

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

SUZANA CRISTINA DE MELO SOUTO

O DIREITO DO CONSUMIDOR NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO: A Análise da
Vulnerabilidade do Consumidor na Sociedade de Risco

Recife
2016

SUZANA CRISTINA DE MELO SOUTO

**O DIREITO DO CONSUMIDOR NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO: A Análise da
Vulnerabilidade do Consumidor na Sociedade de Risco**

Monografia apresentado à Faculdade Damas da
Instrução Cristã, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Renata Celeste

Recife
2016

Souto, Suzana Cristina de Melo

O direito do consumidor no cenário contemporâneo: a análise da vulnerabilidade do consumidor na sociedade de risco. / Suzana Cristina de Melo Souto. – Recife: O Autor, 2016.

58 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Renata Celeste Sales e Silva.

**Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2016.**

Inclui bibliografia.

**1. Direito do consumidor. 2. Sociedade de risco. 3. Relação de consumo.
4. Ulrich Beck - Teoria I. Título.**

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2017-501**

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CURSO DE DIREITO

SUZANA CRISTINA DE MELO SOUTO

O DIREITO DO CONSUMIDOR NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO: A Análise da
Vulnerabilidade do Consumidor na Sociedade de Risco

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Orientador (a):

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo apoio incondicional e eterno incentivo ao estudo.

A minha orientadora e amiga Renata Celeste pela dedicação prestada na orientação deste trabalho e pela oportunidade de adquirir novos conhecimentos.

Ao professor Ricardo Silva pela disposição em sanar todas as minhas dúvidas.

Ao meu marido, Wagner, pela paciência e compreensão necessárias ao cumprimento desta etapa.

Aos meus amigos de turma, pelas palavras de incentivo e pela motivação, especialmente a Valéria Agra, Luíz Demétrio, Renata Verçosa, Mariana Sobral e Rodrigo Sávio pelo apoio e carinho durante toda a trajetória do curso de direito.

RESUMO

Este trabalho aborda a vulnerabilidade do consumidor no cenário contemporâneo. Para tanto utilizou-se a teoria do Sociólogo Alemão Ulrich Beck que define o atual estágio da sociedade, como Sociedade de Risco, em que os riscos ecológicos, nucleares, químicos, genéticos e econômicos, resultantes dos avanços da sociedade industrial e das inovações tecnológicas são globais e escapam cada vez mais dos mecanismos de proteção e controle. Portanto, diante deste atual estágio da sociedade o direito consumerista tem mecanismos eficazes de garantia da proteção do consumidor individual, posto que a sociedade contemporânea é marcada por relações de consumo dinâmicas e hipercomplexas, em que o mundo de consumo é desejado e acessível a todos, principalmente o virtual. A pesquisa tem por objetivo analisar a eficácia dos mecanismos de proteção ao consumidor na atual sociedade de risco e o método utilizado foi o hipotético-dedutivo. Por conseguinte, se constatou que Código de Defesa do Consumidor ainda não se mostra plenamente eficaz para proteção do consumidor no contexto da nova configuração social da pós-modernidade, uma vez que a produção em massa e o comércio eletrônico geram novos desafios para o direito do consumidor. Ademais, a lei consumerista ainda não consegue desempenhar sua função preventiva, isto fica evidenciado nos altos índices de demandas judiciais envolvendo as relações de consumo.

Palavras-chaves: Sociedade de Risco, Vulnerabilidade do Consumidor, Relações de Consumo.

ABSTRACT

This work addresses the vulnerability of the consumer in the contemporary scenario. The German sociologist Ulrich Beck's theory defines the current stage of society as a Risk Society, in which the ecological, nuclear, chemical, genetic and economic risks resulting from the advances of industrial society and technological innovations are global and increasingly escape protection and control mechanisms. Therefore, in view of this current stage of society, consumer law has effective mechanisms to guarantee the protection of the individual consumer, since contemporary society is marked by dynamic and hypercomplex consumer relations, where the consumer world is desired and accessible to all, mainly the virtual one. The research aims to analyze the effectiveness of consumer protection mechanisms in the current society of risk and the method used was hypothetico-deductive. Therefore, it has been found that the Consumer Protection Code has not yet proved to be fully effective for consumer protection in the context of the new social configuration of postmodernity, once mass production and e-commerce create new challenges for consumer law. In addition, the consumer law still can not perform its preventive function, this is evidenced in the high rates of judicial demands involving consumer relations.

Key-Words: Risk Society, vulnerability of the consumer, consumer relations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2. SOCIEDADE DE RISCO E OS REFLEXOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO	12
2.1 Sociedade de Risco: Da modernidade Simples à Modernidade Reflexiva.....	12
2.2. O Consumidor e a Sociedade de Risco	16
3. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR	20
3.1 A Evolução Histórica do Direito do Consumidor.....	20
3.2 O Código de Defesa do Consumidor: relação de consumo, consumidor e fornecedor.....	24
3.3 Princípios Essenciais de Proteção ao Consumidor.....	29
3.4 A Previsão da Teoria do Diálogo das Fontes no Código de Defesa do Consumidor.....	34
4. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JUDICIAIS EM MEIO A SOCIEDADE DE RISCO	39
4.1 A Transformação na Esfera Contratual a Luz da Vulnerabilidade	39
4.2 As Relações de Consumo na Sociedade de Risco: um enfoque nos contratos eletrônicos.....	43
4.3 As Relações de Consumo e as Demandas Judiciais.....	49
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a apresentar uma discussão sobre a vulnerabilidade do consumidor, principalmente frente a atual sociedade de risco. A proteção aos consumidores integra os direitos fundamentais, está expressamente prevista no art. 5º, especificamente no inciso XXXII da Constituição Federal de 1988. A defesa desse novo sujeito de direito, o consumidor, também foi consagrada como princípio da ordem econômica positivado no art. 170, inciso V, princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade.

A proteção do consumidor é fruto do reconhecimento da desigualdade de posição e de direitos em uma relação jurídica, quando presentes fornecedor e consumidor, principalmente na sociedade contemporânea. Essa desigualdade é medida na proporção em que o fornecedor é o detentor do poder econômico ou técnico e das informações, enquanto o consumidor se localiza numa posição mais frágil, mais vulnerável.

Em 1990, em virtude de determinação constitucional, foi editado o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, é uma típica norma de proteção de vulneráveis. Trata-se de uma lei principiológica, pois tem como objetivo maior a efetivação de um princípio constitucional, a defesa do consumidor, por isso seu caráter especial e tem como finalidade buscar o equilíbrio das relações de consumo.

A vulnerabilidade do consumidor é o princípio norteador do direito do consumidor, é o que caracteriza o consumidor e impulsiona a sistematização desse novo direito que busca tutelar a parte mais fraca e equilibrar essa nova relação de consumo em tempos de pós-modernidade.

Desde o século XX, a organização da sociedade é projetada a partir de um fenômeno decorrente da relação de consumo. A crescente automação, a massificação de ofertas de produtos e serviços, a informatização, a tecnologia de consumo virtual, o império da propaganda e a disseminação do crédito fácil, entre outros, caracteriza a atual sociedade, como tempo de hipermodernidade ou tempo de hiperconsumo. O agente social definidor da atual sociedade é sