ônus da prova. Em outras palavras, significa que, ao invés do consumidor provar que foi lesado, o fornecedor é que terá de provar que não praticou dano.

José Geraldo Brito Filomeno diz que é reconhecida a vulnerabilidade do consumidor. Sendo assim, preleciona o doutrinador, na mesma linha de raciocínio, que neste caso, pode haver inversão do ônus da prova, ficando a cargo do réu demonstrar a inviabilidade do fato alegado pelo autor. No entanto, ressalta Filomeno que a referida inversão não é obrigatória, mas faculdade judicial, desde que a alegação tenha aparência de verdade, ou quando o consumidor for hipossuficiente, isto é, exige, neste último caso, que ele não tenha meios para custear perícias e outros elementos que visem demonstrar a viabilidade de seu interesse ou direito.⁷⁰

⁷⁰ FILOMENO, ob. cit. p. 302.

Como se pode ver o consumidor como parte, via de regra, hipossuficiente, merece a tutela jurisdicional que lhe é conferida pela Lei Maior e pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, necessário se faz que seja abordado em capítulo seguinte, sobre o acesso à justiça, pois esta é questão relevante neste trabalho.

4. ACESSO À JUSTIÇA E GARANTIAS PROCESSUAIS

Antes de adentrar no tema deste capítulo, viu-se no anterior sobre a hipossuficiência do consumidor, sua vulnerabilidade causada pela fragilidade que ele apresenta diante de um conflito, dada por relação de consumo.

Partindo desse ponto – hipossuficiência – tudo leva a pensar, como consequência que esta basta como requisito para que o consumidor possa, em pleno gozo de seus direitos constitucionais, pleitear o acesso à justiça de forma gratuita.

Entretanto, é necessário que se faça nesse momento, a distinção entre *Assistência Judiciária* e *Justiça Gratuita*, pois se a princípio não existe diferença no emprego dos termos, é bom que se saiba que existe tal distinção.

Num primeiro momento, recorre-se aqui, ao art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal que assegura aos que demonstram insuficiência de recursos *assistência jurídica integral e gratuita*. Têm-se aqui duas figuras distintas, sendo a primeira, *assistência jurídica gratuita*, com nítida impressão de corresponder a todos os serviços, sejam judiciais ou extrajudiciais, tais como: consulta, orientação, representação em juízo, isenção de taxas, entre outras; a segunda refere-se à *assistência judiciária*, prestação de todos os serviços necessários à defesa do assistido em Juízo. Entre essas duas figuras, vislumbra-se a existência de uma terceira via, os benefícios da justiça gratuita, de abrangência mais restrita, que engloba a isenção do pagamento de custas e despesas judiciais relativas aos atos processuais.

José Cretella Junior dirimindo a questão da diferença entre a *assistência judiciária* e a *justiça gratuita*, entende que

Denomina-se assistência judiciária o auxílio que o Estado oferece – agora obrigatoriamente – ao que se encontra em situação de miserabilidade, dispensando-o das despesas e providenciando-lhe defensor, em juízo. A lei de organização judiciária determina qual o Juiz competente para a assistência judiciária; para deferir ou indeferir o benefício da justiça gratuita, competente é o próprio Juiz da causa. A assistência judiciária abrange todos os atos que concorram, de qualquer modo, para o conhecimento da justiça – certidões de tabeliães, por exemplo -, ao passo que o benefício da justiça gratuita é circunscrito aos processos, incluída a preparação da prova e as cautelares. O requerente, antes de entrar com a ação, em juízo, deverá solicitar a assistência judiciária.⁷¹

⁷¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 1806.

Igualmente, Ernesto Lippmann entende que a assistência judiciária não se confunde com justiça gratuita, distinguindo-as dessa forma,

A primeira é fornecida pelo Estado, que possibilita ao necessitado o acesso aos serviços profissionais do advogado e dos demais auxiliares da justiça, inclusive os peritos, seja mediante a defensoria pública ou da designação de um profissional liberal pelo Juiz. Quanto à justiça gratuita consiste na isenção de todas as despesas inerentes à demanda e é instituto de direito processual.⁷²

E, ainda para Ernesto Lippmann ambas são essenciais para que os menos favorecidos tenham acesso à justiça, pois ainda que o advogado que se abstenha de cobrar honorários ao trabalhar para os mais pobres, diz o autor, “faltam a estas condições para arcar com outros gastos inerentes à demanda, como custas, perícias, etc. Assim, freqüentemente, os acórdãos, ao tratar da justiça gratuita, ressaltam seu caráter de Direito Constitucional.”⁷³

Entretanto, é notório que a justiça anda meio ineficaz por vários motivos, seja pela sua morosidade, seja por deficiência de seus meios, estes parecem ser os motivos mais fortes e, de maneira especial pode ser apontado ainda, pela dificuldade de acesso da maioria da população, mesmo sendo previsto como direito indeclinável, pela via constitucional, que tutela e garante os direitos de todos os cidadãos, inclusive por tratados internacionais.

Tudo isso, causa, sem sombra de dúvida, obstáculos a serem transplantados pelo sistema judiciário, o que não é tarefa fácil. As demandas, por exemplo, são demoradas, em função da burocracia que aumenta cada vez mais e ao grande número de recursos existentes, principalmente os protelatórios, que são, via de regra, os mais numerosos. Porém, não se pode deixar de dizer que o acesso à justiça é um dos direitos mais básicos, inerentes aos cidadãos brasileiros.

Contudo, não se pode falar sobre acesso à justiça, sem abordar um pouco sobre cidadania, pois existe uma relação intrínseca entre cidadania e acesso à justiça, sendo este, um direito fundamental de todo cidadão e um importante instrumento de demonstração de cidadania.

⁷² LIPPMANN, Ernesto. *Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: LTR, 1999. p. 379.

⁷³ LIPPMANN, Ernesto. Ob. cit. p. 379.

Como conceito moderno, segundo Aurélio Buarque de H. Ferreira, cidadão, é “o indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado.”⁷⁴ Já Sérgio Sérvula da Cunha (2002) conceitua cidadão, como “o membro de sociedade política.”⁷⁵

Uma definição mais ampla de cidadão é dada por Jaime e Carla Bassanezi Pinsky (2003), na qual afirmam que

Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar do destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à saúde, a uma velhice tranqüila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais.⁷⁶

Dos conceitos emitidos, extrai-se que a palavra cidadão compreende a realização do indivíduo através da fruição de seus direitos e sua participação na sociedade. Então, percebe-se a íntima relação entre cidadão – cidadania, pois esta, na sociedade contemporânea, é considerada por Sérgio Sérvula da Cunha como o “conjunto de atributos do cidadão, é a relação entre a pessoa e a sociedade política a que pertence.”⁷⁷

Assim, conceituar ou definir cidadania, neste momento, não é muito fácil, mesmo porque, entende-se que não há, de fato, um conceito formal que se possa dar ao termo cidadania. Entretanto, não menos importante, Jaime Pinsky ressalta que

Cidadania pode ser qualquer atitude cotidiana que implique a manifestação de uma consciência de pertinência e de responsabilidade coletiva. Nesse sentido, exercer a cidadania tanto é votar como não emporcalhar a cidade, respeitar o pedestre nas faixas de trânsito e controlar a emissão de ruídos.⁷⁸

A cidadania vale dizer, teve grande seu momento de maior relevância, no momento em que passou a ser considerada por autores clássicos do liberalismo. Segundo João Carlos Palma Filho⁷⁹ nessa época surgiu então, a “fase dos direitos civis, centrada na liberdade individual, no direito de ir e vir, na liberdade de imprensa, na liberdade de pensamento e de

⁷⁴ FERREIRA, A. B. Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 403.

⁷⁵ CUNHA, Sérgio Sérvula da. *Dicionário compacto de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

⁷⁶ PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003. p. 9.

⁷⁷ CUNHA, Sérgio Sérvula da. Ob. cit. p. 43.

⁷⁸ PINSKY, Jaime. *Cidadania e educação*. São Paulo: Contexto, 1998. p. 19.

⁷⁹ PALMA FILHO, João Cardoso. *Cidadania e educação*. Cadernos de pesquisa, n. 104. Fundação Carlos Chagas, São Paulo: Lis gráfica e editora, 1998, p. 109.

fé, no direito à propriedade, à justiça, e no direito de contrair direitos e obrigações por meios de contratos livremente estabelecidos”.

Todos esses direitos eram inerentes ao homem, e como tal, necessários para a constituição de uma sociedade soberana na quais todos deveriam gozar desses direitos, os quais hoje, são tutelados pela Carta Política de 1988. No entanto, esses direitos apesar de serem considerados necessários ao homem, tinham conotação ideológica, e visavam apenas a alcançar a aristocracia e a igreja, as quais ditavam normas e regras aos cidadãos da época. “Foi somente a partir do século XVIII para o século XX, na Europa, que de fato, a população começou a ter tais direitos e deles usufruir, mas nota-se que o alcance dos cidadãos a esses direitos, era apenas parcial, quando então, começam – os cidadãos – a participarem efetivamente das decisões da nação, começam a ter direitos ao voto, participante do corpo político dirigente.”⁸⁰

Fábio Konder Comparato entende que, no ‘Estado Social’, a cidadania toma outro enfoque, considerando que o povo passa a ter a oportunidade de participar do processo de desenvolvimento social. A partir daí, a idéia de igualdade social torna-se pedra fundamental no sistema jurídico do Estado de Bem-estar social.⁸¹

Sendo a igualdade social, pedra fundamental num Estado democrático, reporta-se então, à realidade brasileira que é praticamente o oposto dessa afirmativa de Fábio Konder Comparato, pois o que se vê atualmente no Brasil, é um estado de total desigualdade. O analfabetismo ainda é muito grande, principalmente em regiões mais longínquas do país.

4.1 Justiça e realidade sócio-econômico-política no Brasil

É importante comentar sobre a realidade sócio-político-econômica do Brasil, para que se possa argumentar sobre a atual estrutura dos Poderes e adequada organização da justiça, almejando uma correta estratégia de canalização e resolução de conflitos e que se possa organizar convenientemente os instrumentos processuais preordenados à realização efetiva de direitos.

⁸⁰ PALMA FILHO, ob. cit. p. 110-111.

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A nova cidadania*. São Paulo: Lua Nova, n. 28/29, 1993. pp. 92-93.

Isso porque, sem a devida estruturação dos Poderes, não se organiza uma justiça para uma sociedade abstrata, e sim para um país de determinadas características sociais, políticas, econômicas e culturais. Pode-se considerar, por exemplo, a realidade brasileira marcada por contradições sociais, econômicas, políticas e regionais.

Kazuo Watanabe comenta que o intervencionismo estatal vem assumindo relevo cada vez maior, é muito mais uma resultante dessas contradições do que de uma estratégia bem traçada de algum partido político ou de um grupo ideológico incrustado no poder. As estatizações de algumas empresas são decorrências mais do desmazelo, da incapacidade e das dificuldades financeiras. Não são conseqüências como alguns supõem de política de nacionalização e estatização da economia nacional planejada por algum governo de esquerda.

82

Neste aspecto, a intervenção do Estado demonstrada pela retomada de algumas atividades econômicas produtivas ou em regulação e fiscalização de atividades privadas, atende muito mais à preocupação de superar as dificuldades sociais e econômicas que o acometem.

Logo, a crise econômico-financeira que o Brasil enfrenta é, em parte, fruto da conjuntura internacional e, em parte bem maior, dos problemas estruturais de organização política, de distribuição de renda, de produção, de estrutura fundiária e de estratégia inadequada de canalização e de resolução dos conflitos decorrentes de toda essa desorganização social. O legislador vem optando por métodos cada vez mais avançados na resolução de conflitos de interesse, entre eles podemos citar os Juizados de Pequenas Causas e até mesmo na esfera administrativa o PROCON.

Basicamente, a estratégia tem consistido em concessão de novos direitos sociais às classes sociais em geral e em especial às classes mais desfavorecidas, que não vêm alcançando o objetivo esperado.

Kazuo Watanabe esclarece que

⁸² WATANABE, Kazuo. "Acesso à justiça e a sociedade moderna." in: WATANABE, Kazuo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. (Coord.) *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988. pp. 98.

os direitos sociais outorgados como meio de aliviar as tensões sociais têm sido considerados como pontos de referência, por parte de segmentos da sociedade cada vez mais organizados, alguns deles emergentes em data bem recente, como os “bóias-frias” e os sem-terra” agrícolas e urbanos, para postulação de novos benefícios e direitos, cujo atendimento reclama do Estado mais gastos e novos expedientes de arrecadação de recursos, que significam mais intervenção estatal na esfera jurídica dos cidadãos.⁸³

Entretanto, muitos desses direitos não são honrados, de todo ou parcialmente, o que tem gerado conflitos de interesses, muitos dos quais encaminhados ao Poder Judiciário.

Demais disso, a promessa de aplicação de inúmeros direitos sociais, com os pertinentes à habitação e ao emprego, por exemplo, vem gerando expectativas e ansiedades sociais. Mais do que isso, vem criando, nos mais humildes, a consciência do direito a uma vida de melhor qualidade, pois os discursos políticos que ouvem são todos nesse sentido.

A conseqüência do não cumprimento dessas promessas tem sido o enfraquecimento de certos direitos subjetivos, como o de propriedade, que são confrontados, num discurso político bem elaborado, com os direitos de vida e de saúde, constitucionalmente assegurados, e também com o caráter social da propriedade. As invasões de propriedade e a desobediência civil, conflitos que põem à mostra a constrangedora impotência do Judiciário, são decorrência imediata desse estado de coisas.

O Estado brasileiro é, portanto, um grande gerador de conflitos. Além desses conflitos mencionados, inúmeros outros têm sido provocados pelo Estado em vários campos de atuação, principalmente nas áreas fiscal, administrativa e do consumidor.

Diante da sobrecarga do Judiciário, cada vez mais se buscam meios alternativos de resolução de conflitos, como as conciliações extrajudiciais efetuadas pelos (PROCON). Uma vez não sendo solucionado esses conflitos, o consumidor é encaminhado ao Poder Judiciário, cuja carga de serviços se agiganta cada vez mais. As várias demandas que a ele afluem apresentam, num dos pólos, principalmente no passivo (na condição de réu), o Estado ou uma de suas emanções (autarquias, empresas públicas ou sociedade de economia mista).

Acrescente, ainda, que a necessidade de intervir cada vez mais e com urgência (nem sempre bem justificada) tem feito com que o Estado, isto é, o Executivo, valha-se de inúmeros

⁸³ WATANABE, Kazuo. Ob. cit., pp. 99-100.

instrumentos, um dos quais é o direito. E o direito de rápida elaboração e fácil manejo, que são os extintos Decretos-Lei e os regulamentos, portarias, instruções, pareceres normativos.

O direito é utilizado como instrumento de governo e como ética apenas da eficiência técnica, como já ficou observado, e com isso o executivo além de cometer a invasão da esfera política de outro Poder, que é o Legislativo, vem introduzindo uma prática antidemocrática de todo incompatível com o apregoado ideário da “Nova República”. Isso, sem falar nas ilegalidades e até inconstitucionalidades que são perpetradas por essas atividades legiferantes, que ignoram até mesmo o tão decantado princípio da hierarquia das leis.

Além desses conflitos causados pelo próprio Estado, inúmeros outros ocorrem na sociedade brasileira nos vários campos da atividade humana. Muitos deles são conseqüência das várias contradições sociais, políticas, econômicas e regionais que caracterizam o país. Outros são decorrentes da vida de relação normal que se desenvolve em qualquer sociedade. Estes e aqueles podem assumir configuração interindividual ou contornos coletivos.

Exceção feita a algumas demandas coletivas⁸⁴, todas as demais são tratadas como se tivessem configuração interindividual e as técnicas processuais a elas aplicadas são as tradicionais, consistentes em atomização e solução adjudicada dos conflitos. Sem dúvida alguma, a organização da Justiça no Brasil está, em muitos pontos, dissociada dessa realidade social que nos cerca.

As diferenças sócio-culturais e econômicas, principalmente nas camadas mais baixas da sociedade, impingem a essas pessoas a ignorância, a exclusão, e distancia-as da justiça, em caso de necessidade. O exercício da cidadania fica, portanto, igualmente, ausente da vida desses indivíduos. Muitos dos direitos fundamentais inerentes ao homem ficam da mesma forma, desconhecidos por eles.

Assim, é conseqüente a falta de compreensão da cidadania, pois esta se adquire na escola e por meio do conhecimento sobre os direitos fundamentais, que a partir da Constituição Federal de 1988, o caráter de inclusão dos indivíduos e sua integração social está explícito. Forma-se o entendimento de que a base da cidadania é, sem dúvida, os direitos fundamentais contidos na Carta Magna. Conseqüentemente, as garantias de tais direitos e sua conscientização e efetivação é pressuposto da cidadania. Do contrário, tudo isso torna um

⁸⁴ as chamadas “ações civis públicas” e ação popular.

mero discurso, tornando seu significado e sua prática uma lacuna na vida dessas pessoas. Dentro desses direitos, está o acesso à justiça, direito este, pilar dos demais, que assegura outros direitos previstos na Carta Política do Brasil.

Sob essa ótica, cidadania, então, compreende toda e qualquer atitude do cidadão, é exercício de seus direitos, mas também exige um querer, da mesma forma que goza de todos os direitos inerentes a ele – deve ter também deveres e responsabilidades, para que sua participação na sociedade tenha efetividade política, seja conscienciosa nas decisões que envolvem o presente e o futuro de seu *habitat*.

Para passar à matéria, objeto desse capítulo não poderia deixar de citar Hanna Arendt ao formular o conceito de cidadania, que se tornou universal, não estando esta adstrita ao território ou nacionalidade, considerando-a como o

“direito a ter direitos, ou seja, direito humano fundamental que dá origem a outros direitos. Considera, ainda, a cidadania, uma qualidade do ser humano. No entanto, precisa ser conquistada. Para ela, o ser humano não nasce cidadão, mas, torna-se cidadão”.⁸⁵

Resumindo, todo cidadão é sem dúvida, membro de uma comunidade a que pertence; ser cidadão é ter responsabilidades, é respeitar o outro dentro do seu espaço observando as linhas limítrofes, é manter o meio ambiente saudável, é enfrentar relações conflituosas com ética, é trabalhar em prol da melhoria de sua comunidade; em fim, ser cidadão é ser indivíduo imbuído na coletividade, é defender seus interesses, nos interesses da nação, é exercer seus direitos conforme seus deveres, num Estado Democrático de Direito; dentre esses direitos, está o acesso à justiça.

4.2 Acesso à justiça

Num primeiro momento, mister se faz saber o que é Justiça, para melhor entendimento desse tópico no qual será tratado sobre acesso à justiça, propriamente dito.

Entende-se que a matéria tem significado relevante buscando compreensão a respeito de seu sentido e de sua função. Isso porque, se se pensar na base originária do Direito, pode-

⁸⁵ ARENDT, Hanna, 1987 in: PALMA FILHO, João Cardoso. *Cidadania e educação*. Cadernos de pesquisa, n. 104. Fundação Carlos Chagas, São Paulo:Lis Gráfica e Editora, 1998, p. 101-121.

se ver que suas regras são elaboradas para atingir a boa convivência social, de forma mais justa possível para todos os componentes da comunidade.

Paulo Nader, na filosofia do Direito, nos dá uma noção de que ao criar modelos de comportamento social à luz dos valores de conservação e desenvolvimento do homem, o Direito torna possível a convivência e participa, por sua importância e como área definida do saber, na ordem geral das coisas. Como objeto do conhecimento, não pode ser considerado parte destacada da realidade e cultivado isoladamente. A sua compreensão precisa ser alcançada na visão universal dos fatos e fenômenos. É certo que o seu conhecimento científico atende às exigências operacionais de criação, exegese e aplicação, mas revela-se insuficiente para preservar a plena correspondência entre os conteúdos normativos e a idéia do *ius*.⁸⁶

Por isso mesmo, entende-se que nem tudo que está dentro do Direito é justo, é na Justiça e por meio dela, que as normas devem prevalecer para atingir o bem-estar social, observando, que esse é o princípio do chamado Direito Natural, aquele que emana do ser humano desde seu surgimento no universo. Em outras palavras, o Direito, segundo Paulo Nader, do ponto de vista histórico, não foi uma criação da Ciência nem da Filosofia. Surgiu como evidência imperiosa, revelada pela natureza humana.⁸⁷ Entende-se, portanto, que tais considerações são relevantes, pois deixam clara a preocupação com a garantia ao acesso à justiça, que se faz presente a todos os cidadãos brasileiros.

Advém daí, a Justiça, que segundo estudiosos, foi tida como a primeira virtude das sociedades e dos indivíduos. A exemplo de Platão que considerava que a Justiça era a combinação harmoniosa das três maiores virtudes do homem, que são: a sabedoria, a coragem e a temperança; e por analogia, no Estado, onde se acredita que existem todas as componentes da justiça e para sua aplicação, contendo todas as peças de uma máquina bem construída, cada qual está em seu devido lugar, para desempenhar a função específica para a qual todas elas foram planejadas.⁸⁸ É assim a prática do justo ou a razão de ser do próprio Direito, pois que por ela se reconhece a legitimidade dos direitos e se restabelece o império da própria lei.

É ainda interessante que se diga sobre as categorias nas quais a Justiça pode dividir-se. A primeira, a justiça atributiva, que indica a distribuição entre os particulares do que é comum

⁸⁶ Direito

⁸⁷ NADER, Paulo. Ob. cit. p. 21.

⁸⁸ RUNES, Dagobert D. *Dicionário de filosofia*. (Trad.) Lisboa: Presença, 1990. p. 212.

a todos ou a repartição proporcional de acordo com a necessidade e a capacidade de cada qual.⁸⁹ O que significa dizer que é a ordenação própria das instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, de maneira que exista uma distribuição justa ou equitativa dos benefícios e dos encargos decorrentes da ordem social.

A segunda é a justiça comutativa, que “é a atribuição de igualdade de relações entre os particulares, adequando-se coisa a coisa, de molde a realizar igualdade matemática”⁹⁰, ou seja, a que envolve transações entre duas pessoas.

Em tese, realmente, parece ser fácil resolver quaisquer conflitos e, ou problemas que surgem e se estabelecem no âmbito da sociedade contemporânea, aplicando-se simplesmente o que se entende por direitos naturais do ser humano e por justiça, numa combinação harmoniosa. Entretanto, quando se chega na prática, os caminhos a serem seguidos são mais tortuosos e porque não dizer, mais conflituosos. O pior dos entraves no caminho em busca da justiça é a burocracia que se instalou no seio do Judiciário e ao que parece, está longe de ser, pelo menos equacionado.

No entanto, existem estudiosos que procuram encontrar melhores soluções para aplicação efetiva da justiça. Cumpre, nessa linha de raciocínio, dizer que é de fundamental importância a “facilitação” aos cidadãos brasileiros, que o Estado possibilite a todos resolverem seus litígios, seja pelo Poder Judiciário, seja por meios paralelos apaziguadores de conflitos, o que é essencial na sociedade contemporânea, para uma convivência harmoniosa, conseqüentemente promovendo a minimização das tensões no âmbito de comunidades geradoras de violência e mal-estar social.

Assim, com a noção de Justiça, abordar sobre o acesso à justiça não é tarefa fácil, em função de uma indagação constante na sociedade civil, considerando que o sistema jurídico brasileiro é moroso em suas decisões e deixa claro as lacunas nele existentes. A quem se destina a justiça brasileira, a que preço este sistema funciona. Essa indagação sai da esfera civil e chega aos operadores do direito, aos juízes e promotores “em razão de uma invasão

⁸⁹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 811.

⁹⁰ SILVA, De Plácido e. ob. cit. p. 811.

sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros”⁹¹

É evidente que a sociedade moderna assume uma complexidade cada vez maior, não apenas na estrutura da sociedade e nas atividades econômicas pela multiplicidade de campos de atuação e pelos conhecimentos especializados que tais atividades reclamam, como também o cidadão em suas diversas atividades cotidianas e em sua vida de relação presidida pela economia de massa, regulada por um cipoal de leis e orientada por uma massa assistemática de informações de todas as espécies, muitas delas orientadas para um incontrolável consumismo.

Para piorar tudo isso se tem, ainda, a incrível velocidade em que se processam as transformações sociais no mundo contemporâneo, cuja percepção foge até mesmo ao segmento mais instruído da sociedade.

Sobre isso, Kazuo Watanabe aponta que esse estado de coisas tem gerado algumas conseqüências importantes, como:

a) incremento assustador de conflitos de interesses, muitos dos quais de configuração coletiva pela afetação, a um só tempo, da esfera de interesses de um grande número de pessoas, b) impossibilidade de conhecimento da existência de um direito, mormente por parte da camada mais humilde da população e c) impossibilidade de avaliação crítica do sistema jurídico do País, somente factível através de pesquisa permanente feita por especialistas de várias áreas e orientada à aferição da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica a que se destina.⁹²

Continua o autor afirmando que todos esses aspectos e outros mais, como o concernente à correta preordenação dos instrumentos processuais, devem ser corretamente enfrentados para que o ideal de acesso à justiça, como a abrangência acima mencionada, possa ser plenamente atingido.

Nessa mesma linha de raciocínio, Ada Pellegrini Grinover entende que

Como programa de reforma, o verdadeiro acesso à Justiça significa buscar os meios efetivos que façam as partes utilizarem plenamente o Estado na solução dos seus conflitos. E de todos os conflitos, mesmo daqueles que até agora não têm sido levados à Justiça. Faça-se aqui menção, de passagem,

⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. (trad. Ellen G. Northfleet) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

⁹² WATANABE, Kazuo. ob. cit., 101.

aos grandes conflitos metaindividuais⁹³, superindividuais, que contrapõem grupo contra grupo, e para os quais o nosso instrumental do processo ainda parece ineficiente; e, de outro lado, aos pequenos litígios, àquelas causas que, por outras razões, até agora também têm sido retiradas da apreciação do Poder Judiciário [...] Pois é nesse amplo quadro, delineado na necessidade de o Estado propiciar condições, a todos, de igual acesso à Justiça, que eu vejo situada a assistência judiciária.⁹⁴

No entanto, observa-se que as crescentes mudanças ocorridas na sociedade moderna ignoram a “intromissão” desses “invasores”. Entretanto, deve-se respeitar seus enfoques e não reagir contra eles, pois estes podem ser grandes aliados, nessa batalha histórica que é o *acesso à justiça*.

Cappelletti e Garht reconhecem a expressão *acesso à justiça* de difícil definição, mas ponderam que serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob o “patrocínio” do Estado.⁹⁵

De um lado, o acesso à justiça deve ser igualmente acessível a todos, por outro, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos. O que será focado neste capítulo será o acesso à justiça, um direito de todos, sem contudo, ignorar ou mesmo desprezar o outro, entendendo que a justiça social, tal como é desejo da sociedade brasileira, em geral, pressupõe o acesso efetivo.

Considerando as limitações existentes em algumas garantias constitucionais, intrinsecamente ligadas ao devido processo legal têm uma finalidade, que é o acesso à justiça. Dessa forma, é por meio do processo justo, pactuado “com meios adequados e produtor de resultados justos”, dando a tutela jurisdicional a quem tem razão e, por conseguinte, negando-a, quem não a tenha. Entende-se ser injustificável a preocupação exacerbada com o processo, não fora para configurá-lo como autêntico instrumento de condução à ordem jurídica justa. Tal é o que se propõe quando se fala em processo civil de resultados.

Em se tratando de processo civil de resultados, Cândido Rangel Dinamarco, menciona que

⁹³ Coletivos ou difusos.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 245.

⁹⁵ CAPPELLETTI e GARTH, ob. cit. p. 7.

tutela jurisdicional nos termos assim propostos tem ainda o valor de realçar a distinção entre ela própria, que é algo praticamente significativo na vida das pessoas, e a mera garantia da ação: esta é outorgada pela Constituição e pela lei aos titulares de pretensões insatisfeitas, independentemente de terem ou não terem razão – desde que presentes os requisitos para que o Juiz possa dispor a respeito. Ter ação é somente ter direito ao provimento jurisdicional, ainda que este provimento seja desfavorável ao autor, dando tutela jurisdicional ao seu adversário (demandas julgadas improcedentes). Bem vistas as coisas, portanto, o realce dado ao direito de ação pela doutrina tradicional era também reflexo de uma postura introspectiva em que o sistema processual parecia ser um objetivo em si mesmo, sem preocupações com os objetivos a realizar, ou seja, sem se preocupar com os resultados que dele esperam a sociedade, o Estado e os indivíduos.⁹⁶

Hodiernamente, vem sendo fortalecida no âmbito do Direito Processual a idéia do processo civil de resultados. Busca-se por meio dessa consciência um valor maior que reside na capacidade de propiciar resultados satisfatórios ao sujeito que se encontrava antes do processo.

Nessa perspectiva, Cândido Rangel Dinamarco ressalta,

"que não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações infelizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada."

Dentro do possível o processo deve proporcionar ao detentor do direito tudo aquilo que ele tem de receber, sob pena de perder a utilidade e, portanto, a sua legitimidade social. É com a idéia do processo de resultado que se visa alcançar a justiça social das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida. Daí a busca pela efetividade dos meios processuais para alcançar o acesso à justiça.

Diante disso, vale observar a posição de Cappelletti e Garth, dizendo que o conceito de acesso à justiça tem sofrido transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Dizem os doutrinadores que o acesso à proteção judicial significa essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed., vol. I, (revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002). São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 114.

ou contestar ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção.⁹⁷

Vale dizer que os direitos aqui referidos eram considerados antes da formação do Estado, os quais se referiam apenas a ele, não permitisse que os direitos não fossem infringidos por outros. Neste caso, o Estado permanecia inerte, ou melhor, passivo, com relação a problemas dos indivíduos, quando deveria reconhecê-los e defendê-los, efetivamente na prática.

Isso não mudou muito pelo que se vê diariamente. Os pobres ainda têm dificuldades no acesso à justiça, mesmo buscando a Defensoria Pública. Outro fator existente entre as partes litigantes é que há sempre aquela com mais dificuldade econômica de enfrentar o litígio e essa situação é fácil de ser verificada quando se trata de relações de consumo.

Pontes de Miranda comentando o artigo 72 do Código de Processo Civil de 1939, que acrescentava o ônus de alegar e provar rendimento ou vencimento que percebe e os seus encargos pessoais ou da família, anexando à petição atestado de pobreza (art. 74), localizava no texto a evidência de que o benefício não se vinculava à miserabilidade, só importando que a pessoa não possa pagar as custas e mais despesas do processo, ou, até parte delas (art. 79).⁹⁸

Entende-se sobre a ponderação feita pelo doutrinador, que, o indivíduo para alcançar o benefício da assistência judiciária, necessariamente não teria que viver miseravelmente, nem tão pouco viver da caridade pública, bastando apenas que mostrasse o seu direito em função da falta de meios para fazê-lo, indicando que os recursos, dos quais dispunham, eram imprescindíveis para o sustento familiar.

Assim, ao solicitar o acesso à justiça, pela da concessão do benefício, nos termos apresentados pela Lei 1.060/50, “interessa fundamentalmente que a situação econômica da

⁹⁷ Idem, *ibidem*.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código Civil (de 1939)*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1947. p. 288.

parte não lhe permita atender às despesas do processo, tornando irrelevante a renda da pessoa, porque as causas podem ser vultuosíssimas e sem recursos para elas o interessado.”⁹⁹

Ao lado do necessitado, na acepção legal do termo do artigo 2º, parágrafo único, e de quem se declara pobre, conforme artigo 4º, § 1º, há outra categoria de pessoas, na sociedade contemporânea de massas, reunidas sob a feliz designação de “carentes organizacionais”¹⁰⁰, merecedora de assistência jurídica e, conseqüentemente, do benefício da gratuidade.

Existem hipóteses em que a necessidade econômica é ignorada no patrocínio gratuito, a exemplo do artigo 261 do CPP impõe a designação de defensor ao réu, em harmonia com o disposto no artigo 5º, LXXIV, *in fine*, da Constituição, consagrando efetiva e completa assistência técnica ao acusado, pouco importando a possibilidade de pagar honorários.

O artigo 261 do CPC regula o incidente processual da impugnação ao valor da causa. Trata-se de incidente cuja instauração depende de peça própria do réu que veicule a pretensão impugnativa, já que seu oferecimento gera autos apartados que serão apensados aos da causa.

Segundo Antonio Cláudio da Costa Machado o fundamento do pedido de alteração do valor é o desrespeito ao critério fixado pelo artigo 259¹⁰¹ do mesmo Código, e seu acolhimento leva ao proferimento de decisão interlocutória atacável por agravo de instrumento.¹⁰² É possível o juiz, sem impugnação, ordenar a alteração do valor da causa se este foi fixado fora dos ditames de critérios legal expresso. Admite-se impugnação no corpo da contestação apenas em procedimento sumário.

Vale dizer que o artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988, não faz distinção entre pessoas físicas e jurídicas, no âmbito da assistência jurídica, que é mais abrangente do que a gratuidade.

O acesso à justiça pelas pessoas físicas não é tão simples, igualmente para pessoas jurídicas, vez que, segundo Alexandre de Moraes, citando decisão do STF – Supremo Tribunal Federal “A pessoa jurídica pode ser beneficiária da assistência judiciária gratuita

⁹⁹ TUCCI, Jorge Rogério Cruz e. (cols.) *Garantias constitucionais do processo civil*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 18.

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 247.

¹⁰¹ [...] na falta de critério legal, orientará o magistrado o seu prudente arbítrio sobre o qual seja a repercussão econômica da demanda. [...] e ainda, deverá o juiz, na ausência de alguma previsão constante no art. 259, VII, valer-se-á da interpretação analógica e extensiva para dar a máxima aplicação aos critérios neste estabelecidos.

¹⁰² Ver artigos 162, § 2o, 522 e 524 e ss. do Código de Processo Civil.

desde que demonstre a falta de recursos para arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, não bastando a simples declaração de pobreza. Com este entendimento, o Tribunal manteve decisão do Min. Marco Aurélio, Presidente, que indeferira o pedido de assistência judiciária gratuita formulado por pessoa jurídica sem devida comprovação da insuficiência de recursos.”¹⁰³

No entanto, preleciona Paulo Roberto de Gouvêa Medina que “o direito de ter acesso à Justiça segundo um processo justo e racional. Ora, ter acesso à justiça é ver reconhecida a cidadania na condição de jurisdicionado. Só isso basta para indicar o caráter constitucional do tema.”¹⁰⁴

Cappelletti e Garth acrescentam que o “acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.”¹⁰⁵

Sob essa ótica, tem-se entendido que o processo é um complemento das garantias fundamentais, como mencionado por Paulo Roberto de Gouvêa Medina (2004), “bem antes dessa tendência à constitucionalização do processo, que as modernas Constituições revelam”¹⁰⁶, complementando seu entendimento, citam-se dois juristas brasileiros, sendo eles Ministros do Supremo Tribunal Federal, que perceberam o estreito liame existente entre as normas processuais e as normas constitucionais.

Primeiramente, com bastante propriedade João Mendes de Almeida Júnior, já em 1920, escreveu:

As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juizes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos árbitros, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresa.¹⁰⁷

¹⁰³ STF – Pleno – Reclamação (AgR-ED) n° 1.905/SP – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 6 jun. 1997, p. 24.898 in: MORAES, Alexandre de. *Constituição Federal de 1988 Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 446.

¹⁰⁴ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI e GARTH, ob. Cit., p. 13.

¹⁰⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. ob. cit., p. 11.

¹⁰⁷ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal brasileiro*. vols. I e II, 3 ed. Rio de Janeiro: Batista da Silva, 1920. p. 9.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, João Barbalho em 1924, comentando o texto do artigo 72, § 15, da Constituição de 1891, observou, da mesma maneira que, “as leis do processo, são complementos das garantias constitucionais, ou antes, parte integrantes dela.”¹⁰⁸ Assim, era entendimento de ambos, sendo eles publicistas, que a Constituição, desde àquela época, encontra no processo mais do que um desdobramento de ordem legislativa. Vai além, “é a plena realização prática das garantias que institui.”¹⁰⁹ Com isso, entende-se ser oportuno abordar sobre o direito ao processo e o acesso à justiça matéria contida no próximo item.

4.3 O Direito ao Processo e o Acesso à Justiça

Na Europa Ocidental, embora tenha havido louváveis esforços para a introdução de medidas relativas à denominada regra da aceleração processual (*Beschleunigungs-prinzip*), a Corte europeia dos Direitos do Homem, durante os anos oitenta, reconhecendo o direito ao processo sem dilações indevidas, impôs reiteradas condenações a vários países, obrigando-os à indenização pelo dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda.¹¹⁰

A Convenção europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º, I, subscrita em Roma ao dia 04.11.50, prescreve que:

“Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

É incontestável que a partir desse diploma legal, o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo, independente, de todos os membros da coletividade à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, agora com acento constitucional inserido pela Emenda Constitucional n. 45.

Com esta alteração constitucional deverá ocorrer uma acentuada diminuição das demandas prolongadas, face à exigência determinada pelo constituinte. Dessa forma, os

¹⁰⁸ BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1924. p. 435.

¹⁰⁹ MEDINA, ob. cit. p. 10.

¹¹⁰ SANCHEZ-CRUZAT, José M. Bandres. “El Tribunal Europeo dos derechos del Hombre”. Barcelona: Bosch, 1983. p. 91. in: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, nº 66, abril/junho, São Paulo, 1992. p. 74.

atrasos processuais deverão ser vistos como quebra não só de uma regra processual, mas acima de tudo de uma garantia constitucional.

Nesse sentido é o que pondera José Antônio Tomé Garcia em relação às dilatações indevidas.

Os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilatações dependem da vontade das partes ou de seus mandatários.¹¹¹

A princípio, não se demonstra a possibilidade de fixar uma regra específica determinante das violações ao direito a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável. E, por isso, consoante a orientação jurisprudencial da Corte Européia dos Direitos do Homem, três critérios, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser levados em consideração para ser apreciado o tempo razoável de duração de um determinado processo. Por via de consequência, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilatação processual a partir da análise: a) da complexidade dos assuntos; b) do comportamento dos litigantes; e c) da atuação do órgão jurisdicional.¹¹²

Destaca-se a informação de José Antônio Tomé Garcia, no sentido de que, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Espanha, o grande volume de trabalho que pesa sobre determinados órgãos do Poder Judiciário pode servir para escusar os juízes e tribunais de toda a responsabilidade pessoal decorrente dos atrasos na prolação das decisões, mas, não suprime à evidência. O direito de reação dos cidadãos contra tais delongas e tampouco permite considerar tais dilatações como “não indevidas”, a menos que se comprove que se têm procurado todos os meios possíveis para evitá-las.¹¹³ Note-se que, mais recentemente, vários ordenamentos jurídicos salvaguardam em seus respectivos textos constitucionais *o direito ao processo sem dilatações indevidas*, inclusive no Brasil.

¹¹¹ Cf. GARCIA, José Antônio Tomé. “Protección Procesal de los Derechos Humanos ante los Tribunales Ordinarios”. Madrid: Monerco, 1987. p. 119. in: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilatações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, nº 66, abril/junho, São Paulo, 1992. p. 74.

¹¹² Cf. SENDRA, Gimeno. “Constitución y proceso.” p. 144 s; Sanchez-Cruzat. *El Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre*. p. 91. in: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilatações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, nº 66, abril/junho, São Paulo, 1992. p. 74.

¹¹³ GARCIA, Tomé. “Protección processal de los derechos humano ante los tribunales ordinarios”. p. 120-121. in: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilatações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de Processo*, nº 66, abril/junho, São Paulo, 1992. p. 74.

Em outro giro, é bom ressaltar que a crise na justiça sempre esteve relacionada à excessiva duração do processo. É bem verdade que dilação temporal das controvérsias cria uma certa descredibilidade na busca da tutela jurisdicional, ocasionando inconveniente para as partes.¹¹⁴

Nessa linha de raciocínio, Nicolò Trocker chega a afirmar que a justiça morosa é um grande mal social e por conseqüência,

provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo tem a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.¹¹⁵

Por certo, um processo longo beneficia, num primeiro momento, a parte rica em detrimento da mais desafortunada. a duração excessiva do processo constitui “fenômeno que propicia a desigualdade, é fonte de injustiça social, porque a resistência do pobre é menor da que o do rico: este, e não aquele, pode, de regra, aguardar, sem sofrer grave dano, uma justiça lenta.”¹¹⁶

Em decorrência disso, sustentam Andolina e Vignera que os jurisdicionados vêm com freqüência pela “fuga” dos tribunais, para buscar em outros meios alternativos (arbitragem ou transação extrajudiciais) a satisfação de seus direitos subjetivos.¹¹⁷

Apesar dos esforços que o legislador tem impingido na alteração processual para alcançar uma melhor celeridade processual, existe certa resistência por parte daqueles que pensam que estaria colocando em dúvida uma garantia constitucional maior “segurança jurídica”. É lógico que nos dias atuais a tendência é a busca por segurança/celeridade para garantir a justiça no caso concreto de forma ágil e célere.¹¹⁸

¹¹⁴ ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*. Torino: Giappichelli, 1990. p. 88.

¹¹⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milão: Giffre, 1974. pp. 276 e 277.

¹¹⁶ Cf. CAPPELLETTI, Mauro *Il Processo come Fenômeno Sociale di Massa, Giustizia e Società*. (Trad. Do autor) Milão: Comunità. 1977. p. 227.

¹¹⁷ ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. Ob. cit. p. 88, in: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. *Revista de processo*, n. 66, abril/junho, 1992. p. 73.

¹¹⁸ BATISTA DA SILVA, Ovídio A.. *Curso de Processo Civil*. v. 1, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987. p. 158.

A questão, entretanto, não poderá ser vista como uma ineficiência da administração da justiça, mas também de vetores de ordem política, econômica e cultural. É tanto que, no Brasil as controvérsias mais sensíveis colocadas em discussão sobre a morosidade da justiça são os interesses das classes dominantes, como explica Carlos Alberto Álvaro de Oliveira,

para esses litígios criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade: desigualdade de procedimento e desigualdade no procedimento.¹¹⁹

Diante desses acontecimentos, vem ocorrendo um clima de insatisfação nos mais diversificados extratos da sociedade com a morosidade da justiça.¹²⁰

Nessa mesma direção, extrai-se do ordenamento constitucional espanhol, Constituição de 29.12.78 dispõe, no art. 24, 2, que: “todos têm direito ao juiz ordinário determinado previamente por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, *a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias...*”

E, em âmbito supranacional, o art. 8º, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinala em San José, Costa Rica, em 22.11.69, preceitua, *verbis*:

“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...”

A orientação adotada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inserida pela Emenda Constitucional nº. 45 assegurou explicitamente a garantia do prazo razoável.

José Roberto dos Santos Bedaque, quando aborda sobre “Direito e Processo”, considera relevante, que antes mesmo do direito ao processo, necessário se faz, entender que

a natureza instrumental do direito processual impõem sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. [...] A tarefa principal do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também garantir sua satisfação. O ordenamento está efetivo quando, vigente a lei, seja ela espontaneamente acatada pelo destinatário, por encontrar correspondência

¹¹⁹ Cf. ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Procedimento e ideologia no Direito Brasileiro Atual*. Ajuris, 33/81. 1985.

¹²⁰ WATANABE, Kazuo. *Filosofia e características do Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. RT. 1985. p. 2.

na realidade social; ou quando a atuação se dá coercitivamente, através de medidas que substituem a atuação espontânea. Todos os fatos sociais juridicamente relevantes devem ocorrer em conformidade com a vontade geral e abstrata do legislador; de forma natural e coercitiva. [...] Por isso, o instrumento precisa ser desenvolvido a partir das necessidades peculiares a cada área de atuação. Primeiro verifica-se as necessidades, detectam-se os problemas, depois procura-se desenvolver instrumentos adequados.”¹²¹

Sabe-se que o direito ao processo tem caráter constitucional, tanto quanto o direito de ação, cuja fonte, segundo Paulo Roberto de Gouvêa de Medina, situa-se, igualmente, na lei fundamental.¹²² Isso porque, o direito de invocar a prestação jurisdicional há de ser exercido de acordo com as formas processuais, obedecendo a alguns princípios constantes da Constituição Federal vigente.

Um desses princípios é o princípio do devido processo legal, pressuposto e fundamento dos demais, estabelecido constitucionalmente que se adote um processo justo e racional, para que o direito de ação possa ser plenamente exercido, alcançando seu escopo, que é a atuação do poder jurisdicional.

Carlos Roberto de Siqueira Castro diz que este princípio

É considerado *mater* no que diz respeito às garantias processuais surgiu na Inglaterra, inicialmente sob a locução *law of the land*, resultado do documento imposto pelos barões ingleses ao Rei João, alcunhado “Sem terra”, início do Século XIII, tendo sido escrito em latim, a língua utilizada pela elite à época. Foi no entanto, no desenvolvimento do direito norte-americano que foram estabelecidos os limites do *due process of law* e incorporadas às 5^a. e 14^a. Emendas Constitucionais dos Estados Unidos da América.¹²³

Pode se extrair dessa afirmação que a origem do instituto o qualifica como uma garantia eminentemente processual e, assim, possibilita o exercício ao direito de defesa e contraditório, bem como o dever do Estado de informar o cidadão dos termos de qualquer acusação, podendo permanecer calado; ainda, concede o direito a advogado contratado ou público.

¹²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 17-19.

¹²² MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. ob. cit. p. 10.

¹²³ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 49.

E nesse sentido apenas processual que a doutrina brasileira, com honrosas exceções, vem entendendo a cláusula *due process*. O tipo de processo (civil, penal ou administrativo) é que determina a forma e o conteúdo da incidência do princípio. Sobre isso Nelson Nery Júnior (1992) aponta várias garantias decorrentes de sua aplicação,

a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comprometimento perante aos tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.¹²⁴

Segundo Ada Pellegrini Grinover citando Kazuo Watanabe ideal do acesso à justiça, consubstancia-se, portanto, no direito ao processo e este só efetiva quando aquele é plenamente realizado. A exata compreensão do acesso à Justiça não pode deixar, pois, de compreender uma idéia precisa do devido processo legal. Os contornos deste não de ser bem delineados para que se possa ter como assegurado o acesso à Justiça, que não significa, apenas, o ‘mero acesso aos tribunais’, mas traduz, necessariamente, o direito de acesso à “ordem jurídica justa.”¹²⁵

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de tudo, porém, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, com acerto acentua Mauro Cappelletti.

Hoje, lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos

¹²⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Const. Federal*. São Paulo: RT, 1992. pp. 34-35.

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. “O acesso à Justiça no ano 2000.” in: MARINONI, Luiz Guilherme. *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 1994. p. 31.

econômicos. A ética que predomina é a da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade.

Outrossim, existe uma preocupação com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo concreto. Já se disse alhures que para a aplicação de um direito substancial discriminatório e justo, melhor seria dificultar o acesso à justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça.

4.3.1 Tutela e garantia constitucional do acesso à justiça

Na Itália, ganhou força a idéia de extrair do sistema constitucional o princípio da efetividade da tutela jurisdicional. Essas regras sustentam a importância do princípio da efetividade da tutela. Neste aspecto, é de ressaltar o artigo 6º. da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem, ratificado naquele país em 1955, pela Lei 848. Sob este prisma é importante frisar que a ineficácia do processo equivaleria à inexistência de regras gerais e pré-determinadas, sujeitando o retorno à regra do feudalismo.

Luigi Paolo Comoglio, menciona que “daí decorre a idéia de efetividade como garantia fundamental do processo, a ser extraída dos princípios constitucionais que constituem os fundamentos do sistema processual brasileiro.” Trata-se, sem dúvida, diz o doutrinador de componente inafastável das garantias constitucionais do processo.¹²⁶ Sendo assim, não é suficiente assegurar a existência de mecanismo adequado à solução de controvérsias, se as pessoas não tiverem efetivo acesso a ele.

Segundo Vittorio Denti “reporta-se à decisão da Corte européia dos direitos do homem, segundo a qual não faz sentido regular corretamente o *iter processual* se não houver a prévia e concreta garantia de sua instauração.” E continua dizendo que

em razão disso, a inafastabilidade do Poder Judiciário não pode representar garantia formal de exercício da ação. É preciso oferecer condições reais para a utilização desse instrumento, sempre que necessário. De nada adianta assegurar contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, se a garantia de acesso ao processo não for efetiva, ou seja, não possibilitar realmente a todos meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo.¹²⁷

¹²⁶ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione e processo nel quadro”, p. 1.065. in: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72.

¹²⁷ Cf. DENTI, Vittorio. *La giutizia Civile*, p. 76. in: BEDAQUE, José Roberto dos Santos (2002). ob. cit., p. 73.

Nesse sentido, e principalmente em país onde crescem as desigualdades sociais, assume papel de relevo no rol de garantias do sistema processual a assistência judiciária gratuita, concedida a todos os que não tenham recursos suficientes para iniciar o processo (CF, art. 5º, XXXIV).¹²⁸

A técnica da ciência processual deverá ser superada, em prol de uma garantia maior que é a garantia constitucional do direito material pertencente a cada cidadão. O processo deverá servir de instrumento para a satisfação de um bem maior que é à liberdade à vida, à propriedade, sob pena de ser ineficaz em sua pretensão.

A questão não é tão simples assim, pois não basta dizer que todos têm direito de acesso ao Poder Judiciário, se o Estado não fornece os meios necessários para que este objetivo seja alcançado. Para Vittorio Denti, o verdadeiro problema não era o reconhecimento abstrato do direito de ação, mas a garantia do acesso concreto à tutela jurisdicional por parte das pessoas. Essa visão do direito de ação no campo constitucional revela preocupação, não apenas de cercá-la de um complexo de garantias objetivas para acesso à tutela, mas também em remover os óbices econômicos e sociais ao pleno exercício dos direitos pelas pessoas.

É por meio da tutela constitucional que se busca obter do Estado a satisfação de mecanismos eficientes de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a sofrê-la.

Não só se cuida, portanto, de direito ao resultado favorável, mas também de direito de acesso ao Poder Judiciário. É direito à efetividade da tutela, o que não significa assegurar o acolhimento da pretensão formulada, mas os meios adequados para que tal ocorra.¹²⁹

Cumprе salientar, finalmente, que o direito de ação e o direito de defesa constituem aspectos inerentes à garantia de acesso à justiça, o que significa que todos têm direito à via constitucional de solução de litígios, livres de qualquer óbice que possa comprometer a eficácia do resultado pretendido por aquele cujos interesses estejam amparados no plano do direito material. Esse é o significado da expressão “acesso à ordem jurídica justa”, que pretende representar o escopo máximo da atividade jurisdicional e de seu instrumento.

¹²⁸ Cf. DENTI, Vittorio. Ob. cit. p. 78 in: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. ob. cit., p. 78.

¹²⁹ Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione e processo nel quadro”, p. 1.076. in: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. ob. cit., p. 76.

Diante desta hipótese, pode-se afirmar que a tutela constitucional do processo constitui fator fundamental para a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos, que representa um dos aspectos do tema mais amplo da tutela dos direitos. Esta última compreende formas de tutela extraprocessuais, destinadas exatamente a evitar a necessidade de intervenção jurisdicional.¹³⁰

Analisada pelo prisma constitucional, a ação não se submete à disciplina de normas processuais. O poder de propor demandas, tal como regulado pelas regras infraconstitucionais de processo, certamente não se confunde com essa concepção de ação.¹³¹ Sendo assim, correto é o entendimento de que a garantia constitucional de ação deve envolver efetiva possibilidade de tutela das situações substanciais

A garantia da ação ou da inafastabilidade representa o acesso efetivo ao instrumento constitucional de solução de controvérsias. Quem o utiliza pretende obter, no plano substancial, um dos efeitos mencionados.

O acesso à justiça trata de direito fundamental, necessário para assegurar a efetividade dos demais direitos. A garantia constitucional deve contar com instrumentos adequados para solucionar os litígios em tempo razoável. Acesso à justiça representa, portanto, verdadeiro direito humano fundamental, considerado pela doutrina como de segunda geração.¹³²

Ademais, outros princípios relacionados ao Processo Civil também poderão ser indicados, como a proteção à igualdade entre as partes, o direito de ação, o direito de defesa e o contraditório. Assim, entende-se que a igualdade, o juiz natural, o contraditório, as provas, tudo estaria incluso no princípio do devido processo legal ou processo justo.

4.3.2 Isonomia

De Plácido e Silva diz que *isonomia*, na terminologia jurídica, exprime a igualdade legal para todos. E, assim, assinala o regime que institui o princípio de que “todos são iguais

¹³⁰ Cf. DENTI, Vittorio. “La giustizia civile”. p. 111 e p.112. in: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. ob. cit., p. 76.

¹³¹ Cf. DENTI, Vittorio. “La giustizia civile”, p. 116.

¹³² LAURINDO, Salvador Franco de Lima. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e de não fazer*. pp. 70-71.

perante a lei,¹³³ em virtude do que, indistintamente e em igualdade de condições, todos serão submetidos às mesmas regras jurídicas.¹³⁴

Segundo Maia Cecília Bodin de Moraes o conceito de igualdade é velho nos sistemas jurídicos, remontando à Grécia antiga, sendo construção dos seus filósofos. É verdade que, à época, o conceito somente era aplicado aos homens integrantes do núcleo de poder, excluindo-se os escravos, as mulheres, os estrangeiros.¹³⁵

No entanto, a democracia dos gregos, passou a utilizar o critério ampliativo de povo, apesar de referente patriciado, integrador daqueles que não possuíam títulos, riquezas ou favores pessoais dos poderosos.

Já na era moderna, houve uma forte contribuição das Revoluções americana e francesa que erigiram o princípio da igualdade como um dos seus pilares filosóficos. Evidentemente, “dada a sua origem burguesa e, portanto, individualista, o conceito passou a ser considerado apenas sob o aspecto formal, gerando desigualdades econômicas.”¹³⁶

Manoel Messias Peixinho observa que “no contraponto dessa visão ideológica, o modelo socialista passou a defender também a igualdade material ou substancial, com a intervenção do Estado para reequilibrar as relações econômicas.”¹³⁷

Paulo Bonavides esclarece que o direito à igualdade, conjuntamente com os direitos de liberdade e de fraternidade formam o ‘tripé’ do que foi denominado primeira geração dos direitos fundamentais ou direitos humanos.¹³⁸

No entanto, hodiernamente, o princípio da igualdade não tem sido bem aplicado pelos operadores do direito, pois mesmo considerando que os iguais têm que ser tratados dentro de suas ‘desigualdades’; portanto, cabe à justiça, tão somente à justiça, a aplicabilidade desse princípio, vez que, entende-se que nada, nem lei alguma prevalece à Constituição Federal.

¹³³ Cf. Constituição Federal de 1988, artigo 5o.

¹³⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 780.

¹³⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Direito Civil Constitucional. in: LACOMBE, Margarida Camargo (org.). *1988-1998 – Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 125.

¹³⁶ PEIXINHO, Manoel Messias, et. al. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 316.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 516.

Assim, é de pleno direito que todos, sem exceção tenham direitos iguais, principalmente no que tange ao acesso à justiça.

Isso porque, na Constituição Federal de 1988, convém lembrar, tal princípio está explicitado, sem a menor sombra de dúvida, mesmo que de maneira genérica, por isso, o mesmo deve ser aplicado às partes na relação processual, onde vem expressamente previsto no artigo 125, I do Código de Processo Civil, determinando que

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições desse Código, competindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdades de tratamento.

O que significa dizer que o magistrado embora receba da lei a função de dirigir, conduzir, comandar a relação processual e o *status* de *dominus processus*¹³⁹, nada faz senão sob estrita obediência ao direito processual, daí dizer-lhe que o “juiz é escravo da lei”.¹⁴⁰ A segurança jurídica do cidadão, no Estado de Direito, está principalmente na legalidade, que alcança a todos, e não na figura do juiz, embora este seja indispensável à preservação do direito e à tutela da liberdade.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, citando Kazuo Watanabe, pondera que mesmo quando se reduza ao mínimo suportável a chamada litigiosidade contida, restam ainda as dificuldades inerentes à qualidade dos serviços jurisdicionais, à tempestividade da tutela ministrada mediante o processo e à sua efetividade. Isso significa que não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também, indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo.¹⁴¹

Um eficiente trabalho de aprimoramento deve se pautar por esse trinômio, não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas, mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando injusta. Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e

¹³⁹ O senhor do processo.

¹⁴⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 4 ed. São Paulo: Manole, 2004. p. 169.

¹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed., vol. I, (revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002). São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. pp. 114-124.

efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica. Tal é mesmo um dever do juiz, estabelecido no art. 125, inc. II, do Código de Processo Civil.

Essas necessidades resolvem-se, resumidamente, num binômio composto pelos elementos quantidade e qualidade. Não basta aumentar o universo dos conflitos que podem ser trazidos à Justiça sem aprimorar a capacidade de produzir bons resultados. Nem basta produzir bons resultados em relação aos conflitos suscetíveis de serem trazidos à Justiça, deixando muitos outros fora do âmbito da tutela jurisdicional.¹⁴²

Continua o doutrinador dizendo que o acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhes melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa premissa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido.

Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado.

É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse numa técnica de atendimento ao direito de ação, sem preocupações com resultados exteriores.

Na preparação do exame substancial da pretensão, é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar, não se omitindo da participação também o próprio juiz, de quem é a responsabilidade principal pela condução do processo e correto julgamento da causa.

Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim,

¹⁴² Idem.

receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo ético, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados.

Segundo Manoel Messias Peixinho et. al. modernamente, quando se fala do tema, procura-se invocar a questão da paridade de armas que deve nortear a atividade processual das partes e que deve ser fiscalizada pelo Estado, na figura do juiz que preside a instrução, e reprimir as tentativas de burla a tal regra. Há no processo civil, no entendimento dos autores, o instituto do atentado para dirimir tais intervenções das partes.¹⁴³ No mesmo sentido, o instituto da litigância de má-fé.¹⁴⁴

Continuam dizendo que o próprio Estado quando litiga, está sujeito às regras de igualdade, o que se aplica ao Ministério Público embora, atualmente, goze de quase total autonomia nas suas atividades.¹⁴⁵

4.3.3 Juiz natural

Como os princípios fundamentam todo o ordenamento jurídico, a violação de qualquer um desses princípios, sobretudo os constitucionais, é sem dúvida, mais grave que a de um dispositivo legal específico, portanto, ofender um princípio é ofender uma das regras formadoras de todo o sistema jurídico.

Ada Pellegrini Grinover destaca que o Poder Judiciário atua sob a égide da função jurisdicional, atribuída por meio de regras de cunho constitucional, estipuladas conforme a natureza do objeto litigioso do processo.¹⁴⁶

Sobre o princípio do juiz natural, Ada Pellegrini Grinover,

[...] mais que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial. Sem o juiz natural, não há função jurisdicional possível.¹⁴⁷

¹⁴³ Cf. Código de Processo Civil, artigos 879/881.

¹⁴⁴ Cf. Código de Processo Civil, artigos 16 e seguintes.

¹⁴⁵ Idem

¹⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *As Nulidades no Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

¹⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, in: PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997. p. 63.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery entendem que o princípio da naturalidade do juízo se aplica, da mesma forma, tanto no processo civil quanto no processo criminal, igualmente no processo administrativo, denominado princípio do julgador natural, dimensão do princípio do juiz natural no direito administrativo.¹⁴⁸

É importante destacar, neste momento, que ao longo de sua história, o Poder Judiciário, por diversas vezes, se mostrou arbitrário e subserviente a comandos ditatoriais, afrontando o conteúdo democrático do Estado de Direito. Entretanto, observa-se que “importantes conquistas nos direitos do homem, atribui-se à ‘invocação’ do princípio do juiz natural.”¹⁴⁹

De acordo com o dispositivo legal, artigo 87 do Código de Processo Civil, que institui o chamado princípio *perpetuatio jurisdictionis*, que é a regra fundamental de processo segundo a qual a propositura da ação fixa num determinado órgão judiciário a competência para o processo e julgamento de uma causa. A partir daí, quaisquer modificações fáticas, como por exemplo, alteração de domicílio, estado civil, ou jurídicas, a exemplo de alteração de regras de competência em razão do território ou valor, tornam-se irrelevantes. Apenas as modificações expressamente previstas no texto têm o condão de interferir na competência de um órgão – a alteração em razão da matéria, o que inclui também a pessoa¹⁵⁰ ou em razão da hierarquia, o que se entende por modificações supervenientes.

Sobre isso, Fredie Didier Jr. ressalta que

“a regra da *perpetuatio jurisdictionis* só se aplica às hipóteses de incompetência relativa. Nos casos em que for reconhecida a incompetência absoluta, os autos devem ser remetidos imediatamente ao juiz competente, reputando-se nulos os atos decisórios já praticados.”¹⁵¹

¹⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 92.

¹⁴⁹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997. pp. 68-69.

¹⁵⁰ Cf. Arts. 91 e 92 do CPC.

¹⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2005. p. 69.

Contudo, cabe explicar que a criação de varas especializadas, de regras de competência determinada por prerrogativa de função, não fere o princípio do juiz natural, tendo em vista que “em todas essas situações as regras são gerais, abstratas e impessoais.”¹⁵²

Paulo Roberto de Gouvêa Medina acrescenta sobre este princípio que o juiz natural há de ser um juiz independente. A lei processual deve estabelecer, de outra parte, proibições para que o juiz atue em determinados processos com relação aos quais existiam para o magistrado razões de impedimento ou suspeição. Com isso, o juiz natural será também um juiz imparcial.¹⁵³

Resumidamente, tem-se que o princípio do juiz natural pretende simplesmente afastar a possibilidade de criação de juiz *ad hoc* e “impedir o advento de simulacros de órgãos judiciários que tenham o poder de julgar as causas para cuja apreciação sejam instituídos.”¹⁵⁴

Uma vez explanado alguns dos princípios constitucionais que sustentam todo o ordenamento jurídico brasileiro, em especial os que deram sustentação à matéria deste capítulo, passa-se a abordar o acesso do consumidor à justiça.

4.4 Acesso do consumidor à justiça

Segundo Ada Pellegrini Grinover, o ordenamento jurídico brasileiro formou-se de acordo com os princípios do direito continental europeu, organizando seu processo civil para atender às demandas individuais. ‘Parte’ no processo era, em princípio, apenas aquele que se apresentasse como sendo o titular de um interesse juridicamente protegido, sendo vedado pleitear em juízo, em nome próprio, direito alheio.¹⁵⁵ Tal afirmativa se deve, de acordo com a doutrina brasileira, porque, “somente poucas leis especiais admitiam exceções à regra geral, permitindo a legitimidade *ad causam* de algumas pessoas para a defesa em juízo de interesses comuns ou coletivos.”¹⁵⁶

Assim, no direito comercial, a lei das sociedades anônimas permite ao acionista promover, em favor da sociedade, ação de responsabilidade contra o administrador que

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1998. p. 579.

¹⁵³ MEDINA, ob. cit. p. 34

¹⁵⁴ Idem, ibidem.

¹⁵⁵ Cf. artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973.

¹⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. in: *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1984. p. 38.

causou prejuízos ao patrimônio social.¹⁵⁷ A lei sobre a edificação de condomínios autoriza qualquer condômino, na omissão do síndico, a promover, em benefício do condomínio, ação para o cumprimento dos deveres estipulados na convenção.¹⁵⁸

O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil¹⁵⁹ legitimava seu presidente a agir para a defesa das prerrogativas da profissão. O atual dispositivo é ainda mais abrangente, conferindo-lhe o poder de agir contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins do estatuto em vigor.¹⁶⁰

O sindicato tinha legitimidade para promover dissídio coletivo sobre as relações de trabalho¹⁶¹ e para cobrar salários devidos à categoria¹⁶² hoje com poderes ampliados, conforme dispõe o art. 8º, III, da C.F.¹⁶³

Kazuo Watanabe, diz que,

Todas essas autorizações legais, todavia, dizem com os interesses coletivos, e não com os interesses difusos [...] A primeira explícita tutela jurisdicional de interesses difusos, embora com limitação, se dá com a instituição da ação popular (Lei 4.717, de 29 de junho de 1965).¹⁶⁴

Segundo a lei supra citada, qualquer cidadão, munido do seu título eleitoral, pode promover a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. Trata-se, porém, de uma norma que produz efeitos apenas no âmbito do direito administrativo e nas relações dos cidadãos com o Estado, para o controle da moralidade da administração pública. Citada, portanto, com intuito de mostrar que qualquer cidadão deve e pode ter acesso à justiça, sem burocracia, sem restrições. Basta ser cidadão.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a defesa do consumidor foi incluída em seu rol como um dos princípios da ordem econômica e financeira em seu artigo 170, V determinando no ato das disposições transitórias, que se elaborasse, em seis meses, o Código de Defesa do Consumidor, determinado no artigo 48 do ADCT. Além disso, foi igualmente determinado a criação de juizados especiais, na Justiça dos

¹⁵⁷ Lei 6.404, de 15.12.1976, art. 159, parágrafo 3º.

¹⁵⁸ Lei 4.591, de 16.12.1964, art. 21, parágrafo único.

¹⁵⁹ Lei 4.215/63, art. 129.

¹⁶⁰ Lei 8.906, de 4.7.1994, art. 49.

¹⁶¹ Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943 – CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, art. 857.

¹⁶² Lei 6.708, de 30.10.1979

¹⁶³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O acesso do consumidor à justiça no Brasil*. in: Revista de Direito do Consumidor, n. 16, p. 22-28, out./dez. 1995.

¹⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 88.

Estados e do Distrito Federal, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas de menor complexidade, conforme dispositivo legal – artigo 98, I.

Com relação ao artigo 170, V da Constituição de 1988, vale citar Celso Bastos e Ives Gandra (1990) momento em que analisam o princípio da livre concorrência:

A livre concorrência hoje, portanto, não é só aquela que espontaneamente se cria no mercado, mas também aquela outra derivada de um conjunto de normas de política econômica. Existe, portanto, o que pode ser chamado um regime normativo da defesa da concorrência voltada ao restabelecimento das condições de mercado livre, para então concluir que o ‘princípio constitucional autoriza esta sorte de intervenção ativa no mercado, sem falar na negativa consistente na eliminação das disfunções e imperfeições.’¹⁶⁵

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, manteve os princípios básicos e inovadores, de maneira detalhada e minuciosa na exposição do tema, avançando, por conseguinte, em alguns pontos mais polêmicos.

O Código de Defesa do Consumidor tem fundamental importância para a sociedade como um todo, pois não se preocupou apenas com a regulamentação das ações coletivas. Cuidou de introduzir regras de natureza processual que garantissem, também nas ações individuais, a facilitação de acesso à Justiça e a eficácia da defesa dos direitos do consumidor.

O artigo 5º deste Código dispõe sobre a assistência jurídica gratuita ao consumidor, e prevê a organização de serviços especializados do Ministério Público na defesa do consumidor. Isso porque, muitas pessoas não podem recorrer à Justiça porque não têm dinheiro para pagar um advogado e as despesas do processo. Para superar o problema, a Constituição obriga o Poder Público a colocar à disposição das pessoas um serviço de atendimento jurídico. Além disso, pessoas necessitadas têm direito à dispensa das custas processuais. Visando à proteção do consumidor, o Código dispõe ainda que esses serviços devam ser também disponíveis para a defesa do consumidor ‘carente’, em função dos muitos abusos contra aqueles, que são frequentes na sociedade de consumo.

¹⁶⁵ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. pp. 26-27.

Também, determina a criação de juizados especiais de pequenas causas e juízos comuns especializados na solução de litígios de consumo, órgãos judiciais de que adiante será abordado.

Nessa linha de raciocínio, Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam que “qualquer consumidor pode, por sua própria iniciativa, utilizar favoravelmente qualquer desses ‘sistemas’”¹⁶⁶ para pleitear a defesa de seus direitos, usando dos benefícios de gratuidade e acesso à justiça dos quais são, inclusive, tutelados pela Constituição Federal de 1988.

Assim, a partir de Calamandrei, em sua obra *Processo e Democracia*, diz Humberto Theodoro Júnior,

a consciência jurídica foi despertada para a dimensão social do processo e a melhor doutrina, em lugar de insistir no aprofundamento dos conceitos fundamentais de jurisdição, ação e processo, desviou-se para o tema do acesso à justiça, com destaque para os problemas da instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional.¹⁶⁷

Diante disso, observa Mauro Cappelletti, que se passou a exigir da ciência processual uma “visão tridimensional do direito”, que muito ampliou o campo de análise do jurista, especialmente daquele que se preocupa com o processo; e continua dizendo que

Sob esta perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais); mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da Justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais.¹⁶⁸

Sendo assim, pode-se dizer que, a partir desse entendimento, os conceitos e as categorias fundamentais do processo deixaram de ser apenas os que a tradição doutrinária passaram a cogitar outros elementos que assumiram notória proeminência, todos ligados ao problema de acesso à justiça, como os relacionados com os custos e a demora dos processos, com os “embargos ou obstáculos impostos pelo sistema judiciário como, econômicos,

¹⁶⁶ CAPPELLETTI e GARTH, ob. cit. p. 125.

¹⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Procedimentos Especiais*. vol III. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 452.

¹⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. in: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995. p. 15.

culturais e sociais, os quais com freqüência se interpõem entre o cidadão que pede justiça e os procedimentos predispostos para concedê-los.”¹⁶⁹

Foi então, a partir de movimentos reivindicatórios da sociedade por acesso à Justiça, que começaram a surgir novos caminhos para atender a tais reivindicações, como por exemplo, “juizados de pequenas causas”, com essa denominação, conhecidos popularmente e, disposto no artigo 24, X da Constituição Federal de 1988, o que são os mesmos Juizados Especiais, os quais integram o Poder Judiciário, mas, com uma diferença – proporcionar um acesso mais fácil e simples àqueles que realmente necessitam da Justiça, mas são hipossuficientes.

Finalizando esse capítulo, sobre acesso à justiça, destaca-se que no próximo será abordado sobre o PROCON e sua função institucional na sociedade brasileira.

¹⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. ob. cit. p. 452.

5. PROCON E SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Neste capítulo, será abordada a função institucional do PROCON na sociedade brasileira. Entretanto, para que isso fosse possível, observou-se a necessidade, num primeiro momento de abordar brevemente sobre a origem do PROCON – Programa de Proteção ao Consumidor.

Há 42 anos, no dia 15 de março de 1962, o presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy enunciou quatro direitos fundamentais do consumidor numa declaração ao Congresso Norte-americano, quais sejam: “à segurança, à informação, à escolha e o de ser ouvido.”

Mais tarde, a Organização Internacional das Associações de Consumidores acrescentou, aos quatro primeiros direitos básicos, outros igualmente importantes: “à satisfação das necessidades básicas, à indenização, à educação, ao ambiente saudável.”

O Dia Mundial dos Direitos do Consumidor foi inicialmente comemorado em 15 de março de 1983. Em 1985, a Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU) adotou os Direitos do Consumidor, assim enunciados, como diretrizes das Nações Unidas, conferindo-lhes legitimidade e reconhecimento internacional.

Dessa forma, a partir da declaração do presidente norte-americano levou outros continentes a conscientização de que todos os cidadãos, independentemente da sua condição econômica ou social, têm direitos enquanto consumidores. Tal idéia se difundiu por todos os países, legitimando e garantindo tal direito aos consumidores.

Ao que se sabe, no Brasil, sob esta influência as donas de casa do Estado de Minas Gerais começaram a se unir de forma organizada já na década de 70, culminando em um dos mais representativos movimentos sociais dos dias de hoje, a Associação das Donas de Casa. O trabalho inicial dessas senhoras era o de comparar, realizar pesquisas no mercado e exigir um atendimento respeitoso, ocasionando a criação do primeiro Procon, autorizado pela Lei Federal nº 1.903/78 e concretizado no ano seguinte. Entre as entidades civis surgem também o

IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor, e outras iniciativas que fortalecem o desenvolvimento da defesa do consumidor no Brasil.¹⁷⁰

Em maio de 1976 começaram estudos do grupo de trabalho da Secretaria dos Negócios Metropolitanos do Estado de São Paulo para a criação de um órgão com a função de defender e proteger o consumidor, visto que a legislação até então vigente não possuía mecanismos para tanto.¹⁷¹

Tal fato gerou vários ciclos de debates e discussão, quando em 1978 foi editado o Dec. Lei 7.890, o qual deu origem ao Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor e, logo em seguida, entrou em vigor a Lei Estadual 1.903, no mesmo ano,

“complementando a formulação e a institucionalização da política de defesa e proteção do consumidor no Estado de São Paulo com a criação da Procuradoria de Defesa do Consumidor, também chamada PROCON, posteriormente transformada em fundação.”¹⁷²

Entretanto, o avanço mais importante apontado pela doutrina ocorreu em 1985, pela Resolução 39.248, de 16 de abril, a ONU – Organização das Nações Unidas, baixou normas a proteção do consumidor, posicionando-se de maneira bastante clara e passou a cuidar detalhadamente do tema. Nesse mesmo ano, a Comunidade Européia elaborou a Diretiva 374/85 e, a partir daí, fez enorme esforço no sentido de harmonizar as leis dos países integrantes. Na mesma época, no Brasil, era criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), considerando-se este órgão, antecessor do conselho, do atual DPDC/MJ.¹⁷³

Foi então que a partir do Dec. Lei 91.469, de 24.07.1985, assinado pelo então Presidente da República José Sarney, com a finalidade de assessorá-lo na formulação e condução da Política Nacional de Defesa do Consumidor.¹⁷⁴

¹⁷⁰ CARVALHO, Denílson Pereira Afonso de. “O PROCON na defesa do consumidor.” in: *Revista Jurídica da Universidade de Franca*.

¹⁷¹ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. “Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil.” in: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 42. outubro-dezembro. São Paulo: RT, 2003. p. 212.

¹⁷² MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. ob. cit. p. 212.

¹⁷³ Cf. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. “O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.” in: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 44. outubro-dezembro. São Paulo: RT, 2002. p. 100.

¹⁷⁴ De acordo com o art. 3º deste Dec. 91.469/85, tinha inicialmente, a seguinte composição do CNDC: Ministro Extraordinário para Desburocratização, responsável por sua presidência; Ministro da Agricultura, da Saúde, da Indústria e do Comércio, da Fazenda e da Justiça, e também, integravam o referido Conselho, o secretário executivo do Programa Nacional de Desburocratização, o presidente do conselho Nacional de Auto-

No entanto, pelo *espírito democrático* em que o país estava submerso, após longo tempo de governo ditatorial, era preciso constituir não apenas uma Comissão Mista – governamental – mas também, a defesa do consumidor era de interesse coletivo, ou seja, de toda a sociedade brasileira, em audiência pública, a referida Comissão Mista, “colheu depoimentos de vários segmentos da sociedade, como: indústria, comércio, serviços, governo, consumidores, cidadãos, que mantendo a transparência dos serviços, foi criado um clima de consolidação”¹⁷⁵, diante do qual, pôde dirimir dúvidas, equacionar pontos polêmicos, adotando posições intermediárias que pudessem, de maneira geral, atender às expectativas não só dos consumidores, como também de outros setores da sociedade brasileira.

Finalmente, enviado o Projeto da Comissão Mista, publicado em 4 de dezembro de 1989, recebeu novas emendas, e superados alguns pontos procedimentais pelo plenário, quando então, foi aprovado pela própria comissão, durante convocação extraordinária do Congresso Nacional, no recesso de julho de 1990. O Projeto acabou sancionado, com alguns vetos parciais e publicado em 12 de setembro de 1990, como Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.¹⁷⁶

Estava criado e homologado o “Código de Defesa do Consumidor”, aspiração de uma sociedade que até, então, não tinha proteção, específica, de seus direitos como consumidores. Foi com o advento da Constituição Federal de 1988, que tais direitos foram efetivamente garantidos, sendo esses, direitos de 3ª geração. Daí a importância da retrospectiva histórica, para que se possa interpretar o presente, e a partir daí sedimentar as bases para o futuro.

Depois de sancionada a Lei 8.078, conhecida como CDC – Código de Defesa do Consumidor, deu ensejo também ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. A partir daí, entidades civis passam a atuar na proteção e defesa dos interesses de associados, a exemplo da ANDIF - Associação Nacional dos Devedores de Instituições Financeiras; Associação das Vítimas de

Regulamentação Publicitária (Conar), dois dirigentes e entidades públicas estaduais de defesa do consumidor, três dirigentes de entidades do setor privado ligadas ao interesse do consumidor, um cidadão de notória atuação no âmbito da defesa do consumidor e um membro do Ministério Público, ligado à defesa do consumidor, proposto pelo procurador geral. Importante anotar que o Dec. 92.396, de 12.02.1986, em seu art. 4º determinava que as atribuições deferidas ao Ministério de Estado Extraordinário para Desburocratização, prevista pelo Dec. 91.469/85, passassem para o Ministro de Estado da Justiça. (in: Revista de Direito do Consumidor. n. 4, São Paulo: RT, 2002. p. 100).

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 4.

¹⁷⁶ GRINOVER, et. al. ob. cit. p. 4.

Erros Médicos; a ANMM - Associação Nacional dos Mutuários e Moradores. Nessa década também é criado o BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, entidade de caráter técnico, científico e pedagógico.

Vale ressaltar que a proteção dos direitos do consumidor representa, hodiernamente, um dos maiores desafios em todo mundo, um dos temas mais atuais do Direito. Assim, esse direito merece considerações, e principalmente o PROCON, órgão criado para regulamentar tais direitos.

Diante do exposto, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor foi o grande marco na evolução da defesa do consumidor brasileiro, sendo uma lei de ordem pública e de interesse social com inúmeras inovações inclusive de ordem processual.

5.1 PROCON

É importante dizer que o Procon é a sigla que se tornou usual para designar os órgãos de defesa do consumidor, tanto em instâncias municipais, como nas estaduais. Cada um desses órgãos integra o chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), como se lê no CDC e em sua regulamentação, o Decreto Federal nº 2181/97.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover o que normalmente se observa no mercado de consumo é um consumidor às voltas com a aquisição de um produto defeituoso, por exemplo, ou então com a prestação de um serviço malfeito, abrindo-lhe um verdadeiro leque de opções para solucionar o impasse: contato direto com o fornecedor que tenha um canal aberto para tanto¹⁷⁷ possibilidade de queixas junto ao PROCON, ou então junto a Promotorias de Justiça em localidades onde aqueles não existem, ou ainda comparecimento aos Juizados Especiais de Conciliação ou de Pequenas Causas, Defensorias Públicas, e em outros órgãos correlatos, ou seja, aqueles que têm legitimidade para dirimir quaisquer conflitos de interesse do consumidor.

O inciso II, do art. 82, do CDC, legitima as Entidades estatais (União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal). Para Rodolfo de Camargo Mancuso “a ampla legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos dos consumidores decorre de mandamento constitucional.”¹⁷⁸ Isso porque o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, dispõe expressamente que incube “ao Estado, em sentido amplo, promover, na forma

¹⁷⁷ Exemplificando: um departamento de atendimento ao consumidor, linha direta entre outros.

¹⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “O Município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos.” in: *Revista Processo*. nº 48, 1987. pp. 45-63.

da lei, a defesa do consumidor.” E a defesa em juízo é certamente, uma das formas mais importantes de exercício dessa atribuição.

Resta observar que a legitimação será concorrente e disjuntiva sempre que todos os entes públicos tenham, pelas características da lide, seja pela natureza do bem jurídico ameaçado ou lesado, seja pela amplitude da ameaça ou da lesão, seja ainda pela quantidade e localização dos titulares dos interesses ameaçados ou lesados, a atribuição de promover a defesa dos consumidores no caso concreto, em razão do vínculo que possuem com esses consumidores.¹⁷⁹

5.1.1 Órgãos sem personalidade jurídica, legitimados para atuar em defesa do consumidor

No art. 82, inciso III, do CDC, dispõe que as entidades autárquicas fundacionais, paraestatais e órgãos públicos¹⁸⁰, o termo *órgãos* já traz em si a nota de não possuir personalidade jurídica, tornando pleonástica a referência, especificamente destinados para a defesa dos consumidores, que são o PROCON e DECON.

Sobre a legitimação de entes públicos sem personalidade jurídica, como é o caso dos citados acima, Ada Pellegrini Grinover diz que

Não se limitou o legislador a ampliar a legitimação para agir. Foi mais além. Atribuiu legitimação ad causam a entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, o que fazia necessário para que os órgãos públicos como PROCON (Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor), bastante ativos e especializados em defesa do consumidor, pudessem também agir em juízo.¹⁸¹

Há que se falar ainda, sobre a legitimação do Ministério Público, contido no inciso I do art. 82 do CDC, que a partir do Texto Constitucional, art. 129, estabeleceu como uma das funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, interesses estes que são direitos do cidadão.

¹⁷⁹ MANCUSO, ob. cit. p. 45-63.

¹⁸⁰ Órgãos considerados sem personalidade jurídica.

¹⁸¹ GRINOVER, et. al. Ob. Cit. p. 737.

A Sociologia Jurídica tem dedicado amplo espaço à discussão desses novos direitos. De uma forma geral, o debate jurídico tem enfatizado não só a novidade da normatização legal e constitucional desses direitos, mas também o fato de representarem uma nova categoria dentro do ordenamento jurídico tradicional, de matriz liberal e princípios de organização essencialmente individualistas.¹⁸²

Sobre os interesses difusos, comenta José Carlos Barbosa Moreira que

“na conceituação dos interesses difusos, optou-se pelo critério da indeterminação dos titulares e da inexistência entre eles de relação jurídica-base, no aspecto subjetivo, e pela indivisibilidade do bem jurídico, no aspecto objetivo.”¹⁸³

Já sobre os ‘interesses ou direitos coletivos’ o mesmo autor entende que interesses ou direitos *in comento*, foram conceituados como “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”¹⁸⁴ Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas, observando, que não se pode confundir essa relação jurídica base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça da lesão.

José Carlos Barbosa Moreira expressa seu entendimento com a seguinte explicação: “o interesse para o qual se reclama tutela pode ser comum a um grupo mais ou menos vasto de pessoas, em razão de vínculo jurídico que as une a todas entre si, sem no entanto situar-se no próprio conteúdo da relação plurissubjetiva [...]”¹⁸⁵

Assim, seguindo essa linha de raciocínio, é importante que se deixe bastante claro, que o consumidor há de ser encarado de duas maneiras fundamentais, ou seja individualmente ou isoladamente, com vistas à resolução de um conflito surgido de uma relação de consumo, considerando que, neste ponto do trabalho, no qual se trata da função institucional do PROCON, conseqüentemente, observar, também, os aspectos práticos da defesa ou proteção jurídica do consumidor, e coletivamente, na forma como se analisaram os

¹⁸² FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e Justiça*. São Paulo, Malheiros, 1994. pp. 30-48.

¹⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos.” in: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. pp. 110-123.

¹⁸⁴ Cf. art. 81, parágrafo único, n° II.

¹⁸⁵ MOREIRA, ob. cit. p. 111.

chamados interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos de origem comum, mas sempre como coletividade de consumidores, com conflitos gerados por algum defeito de produto ou algum serviço malfeito.

Sendo assim, reitera-se o entendimento sobre os instrumentos de defesa ou proteção do consumidor, que ora chama-se de ‘instrumentos institucionais’, que são os órgãos de proteção ao consumidor – PROCON, CEDECON, SEDECON, entre outros, quais sejam, as Promotorias Especializadas de Proteção e Defesa do Consumidor, Juizados de Pequenas Causas ou Juizados Informais de Conciliação, as Defensorias Públicas, até mesmo as Delegacias de Política em pequenos Municípios, aqueles que não possuem nenhum órgão ou entidade competente que possa dirimir quaisquer eventuais conflitos causados pela relação de consumo e entidades privadas que se dediquem a esse tipo de atendimento.

Tem-se, então, que cada um desses instrumentos, o que fazem e como funcionam, no atendimento a reclamações individuais dos consumidores, entendendo, que qualquer um dos mesmos órgãos ou entidades, resolveria as questões conflituosas, envolvendo fornecedores e consumidores e/ou prestadores de serviços e consumidores.

E isto respeitadas as estruturas e atribuições de cada órgão, ressalvando que a maioria deles chega apenas até a conciliação, inclusive no que toca aos chamados *Juizados Informais de Conciliação*, que não se confundem com os *Juizados Especiais de Pequenas Causas*, hoje *Juizados Especiais Cíveis*, de acordo com a Lei n.º 9.099/95, sendo estes dotados de efetiva função jurisdicional na acepção técnica da palavra, não podendo esquecer, porém, como último recurso, a demanda judicial efetiva em nível individual, caso nenhum órgão ou entidade consigam conciliar o conflito na relação de consumo.

Também é incumbência do Ministério Público proteger os interesses individuais, desde que homogêneos e tratados coletivamente, na forma do inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC, que conceitua os interesses ou direitos “individuais homogêneos” como os “decorrentes de origem comum” permitindo a tutela deles a título coletivo.

Quanto à origem comum, Ada Pellegrini Grinover ensina que,

não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa, veiculada por vários órgãos da imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.¹⁸⁶

De acordo com o dispositivo legal, tem-se que o sistema de tutela de interesses e direitos do Código é aplicável não somente aos consumidores, como também às vítimas de danos.

Diante do exposto, tem-se que o PROCON, então, é o local onde o consumidor terá apoio tanto *informativo*, que tem como atribuição, informar o consumidor quanto à melhor maneira de consumo; *coibitivo*, tem a atribuição de coibir, em hipótese em que o consumidor, por qualquer motivo, desde que procedente tiver seus direitos violados, o que não significa, que estes órgãos de proteção ao consumidor, necessariamente, sejam um órgão cego, o qual deva creditar, razão unilateralmente ao consumidor supostamente lesado, mas sim, a operacionalização prática da *ampla defesa* como princípio constitucional, deduzida de maneira séria num regular procedimento administrativo.

Entende-se, portanto, que essa legitimação não é absoluta e ocorrendo tal situação pode o juiz considerar inexistentes duas condições da ação, quais sejam, a pertinência subjetiva do autor em propor aquela ação e o interesse processual, tendo como fundamento a necessidade-utilidade-adequação da demanda instaurada. É importante ressaltar que tais impeditivos, defluem de uma exegese orgânica do ordenamento jurídico como um todo.

Assim, os PROCON e os DECON que anteriormente tinham sua legitimidade processual questionadas, agora estão autorizados a promover a defesa coletiva dos consumidores.

Nos últimos anos, tem sido observado que a maioria dos conflitos nas relações de consumo estabelecida entre consumidores e fabricantes, fornecedor de produtos, prestador de serviços e empresário, tem sido solucionada nos PROCON – Programas de Proteção ao Consumidor, os quais vêm, de maneira progressiva, difundindo-se não só em capitais dos estados-membros, mas também pelos seus municípios. Mesmo sabendo de sua evolução, sabe-se que o direito do consumidor, no Brasil, ainda está solidificando sua estrutura de aplicação de sanções.

¹⁸⁶ GRINOVER, et. al. ob. cit. p. 724.

No art. 56, parágrafo único da Lei 8.078/90 - o Código de Defesa do Consumidor -, “as sanções administrativas serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo” o que se nota nos PROCON, de maneira geral, é o fato de não possuindo uma infra-estrutura capaz de instituir tais punições, poderá intervir como assistente do PROCON o Ministério Público.

5.1.2 Função social do PROCON

Tem-se a vida do homem em sociedade, iniciando a partir do momento em que ele começa a se organizar, delimita seus espaços e começa a ter idéia de propriedade, a tomar consciência de seus direitos. Primitivamente, o homem para conquistar um bem usava da força ou violência. Com o passar do tempo, essa idéia foi sendo superada pela razão, pela concordância, pelo entendimento, buscando seus direitos de forma pacífica. Entretanto, para que isso fosse possível, houve a necessidade de criação de regras de conduta, regras básicas de convivência. Para tanto, a necessidade de algo que regulamentava a convivência social surge então o Estado, incumbido de proteger e garantir os mais básicos e fundamentais direitos inerentes ao homem.

E assim o homem começa sua evolução na sociedade. Criam-se leis, em função de si mesmos e passam a ser “regidos” por elas. As transformações se dão sucessivamente. A evolução do ser humano acontece rapidamente, principalmente no pós-guerra, pós Revolução Industrial e assim por diante.

Surgem as primeiras Constituições, que ensejam direitos e garantias fundamentais do homem. É interessante fazer tal retrospectiva, pois “a vida do homem civilizado, a partir do momento em que se organizou em sociedade estabeleceu uma ordem jurídica para sua existência, criando regras cogentes como única forma possível de preservar a vida.”¹⁸⁷

Surge com o passar do tempo e com as sucessivas transformações da sociedade o Estado Liberal, fundado em idéias individualistas e iluministas, em Estado Social, fruto do pós-guerra, o qual busca uma igualdade material baseada no respeito, na dignidade da pessoa humana e na tutela dos interesses sociais de modo geral, advêm daí profundas repercussões na ciência do Direito.

¹⁸⁷ CALMON, Eliana. “As gerações dos direitos e novas tendências.” in: *Revista de Direito do Consumidor*. nº 39. julho-setembro. Rio de Janeiro: RT, 2001. p. 41.

Flávio Alves Martins afirma que “não se pode realizar o Direito sem levar em consideração uma compreensão total do homem; o objeto do conhecimento jurídico é a ação humana”.¹⁸⁸ O autor mostra com esse entendimento que a “cultura do povo é a matriz que deve ser obedecida para que um ordenamento jurídico possa ser útil a este mesmo povo, única de que venha a ser respeitado pela sociedade.”¹⁸⁹

Miguel Reale por sua vez não fica alheio às grandes linhas filosóficas e sociais que importaram e importam para o desenvolvimento do homem, reconhece a cultura como a grande fonte inspiradora das criações dogmático-jurídicas (regras e princípios). Nas suas palavras “a cultura está para o espírito, como águas de um rio estão para as fontes de que promanam.”¹⁹⁰ Reale continua seu raciocínio esclarecendo que é “[...] como experiência histórica que se explica e se modela a experiência jurídica, revelando-se como fenômeno universal essencialmente ligado à atividade perene do espírito.”¹⁹¹

Assim, a cultura é o resultado da experiência do homem no seu relacionamento com outros sujeitos ou com coisas. O resultado dessas experiências que se sucedem e reiteram com o tempo se acumulam e formam a cultura de um povo, os usos e costumes que culminam por ser positivados. Isso ocorre muitas vezes, por ter sido atingido o ápice da pressão social que se reflete por intermédio das decisões judiciais ou por causa de fatos marcantes que obrigam a uma tomada de decisões dos órgãos de Estado, no sentido de acolher a experiência vivida como paradigma para a criação de normas de controle social.

Segundo entendimento de Judith Martins Costas, “esta cultura está cada vez mais permeando o direito positivo brasileiro, principalmente nas realidades dogmático-jurídicas que são os conceitos jurídicos interminados e cláusulas,”¹⁹² tais como a função social.

Em decorrência dessas transformações, atendendo aos anseios do povo brasileiro, elabora-se a Constituição Federal de 1988, a “Constituição Cidadã”, assim denominada, que eleva a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, objetivando reafirmar as

¹⁸⁸ MARTINS, Flávio Alves. “A idéia de experiência no pensamento filosófico de Miguel Reale.” in: *A cultura contemporânea e o novo modelo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. p. 1.

¹⁸⁹ MARTINS, ob. cit., p. 1.

¹⁹⁰ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1962. p. 196.

¹⁹¹ REALE, ob. cit., p. 197.

¹⁹² COSTA, Judith Martins. “A boa-fé no direito privado.” São Paulo: RT, 2001. p. 325. in: *Revista de Direito do Consumidor*. n° 51, julho-setembro. São Paulo: RT, 2004. p. 199.

bases de uma sociedade mais justa, livre e solidária. Com isso, impõe-se que o direito seja protegido em busca da tutela de um bem maior, a defesa dos interesses da coletividade.

Nesta Carta Magna, podem ser encontrados os direitos sociais de 3ª. geração, merecedores da tutela estatal. Dentre eles, encontram os direitos do consumidor, que, como visto anteriormente, está garantido pelo CDC – Código de Defesa do Consumidor.

Nesta seara, os direitos do consumidor são de cunho social, como consequência às exigências da sociedade brasileira, edita-se e é homologado o Código, que veio para proteger os direitos do cidadão nas relações de consumo. Assim, fundamentado na Constituição Federal, tendo como modelo a legislação européia e norte-americana promulga o legislador brasileiro no dia 11 de setembro de 1990, a Lei nº 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, considerado uma das leis mais avançadas do ordenamento jurídico nacional.

Observa José Geraldo Brito Filomeno sobre o Código consumerista que “sua comissão elaboradora, sem a pretensão de ‘reinventar a roda’, examinou cerca de vinte legislações adotadas em vários países, e seguiu as diretrizes da ONU – Organização das Nações Unidas a esse respeito.”¹⁹³

O CDC cumpre sua função social, vez que, surge com o objetivo de aplicação dos princípios fundamentais da ordem jurídica liberal (liberdade e igualdade) aos consumidores, que historicamente eram desiguais entre si e diferentes das empresas, mostrou-se inadequada, não protegendo ou defendendo os seus interesses comuns.¹⁹⁴

Entretanto, entende-se que o CDC, e sua aplicação, por meio do PROCON e órgãos competentes, dentro de sua função social estabelecida, protege aqueles que de fato mais necessitam, principalmente, aqueles que têm dificuldade ao acesso à justiça, os chamados hipossuficientes, que são, por excelência, os que ocupam posição de inferioridade diante do poder econômico.

Vale ressaltar que poucas iniciativas foram tão bem recebidas pela sociedade brasileira como o CDC. Em pouco tempo se conseguiu promover, de maneira tão eficiente, a conscientização da população, de modo geral e definitivo, a respeito da importância de sua

¹⁹³ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 29.

¹⁹⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 12.

participação no desenvolvimento social, da necessidade de resguardo de seus direitos e, principalmente, da sua força como agente de uma relação jurídica de consumo.

Necessário se faz que, portanto, o princípio estatuído no art. 4º, inciso V, do CDC seja operacionalizado em sua plenitude, com a existência de mecanismos de solução de conflitos de consumo, que não é incumbência somente do setor público, mas também do privado, que pode, a par da experiência forânea assegurar que fossem criadas Câmaras de Conciliação e Arbitragem nas relações de consumo nos setores específicos interessados.

Nesses casos, as partes se submeteriam à arbitragem, se quisessem, contando com a participação de representantes dos consumidores, sendo os árbitros escolhidos por elas. Reitere-se que para ser eficaz o procedimento arbitral deverá respeitar os princípios informadores do juízo, a denominada teoria garantista de tal procedimento (arts. 5º, inciso LV, da CF, e 21, §2º da lei de arbitragem).

5.2 Função Institucional do PROCON

Pelo exposto em item anterior, sabe-se que os PROCON são órgãos estaduais e municipais de defesa do consumidor, criados, na forma da lei, especificamente para este fim, com competências, no âmbito de sua jurisdição, para aplicação dos dispositivos legais contidos no CDC e no Decreto nº 2.181/97, visando garantir os direitos dos consumidores.

Conforme o CDC integra o SNDC a Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça¹⁹⁵, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e entidades civis de defesa do consumidor. O DPDC é o organismo de coordenação da política do SNDC e tem como atribuições principais coordenar a política e ações do SNDC, bem como atuar concretamente naqueles casos de relevância nacional e nos assuntos de maior interesse para a classe consumidora, além de desenvolver ações voltadas ao aperfeiçoamento do sistema, à educação para o consumo e para melhor informação e orientação dos consumidores.

Outro importante aspecto da atuação do PROCON diz respeito ao papel de elaboração, coordenação e execução da política local de defesa do consumidor, concluindo as atribuições de orientar e educá-los, dentre outras.

¹⁹⁵ Ministério da Justiça e o Poder Judiciário atuam como atores complementares.

Atualmente, tem-se 27 PROCON, um para cada Unidade da Federação. Conforme mencionado, os PROCON estaduais têm, no âmbito de sua competência para planejar, coordenar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor, bem como para o melhor funcionamento dos sistemas estadual, faz-se necessário que exista um estreito relacionamento entre os PROCON Municipais e o Estadual, bem como entre os próprios órgãos municipais.

Outros dois atores merecem destaque pela sua importante atuação na defesa dos direitos dos consumidores: os Ministérios Públicos e as Entidades Organizadas da Sociedade Civil.

Quanto à estrutura do PROCON, segundo Sérgio Rodrigo Martinez,

“não se pode auferir uma descrição exata, tendo em vista que cada estado da Federação, e por que não dizer, cada município possui a sua própria organização interna de funcionamento, não havendo padrões homogêneos que possam ser evidenciados. O que se pode ter certeza de dizer sobre os PROCON's é que ele se caracteriza, de forma genérica, 'como um órgão de natureza jurídica de direito público, pertencente à administração direta dos estados ou dos municípios, e que visa atuar em defesa dos consumidores.'”¹⁹⁶

Vale ressaltar que, como exceção a esta regra, no Estado de São Paulo há a Fundação Procon e, no Estado do Paraná, há a Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, ambos órgãos da administração indireta, que se apresentam vinculadas às respectivas Secretarias de Justiça de seus estados.¹⁹⁷

De forma adversa ocorre no estado do Espírito Santo, onde o PROCON se encontra vinculado à Secretaria de Justiça e Cidadania, órgão da Administração Pública direta. Juntamente com o Ministério Público e a Delegacia Especializada na Defesa do Consumidor, formam o CINDEC – Centro Integrado de Defesa do Consumidor, sendo este o pioneiro no país. Sua atuação tem sido operacionalizada nas causas em que o conflito de interesse envolve um número significativo de consumidores de diversos municípios.

O PROCON sendo um órgão integrante do sistema público de controle da publicidade tem uma atuação especial em face da ocorrência patológica da publicidade comercial de

¹⁹⁶ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. “Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil.” in: *Revista de Direito do Consumidor*. n.º 42, abril-julho. São Paulo: RT, 2002. p. 212.

¹⁹⁷ MARTINEZ, ob. cit. p. 212.

consumo. Portanto, é a autoridade pública incumbida de aplicar as sanções administrativas em face dessa ocorrência, propor ações coletivas e, principalmente, atuar diante das reclamações individuais dos consumidores, quando pretensamente lesados pelo não-cumprimento do conteúdo ofertado em uma publicidade desse tipo. Atividade que se dá mediante um procedimento conciliatório com vistas ao cumprimento do que foi ofertado ou reparação dos danos causados aos indivíduos participantes das relações de consumo.

Com a mesma atuação do PROCON brasileiro, vale em termos comparativos essa mesma atividade em Portugal está a cargo do Instituto do Consumidor, com base na Lei 24, de 31.07.1996, que trata da defesa dos consumidores, no Decreto-Lei 330, de 23.10.1990, que instituiu o Código da Publicidade, em que constam também as alterações proporcionadas pelo Decreto-Lei 74/93 e pelo Decreto-Lei 6/95; e na Lei 58, de 07.09.1990, chamada a Lei de Televisão, que igualmente ao que se passa com a Profeco mexicana, tem uma atuação organizada nacionalmente.¹⁹⁸

É oportuno que conste desse entendimento a diferença que existe entre o Instituto do Consumidor de Portugal e os PROCON brasileiros a qual pode ser identificada da seguinte maneira, conforme anota Sérgio Rodrigo Martinez:

a) este é uno, nacional, tutelado pelo Ministério do Ambiente e dos Recursos Nacionais de Portugal, enquanto os segundos¹⁹⁹ são ora municipais, ora estaduais coordenados geralmente pelas secretarias jurídicas dos municípios brasileiros ou dos estados brasileiros; b) este²⁰⁰ é dotado de coercibilidade, sendo capaz de impor suas decisões, enquanto os segundos²⁰¹ dependem da atuação jurisdicional de outro órgão estatal para tanto.²⁰²

Vale destacar que em relação à Fundação PROCON de São Paulo tem atuado no sentido de levar até o consumidor o conhecimento dos seus direitos básicos, as formas lesivas de publicidade de consumo e a maneira pela qual este pode se defender delas. Tais informações são passadas aos consumidores por meio de palestras, notícias divulgadas nos veículos de comunicação social e por meio da emissão de cartilhas explicativas de distribuição gratuita aos consumidores e àqueles que têm interesse de mera informação.

¹⁹⁸ MARTINEZ, ob. cit. p. 213.

¹⁹⁹ PROCON's brasileiros.

²⁰⁰ Instituto do Consumidor, Portugal.

²⁰¹ PROCON's brasileiros.

²⁰² MARTINEZ, ob. cit. p. 213.

Com esse tipo de ação, evidencia-se o cumprimento do princípio da educação que norteia a ação dos sistemas de controle de publicidade, servindo tal atitude como meio para que a efetividade desse órgão, de modo geral, seja ampliada, para prevenir os consumidores dos efeitos lesivos que uma publicidade patológica possa lhes causar.²⁰³

5.2.1 Meios alternativos de solução de conflitos (mediação, conciliação e arbitragem)

A multiplicidade de conflitos de configurações variadas reclama, antes de qualquer coisa, a estruturação da Justiça de forma a corresponder adequadamente, em quantidade e qualidade, às exigências que tais conflitos trazem.

A alguns desses conflitos está adequado à estrutura atual, que é formal e pesada. A outros, porém, principalmente aos de pequena expressão econômica, que são os cotidianos e de ocorrência múltipla, é necessária uma estrutura mais leve e ágil.

No Brasil adotou-se o sistema de jurisdição *una*, cabendo ao judiciário dizer a última palavra em relação aos conflitos. Entretanto, não está só no Estado-juiz a possibilidade de resolução desses conflitos, daí porque, a atuação dos PROCON na mediação e conciliação com objetivo de pacificar os conflitantes independente da presença do Estado-juiz, mesmo adotando o Brasil, o sistema da jurisdição *una*.

Existem conflitos, mormente aqueles que envolvem pessoas em contato permanente, como nas relações jurídicas continuativas²⁰⁴ para os quais a mediação e a conciliação são adequadas, pois não somente solucionam os conflitos, como também têm a virtude de pacificar os conflitantes, bem como alcançam uma célere e econômica prestação da tutela; ainda, existem outros em que a arbitragem é perfeitamente cabível, com possibilidade de amplos resultados positivos.

Ocorre porém, que é incumbência do Estado, organizar todos esses meios alternativos de solução de conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento. Tais serviços, que podem ser informais, não precisam estar organizados dentro do Poder

²⁰³ Idem.

²⁰⁴ relações de vizinhança, de família, de locação

judiciário. Podem ficar a cargo de entidades públicas não pertencentes ao judiciário²⁰⁵ e até de entidades privadas.²⁰⁶

Sendo assim, torna-se necessário que o Estado estimule a criação desses serviços, controlando-os convenientemente, pois o perfeito desempenho da Justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução dos conflitos de interesses.

5.2.2 Comunidade e administração da justiça

A experiência dos Juizados Informais de Conciliação e Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/01) tem posto à mostra a importância da participação da comunidade na administração da justiça. Com frequência, busca-se por meio de conciliadores e árbitros a adoção de meios alternativos na solução de conflitos, com a finalidade de tornar informal o acesso à justiça.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe esclarece que

participação tem ocorrido sob a forma de Conciliador e Árbitro. Essa participação da comunidade e a adoção de técnicas alternativas de solução de conflitos, principalmente a conciliação e o arbitramento, e ainda a tendência à deformalização²⁰⁷ e delegalização²⁰⁸ têm constituído a grande inovação desses juizados. A par das vantagens mais evidentes, que são a maior celeridade e a maior aderência da Justiça à realidade social, a participação da comunidade traz, ainda, o benefício da maior credibilidade da justiça, propiciando o espírito de colaboração. Os que têm a oportunidade de participar conhecem melhor a justiça e cuidarão de divulgá-la ao segmento social a que pertencem. Demais disso, a organização de uma Justiça com essas características, organizadas para pessoas mais humildes, tem a virtude de gerar, pela própria peculiaridade do serviço que presta e pela exigência das pessoas que a procuram, ordinariamente pouco instruídas, um serviço paralelo, que é o da informação e orientação. “Paralelo” é um modo de dizer, pois na verdade é um serviço que se completa com o de solução de conflitos, formando um todo único. Juizados informais de Conciliação e Juizados Especiais de Pequenas Causas que não tenham o serviço de informação e orientação, além do serviço de assistência judiciária, não estão completos e não cumprirão o relevante papel que lhes é destinado.²⁰⁹

²⁰⁵ Ministério Público, Ordem dos Advogados, PROCON, Defensoria Pública, procuradoria de Assistência Judiciária, prefeituras Municipais e até de entidades privadas sindicatos, comunidades de bairros, associações.

²⁰⁶ sindicatos, comunidades de bairros, associações civis

²⁰⁷ mais informalidade

²⁰⁸ menos legalismo e solução de conflitos, em certos casos, pela equidade

²⁰⁹ WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e a Sociedade Moderna.” in: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.) *Participação e Processo*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 1988, pp. 98-135

Torna-se então, evidente, a imprescindibilidade de adoção por uma justiça com tais características, para que possa obter resultados satisfatórios, eficazes e céleres, cumprindo assim, a finalidade dos órgãos de defesa do consumidor.

5.2.3 Necessidade de permanente pesquisa interdisciplinar entre os órgãos de defesa do consumidor

Tem-se observado, no dia-a-dia, a necessidade de uma melhor organização dos órgãos de defesa do consumidor, que poderá ser alcançada pela de pesquisa interdisciplinar permanente sobre os conflitos, suas causas, seus modos de solução e acomodação, a organização judiciária, sua estrutura, seu funcionamento, seu aparelhamento e sua modernização, a adequação dos instrumentos processuais, e outros aspectos de relevância.

Identifica-se tal necessidade, pela rapidez das transformações sofridas pela sociedade moderna, não cabendo mais nos órgãos destinados à proteção dos direitos do consumidor, conhecimentos práticos de dirigentes, conciliadores, entre outros, em função da exigência que se vê, nas relações de consumo estabelecidas entre as pessoas.

O acesso à ordem jurídica justa supõe, ainda, um corpo adequado de juízes, com sensibilidade bastante para captar não somente a realidade social vigente, como também as transformações sociais a que, em velocidade jamais vista, está submetida à sociedade moderna, e isso evidentemente requer cuidados com o recrutamento e com o aperfeiçoamento constante dos juízes ao longo de sua carreira.

A população tem direito à justiça prestada por juízes inseridos na realidade social, comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa, e não à justiça praticada por juízes sem qualquer aderência à vida.

Direito à melhor organização da Justiça, que envolva todos os aspectos mencionados, é dado elementar do direito de acesso à ordem jurídica justa.

O direito de acesso à justiça é, portanto, direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização de direito.

Assim concebida a justiça, como instituição com plena adequação às reais necessidades do país e em condições de realização da ordem jurídica justa, o acesso a ela deve ser possibilitado a todos e os obstáculos que surjam, de natureza econômica, social ou cultural, devem ser devidamente removidos. Justiça gratuita, assistência judiciária, informação e orientação são alguns dos serviços que se prestam, desde que convenientemente organizados, à remoção desses obstáculos.

Existem também dificuldades de natureza técnico-processual, como as decorrentes da estreiteza do conceito de legitimação para agir (v.g., legitimação em matéria de interesses difusos), da existência de procedimentos simples e céleres, da limitação das espécies de provimentos jurisdicionais, e outros mais.

Todos os obstáculos à efetiva realização do direito devem ser corretamente enfrentados, seja em sede de Ciência Política e de Direito Constitucional, na concepção de novas e inovadoras estruturas do Estado e de organização mais adequada do Judiciário, como também na área da Ciência Processual, para a reformulação de institutos e categorias processuais e concepção de novas alternativas e novas técnicas de solução de conflitos.

5.2.4 Atribuições preventivas do PROCON: informação, conscientização e educação.

Já que se fala em termos comparativos, dos órgãos que atuam na conciliação de conflitos estabelecidos nas relações de consumo, importa também dizer que Portugal na Lei do Consumidor de 1996, por exemplo, no seu artigo 6º, consta um autêntico programa de educação para sociedade de consumo. No entanto, segundo Ângela Maria Marini Simão o normativo constitui, porém, autêntica letra morta por manifesta inoperância dos poderes públicos. Os seus termos são, no entanto, eloqüentes:

“1. incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas atividades escolares, bem como nas ações de educação permanente, de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade da informação;

2. Incumbe ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais desenvolver e adotar medidas tendentes à formação e a educação do consumidor, designadamente através de:

- concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e atividades de educação para o consumo;
- apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;

- promoção de ações de educação permanente, de formação e sensibilização para os consumidores em geral;
- promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnico especializados.”²¹⁰

Já no Brasil, no plano da política nacional de relações de consumo, consta do Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 4º, o princípio que eleva o direito à educação para a sociedade de consumo à igualdade de direito fundamental, com respaldo na Constituição Cidadã: “educação, informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.”

Entretanto, esse dispositivo, ou seja, o que dele consta, em regra não é aplicado, nem nas escolas, nem nos meios de comunicação de massa. Salvo exceções, a exemplo da Fundação PROCON de São Paulo, em nível estadual, que tem como uma de suas atribuições, levar a informação e a educação aos consumidores.

No plano municipal, cita Ada Pellegrini Grinover et. al. que

“a prefeitura de São José dos Campos (SP), instituiu a *educação específica aos consumidores mirins*, para conscientizá-los da importância de ser um cidadão crítico e criterioso na hora de comprar ou contratar algum serviço, como faz, a Revista *De volta para o Futuro*²¹¹, à guisa de prestação de contas da administração da referida comuna. Sendo esse um dos principais objetivos da disciplina *Educação do Consumidor*.”

Diante disso, é possível visualizar que não deixa de ter conotação positiva tal disposição. Afinal, somos todos consumidores. Entretanto, cabe ressaltar que o Brasil é um país, geograficamente, de dimensões continentais. Existem localidades aonde só se chega pela água ou pelo ar. É uma questão, inclusive, que vale ser questionada, pois fatalmente tais localidades não têm acesso a nenhum tipo de informação, muito menos sobre relações de consumo, por menores que possam ser. Nessas localidades, é quase impossível levar educação, se lá, o maior problema é exatamente esse – falta de educação na acepção da palavra.

Entretanto, é preciso deixar claro um aspecto sobre a educação; não é só a educação formal, que consta dos currículos oficiais – das escolas. Também, há que ser considerada a

²¹⁰ SIMÃO, Ângela Maria Marini. A educação e a formação como via para a afirmação da cidadania. in: *Revista de Direito do Consumidor*. n° 46. abril-junho. São Paulo: RT, 2003. p. 10.

²¹¹ Publicação oficial e institucional da prefeitura de São José dos Campos (SP).

educação informal, aquelas que incluem atividades extras curriculares. Os jovens brasileiros, nitidamente, são “consumistas”, é uma geração que vive em função de marcas e marcas. Não bastam ter um objeto, uma peça de vestuário, um calçado, um utensílio que traz uma marca famosa. O jovem quer ter em seus armários, várias peças. São consumidores virtuais. Compram o que vêem anunciados na rede mundial de computadores.

Nesta linha de raciocínio, Ângela Maria Marini Simão traz que as realidades da sociedade virtual, com reflexões no consumo, e nas lojas virtuais e nos contratos virtuais, que são, afinal, novas modalidades de compra e venda, a que passará a aceder um número cada vez mais significativo de consumidores, obriga a que se reforcem as tarefas educativas neste particular, como essenciais à formação integral da pessoa humana.²¹²

Para eles, é preciso uma educação, não apenas formal, pois a escola é uma questão de mera obrigação. É preciso educá-los, conscientizá-los, usando os meios mais atrativos, extra-escola. Talvez usando os meios eletrônicos. Seria uma questão, então, de inclusão desse aspecto, nas políticas públicas educacionais. Para aqueles sem instrução nenhuma, carentes de informações, seria bom que se tomasse consciência, a sociedade como um todo, para, a exemplo da Fundação PROCON São Paulo e da Prefeitura Municipal de São José dos Campos (SP), instituir programas semelhantes, mas em âmbito nacional. Essa seria uma “obrigação” de âmbito administrativo, com caráter preventivo.

Como medida preventiva, ainda é importante citar o IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, que veicula revista especializada no mercado para a informação e orientação ao público em geral.

5.2.5 Atribuições coibitivas e repressivas do PROCON

Traz o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4º, inciso VI:

“Coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintos, que possam causar prejuízos aos consumidores.”

A coibição e repressão determinadas pelo Código de Defesa do Consumidor, artigo *in comento*, existem mecanismos para coibir ações enganosas, práticas lesivas no mercado de consumo, inclusive concorrências desleais, utilização indevida de inventos e criações

²¹² SIMÃO, ob. cit. p. 15.

industriais, das marcas e nomes comerciais e signos distintos que possam causar prejuízos aos consumidores. Para tanto, neste campo, o PROCON possui fiscais com poder de polícia que trabalham na autuação de fornecedores que violam o Código do Consumidor. Destaca-se a autuação de fornecedores por comercializarem produtos com data e validade vencida, pela falta de exposição de preços em vitrines, por práticas comerciais abusivas.²¹³

5.2.6 Conciliação no PROCON

Tenta-se no PROCON a solução dos problemas entre as partes litigantes, chamando-se reclamante e reclamado para entrarem em acordo. Alguns autores trazem indicações que esse procedimento tem surtido efeito. A exemplo do PROCON Municipal de Franca (SP), que em 2003, no total de cerca de 85% das reclamações registradas no órgão resultaram em acordo entre as partes. Com efeito, tem-se a diminuição de demandas no Poder Judiciário que já possui considerável número de ações.²¹⁴

A intimação que o PROCON faz à empresa reclamada a comparecer junto ao consumidor, é fundamentado no art. 55, § 4º da Lei 8.078/90. Se houver acordo, lavra-se um termo apropriado por duas testemunhas. Isso confere ao termo de acordo, o valor de título executivo extrajudicial, consoante inciso II do art. 585 do CPC.

É importante que se diga que o PROCON interage com outros órgãos para efetivar a defesa do consumidor, destacando a importância desse órgão na denúncia ao Ministério Público de empresas que descumprem a legislação consumerista e lesam a coletividade de consumidores. Assim, a Promotoria Pública recebe não só reclamações pessoais, mas todos os casos tidos como insolúveis junto ao PROCON, relativos ao direito coletivo. Neste caso, o MP aceitando a denúncia, faz a autuação e surge o procedimento de inquérito civil público na Promotoria. Em caso de rejeição por parte do MP de uma reclamação, haverá arquivamento, com apreciação do Conselho Superior do Ministério Público e comunicação ao PROCON apenas para efeito estatístico, juntando-se cópia do parecer fundamentado, após consideração do citado Conselho.²¹⁵

²¹³ CARVALHO, Denílson Afonso de. ob. cit., p. 60.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ CARVALHO, ob. cit., p. 61.

5.2.7 Sanções aplicadas pelo PROCON

O PROCON, como órgão de defesa e proteção do consumidor, atua na esfera administrativa, e com poderes a ele conferido pelo CDC- Código de Defesa do Consumidor, a partir de seus artigos, pode aplicar sanções, como as listadas abaixo.

- Sanções administrativas

Estas, são decorrentes do processo administrativo, têm seu elenco estabelecido no art. 56 do CDC:

“as infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas.

I - multa;

II - apreensão do produto;

III - inutilização do produto;

IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

V - proibição de fabricação do produto;

VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;

VII - suspensão temporária de atividade;

VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;

IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;

X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;

XI - intervenção administrativa;

XII - imposição de contrapropaganda.

“As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar antecedente ou incidente de procedimento administrativo” conforme disposto no parágrafo único deste artigo.”²¹⁶

Com o advento do Código, quis o legislador que o esforço fosse nacional, integrando os mais diversos segmentos que têm contribuído para a evolução da defesa do consumidor no Brasil. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC é a conjugação de esforços do Estado, nas diversas unidades da Federação, e da sociedade civil, para a implementação efetiva dos direitos do consumidor e para o respeito da pessoa humana na relação de consumo, não furtando-se da oportunidade de dizer que o direito fundamental consagrado pelo art. 5º XXXII, da Constituição Federal de 1988, incluindo a perspectiva administrativa, na qual o próprio perfil dessa administração se transforma, com vistas a incorporar dentre as

²¹⁶ DENARI, Zelmo, et. al. Código de Proteção e Defesa do Consumidor comentado. p. 566. in: *Revista de Direito do Consumidor*. n° 46. abril-junho. São Paulo: RT, 2003. p. 156.

suas finalidades e no “conceito-quadro de interesse público, novas exigências sociais – no caso, interesse coletivo, o que em perspectivas mais amplas, vem exigindo novas interpretações para o próprio papel a ser desempenhado pelo Estado e pelo Direito.”²¹⁷

Assim, tem-se que o legislador do Código, ao estabelecer as competências normativas, de controle e fiscalização da Administração (art. 55), determinar sanções aplicáveis (art. 56 e seguintes) e estruturar o SNDC (arts. 105 e 106) visou comprometer de modo efetivo a atuação estatal na atividade da defesa do consumidor; reforça esse entendimento, o Dec. 2.181/97, que no âmbito federal buscou estabelecer critérios e procedimentos à atuação dos órgãos de defesa do consumidor.

Ressalta-se, no entanto, que uma das características essenciais do direito do consumidor é a sua natureza interventiva nas relações privadas, o que se dá tanto na relação tipicamente privada entre fornecedor e consumidor, quanto na relação de direito público, submetida ao direito administrativo, o que neste caso, a atuação administrativa não se dá exclusivamente pelos dos órgãos especializados de defesa do consumidor, mas de todos aqueles cujas atribuições afetem em maior ou menor grau os interesses deste sujeito de direitos, que obviamente é o consumidor, o qual é efetivamente reconhecido pela lei como sujeito vulnerável, ante a relação de consumo estabelecida.

²¹⁷ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. “A defesa do consumidor no Brasil.” in: *Revista de Direito do Consumidor*. n.º 46. abril-junho. São Paulo: RT, 2003. p. 164.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório e incontestável que o Brasil é um país de contradições. Estão, no Texto da Carta Política, os princípios constitucionais, ali positivados, com um fim único de tutelar os interesses da coletividade, conferindo maior relevância à dignidade da pessoa humana, dando “asas” e possibilidades à construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Sensibilizado com a atual realidade social do país e, ao mesmo tempo, alçando o Brasil à contemporaneidade e revestido do poder que lhe conferiu o Estado, o constituinte de 1988 inseriu, no rol dos direitos e garantias fundamentais, o livre acesso ao Judiciário, em outras palavras, o acesso à justiça. No entanto, todo direito corresponde a um dever, uma obrigação. Assim, o Estado que tem por obrigação tutelar todos os direitos e garantias fundamentais inerentes ao homem, tem por competência fornecer os meios necessários e adequados de acesso à justiça a todos, principalmente àqueles que dela mais necessitam.

No entanto, o indivíduo não poderá usufruir da garantia de fazer valer seus direitos perante os tribunais se não conhecer a lei, nem o limite de seus direitos. Conhecer a “lei”, pressupõe conhecer a “justiça”. Grande parte da população brasileira, principalmente a camada mais pobre da sociedade, convive com esses obstáculos.

Vários fatores impedem ou limitam o acesso à justiça desses indivíduos. A pobreza, a falta de informação e a lentidão dos processos são os maiores entraves do acesso à justiça e atingem grande parte da população brasileira.

Nesse cenário, considera-se que um dos grandes passos a ser dados por parte do Estado para que a Constituição Federal seja efetivamente respeitada é o combate à miséria, como dos caminhos para se redesenhar o Brasil, mesmo sendo este um país de dimensões continentais. Em contrapartida, é importante que se diga que o juiz tem por obrigação como representante legitimado do Estado de adequar a aplicação do princípio da isonomia, para que o fosso que separa os “suficientes” dos “hipossuficientes”, os poderosos dos fracos seja equânime.

O Brasil é um país de milhões de miseráveis, por isso mesmo, o papel do juiz na sociedade brasileira é de fundamental importância. Pode ele, pelos poderes que lhes são

conferidos pelo Estado, resgatar seus semelhantes. Sim, somos nós, todos brasileiros, detentores das mesmas prerrogativas de cidadãos. Tal exposição refere-se ao tratamento dado pelo Judiciário ao rico-poderoso, que não ao pobre-indefeso.

N que se refere à lentidão dos processos, sabe-se que esta, não é prerrogativa única do Brasil. Em outros países também existe demora no julgamento dos processos. Acontece que no Brasil, pelo que se vê no dia-a-dia, falta instrumentalização no Judiciário, carece este Poder de mão de obra qualificada. Tudo isso contribui para a falta de celeridade aos feitos. Diante disso, mais se torna responsável o juiz em ampliar o acesso à justiça daqueles que de fato dela necessitam, dar celeridade aos processos, assumir responsabilidades sociais, pois ele é no que consta, o maior operador do Direito investido de poderes que só a ele são conferidos pelo Estado. O juiz não pode ficar inerte a esse caos que se instalou no Brasil, nos três Poderes.

Diante disso, entende-se que o Estado deve criar novas políticas públicas que sejam eficazes e favoreçam a criação de espaços e meios para que o cidadão possa conhecer os seus direitos e poder exercê-los em toda plenitude. Neste contexto, torna-se imprescindível redefinir o papel dos Juízes, dos Membros do Ministério Público e Defensores Públicos junto à sociedade. A cidadania plena surge com a consciência do indivíduo e sua transformação em realidade por meio da concretização dos direitos fundamentais. Dessa forma, o acesso ao direito e à justiça possibilita ao cidadão o exercício da cidadania.

Do exposto, pode-se dizer que a Assistência Judiciária deveria ser posta à disposição do hipossuficiente como condição primeira para seu ingresso no judiciário devendo, portanto, lhe ser fornecido além das isenções de custas e atos processuais, defensor público que efetivamente acompanhasse o andamento processual e defendesse os interesses dos indivíduos. Resta dizer, então, que tal “benefício” da justiça gratuita, como instrumento eminente processual, pode ser solicitado ao juiz da causa tanto no momento inaugural da ação, quanto no curso da mesma.

Tudo isso cedido ao indivíduo, cidadão brasileiro, dar-lhe-ia o sentido de cidadania. Dentre esses direitos tutelados e garantidos pelo Estado, está o direito do consumidor, o qual, como consequência dos demais, passou a ser elemento importante de afirmação da cidadania.

Essa proteção estatal tem fundamento na amplitude das relações de consumo e principalmente, na situação de hipossuficiência do consumidor de proteger seus direitos de cidadão se estes forem lesados pelos fornecedores, flagrante situação de desigualdade social e econômica. Tais circunstâncias evidenciam e solidificam a necessidade de uma proteção mais efetiva ao consumidor, tanto antes da aquisição do produto ou da prestação de serviço, quanto na tutela dos direitos já lesados nestas relações.

A materialização desse direito se dá no Código de Defesa do Consumidor. Este não é apenas um conjunto de normas, mas um instrumento para o exercício da cidadania, ou seja, a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de um Estado Democrático de Direito, que reconhece, tutela e garante todos os direitos individuais e sociais, colocados à disposição dos cidadãos, pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção e defesa.

O Código traz, portanto, como princípios fundamentais do sistema nacional de defesa do consumidor disposto no art. 4º do CDC, os seguintes: o do conhecimento da vulnerabilidade do consumidor; o da proteção governamental; o da compatibilização dos consumidores e das empresas; o da informação e o da educação de fornecedores e de consumidores; o do incentivo ao controle de qualidade dos produtos e o da instituição de mecanismos alternativos de solução de conflitos; o da coibição e da repressão de abusos no mercado de consumo e no âmbito da concorrência desleal; o da racionalização e da melhoria dos serviços públicos; o do estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Sabendo que o CDC tem por objetivo a proteção integral do consumidor em face do fornecedor, responsável, portanto, pela execução da política de defesa do consumidor, que se estenderá por todo o território nacional, atuando nos três níveis de governo.

Sendo assim, o Poder Público deve manter assistência judiciária gratuita para o consumidor carente; instituir Curadorias de Proteção ao Consumidor no âmbito do Ministério Público; criar Juizados Especiais de Pequenas Causas; criar Delegacias de Polícia especializadas para apuração de crimes contra o consumidor; conceder estímulos à criação de associações de Defesa do Consumidor; fiscalizar pesos e medidas, observada a competência normativa da União.

Por fim, na integração do sistema, os Estados e os Municípios deveriam manter órgãos gratuitos de atendimento, orientação e conciliação para os consumidores, muitos dos quais já presentes, entre nós, em várias unidades de governo. Então, a proteção do consumidor surge pela determinação de se cumprir a igualdade entre as partes – fornecedor e consumidor – independentemente da posição ou condição de cada parte envolvida, visando ao equilíbrio contratual, necessário se faz um tratamento igual entre as partes, respeitando seus limites.

Assim, condicionada ao limite do tratamento isonômico, isto porque a economia do contrato há muito sofria o desequilíbrio gerado pela falta de mecanismos eficientes de defesa do consumidor e o Código vem justamente sanear essa falha. Pela ausência de mecanismos eficazes, a tutela dos consumidores é feita pelo Estado em três planos: administrativo; legislativo e judiciário.

O PROCON se insere nesse contexto, como o organismo institucional de proteção e defesa do consumidor, e conseqüentemente, como dito em capítulo anterior, observa também, os aspectos práticos da defesa ou proteção jurídica do consumidor, e coletivamente, analisa os chamados interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogêneos de origem comum, mas sempre como coletividade de consumidores, em conflitos gerados por algum serviço prestado de maneira defeituosa.

Existem ‘instrumentos institucionais’, para exclusivamente, defender o consumidor e dar-lhe proteção, como por exemplo, os PROCON, os CEDECON, os SEDECON, bem como as Promotorias Especializadas de Proteção e Defesa do Consumidor, Juizados de Pequenas Causas ou Juizados Informais de Conciliação, as Defensorias Públicas, até mesmo as Delegacias de Polícia em pequenos Municípios, aqueles que não possuem nenhum órgão ou entidade competente que possa dirimir eventuais conflitos causados pela relação de consumo, e entidades privadas que se dediquem a esse tipo de atendimento.

Da análise desses elementos, pode-se observar que, basicamente, na delineação do Código, foi assentada a tutela do consumidor sob tríplice controle: o do Estado, o do consumidor e de suas entidades de representação e do próprio fornecedor, prevendo-se ações de ordem privada e também públicas para garanti-la e a efetivar os seus direitos, tendo a preocupação com o equilíbrio dos interesses em jogo; previne-se a posição da concorrência e proscvem-se práticas abusivas, a par da estimulação de mecanismos e auto-regulamentação

do mercado, que fica sob contínua fiscalização, a fim de detectar mudanças ocorridas e corretivos eventualmente necessários.

Com base nos princípios apontados, foram editadas normas protetivas, que o Código declara de ordem pública e de interesse social, a significar que não poderão ser alteradas, ou substituídas, pela vontade das partes, considerando-se nulas qualquer convenção em contrário (art. 1º).

Finalmente, considera-se que o PROCON tem como função institucional, atuar em duas vertentes – social e específica – contribuindo para educação e informação do consumidor; resolver e dirimir conflitos entre as partes na relação de consumo estabelecida. Este órgão, ainda atua como facilitador do acesso à justiça, aos que dela necessitam. Os instrumentos são: audiências de conciliação; investidura do Ministério Público, para auxiliar o PROCON em conflitos de difícil solução, ressaltando ainda, a legitimidade do PROCON para postular em juízo a defesa do consumidor, entre as quais ações coletivas conforme disposto no art. 82 do CDC.

REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. 1 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1978.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O acesso do consumidor à justiça no Brasil*. in: Revista de Direito do Consumidor, n. 16, p. 22-28, out./dez. 1995.

ANDOLINA, Italo & VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*. Torino: Giappichelli, 1990.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal brasileiro*. vols. I e II, 3 ed. Rio de Janeiro: Batista da Silva, 1920.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Procedimento e ideologia no Direito Brasileiro Atual*. *Ajuris*, 33/81. 1985.

ALVIM, Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 40, out-dez, 2001.

AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça e Equidade nas Relações de Consumo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré/EDUC/ FAPESP, 2002.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Cláudio. *Dicionário Histórico e Geográfico do Estado do Piauí*. Teresina: Editora, 1994.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira – Comentários*. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1924.

BATISTA DA SILVA, Ovídio A.. *Curso de Processo Civil*. v. 1, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

BENJAMIN, A. Herman. *O conceito jurídico de consumidor*. RT 628/69-79.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 37, in: Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 10, Volume 19, p. 191–216, jan./jun. 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

_____. Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Assistência Judiciária Gratuita.

_____. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Economia Popular

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Ação Popular.

_____. Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979. [Sindicatos]

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 10 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

_____. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

_____. Lei nº 9.099, de 29 de setembro de 1995. Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

_____. Decreto nº 2.187, 25 de março de 1997. Regulamenta o Código de Defesa do Consumidor.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1998.

CALMON, Eliana. “As gerações dos direitos e novas tendências.” in: *Revista de Direito do Consumidor*. nº 39. julho-setembro. Rio de Janeiro: RT, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. (trad. Ellen G. Northfleet) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça (Relatório de abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart sobre a Justiça Civil e suas alternativas, realizado em Londres, no *Institute of Legal Advanced Studies*, em 7-9.7.92. Traduzido do inglês por J. C. Barbosa Moreira) in: *Revista de Processo*, RT-SP, nº. 74, ano 19, abril-junho – 94, p. 82 – 97.

CIANCI, Mirna. *A responsabilidade do Estado e o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor sob enfoque da teoria do risco administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Judith Martins. “A boa-fé no direito privado.” São Paulo: RT, 2001. p. 325. in: *Revista de Direito do Consumidor*. nº 51, julho-setembro. São Paulo: RT, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A nova cidadania*. São Paulo: Lua Nova, n. 28/29, 1993.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CUNHA, Sérgio Sérvula da. *Dicionário compacto de direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

DENARI, Zelmo, et. al. Código de Proteção e Defesa do Consumidor comentado. p. 566. in: *Revista de Direito do Consumidor*. nº 46. abril-junho. São Paulo: RT, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed., vol. I, (revista, atualizada e com remissões ao Código Civil de 2002). São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Conflitos de normas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e Justiça*. São Paulo, Malheiros, 1994.

FERREIRA, A. B. Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Manual de direitos do consumidor*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GIL, Antônio Carlos. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Marcelo Kokke. *Responsabilidade civil dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. A problemática dos interesses difusos. in: *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Ed. Juruá, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *As Nulidades no Processo Penal*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LACERDA, Galeno. *O Código e o Formalismo Processual*. in: Revista da Ajuris, nº 28; Ano X, julho, Porto Alegre, 1983.

LACOMBE, Margarida Camargo (org.). *1988-1998 – Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LIPPMANN, Ernesto. *Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: LTR, 1999.

LUNA, Sérgio Vasconcelos de. *Planejamento de pesquisa: uma introdução*. São Paulo: EDUC, 1996.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 4 ed. São Paulo: Manole, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos humanos na ordem jurídica interna*. 1a.ed. Belo Horizonte: Interlivros Jurídica de Minas Gerais Editora, 1992.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. “A defesa do consumidor no Brasil.” in: *Revista de Direito do Consumidor*. nº 46. abril-junho. São Paulo: RT, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “O Município enquanto co-legitimado para a tutela dos interesses difusos.” in: *Revista Processo*. nº 48, 1987.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. “Estrutura orgânica do controle da publicidade de consumo no Brasil.” in: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 42. outubro-dezembro. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá Editora, 1994.

MARTINS, Flávio Alves. “A idéia de experiência no pensamento filosófico de Miguel Reale.” in: *A cultura contemporânea e o novo modelo jurídico*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor. Conceitos e Noções Básicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários 1º. a 5º. da CR*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos.” in: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Temas de Direito Processual*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2001

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Const. Federal*. São Paulo: RT, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 8 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. “O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.” in: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 44. outubro-dezembro. São Paulo: RT, 2002.

PALMA FILHO, João Cardoso. *Cidadania e educação*. Cadernos de pesquisa, n. 104. Fundação Carlos Chagas, São Paulo: Lis gráfica e editora, 1998.

PEIXINHO, Manoel Messias, et. al. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

PERELMAN, Chaïn. *Cidadania e educação*. São Paulo: Contexto, 1998.

_____. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs). *História da cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante & CAVALCANTE, Francisco. *Comentários ao Código Civil (de 1939)*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1962.

Revista de Direito do Consumidor. n. 4, São Paulo: RT, 2002

ROLLEMBERG, Jorge Torres de Mello. *Proteção ao Consumidor: seus problemas e dificuldades, iniciativas na área privada-oficializada do movimento pelo governo*. Escola Superior de Guerra, Trabalho Especial - TE87, Tema 21, 1987.

RUNES, Dagobert D. *Dicionário de filosofia*. (Trad.)Lisboa: Presença, 1990.

SANTOS, Altamiro José dos. Direitos Do Consumidor. *Revista do IAP*. n. 10. Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná, 1987.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SIMÃO, Ângela Maria Marini. A educação e a formação como via para a afirmação da cidadania. in: *Revista de Direito do Consumidor*. nº 46. abril-junho. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. Malheiros Editores, 2003.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOUZA, Miriam de Almeida. *A Política legislativa do Consumidor no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Edições Ciência Jurídica, 1996.

STOCO, Rui. *Abuso do Direito e má-fé processual*. Ed.RT, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Procedimentos Especiais*. vol III. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TROCKER, Nicòlo. *Processo Civile e Costituzione. Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milão: Giffre, 1974.

TUCCI, Jorge Rogério Cruz e. (cols.) *Garantias constitucionais do processo civil*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

WATANABE, Kazuo. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. *Filosofia e características do Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. RT. 1985.

_____. Acesso à justiça e a sociedade moderna. in: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. (Coord.) *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.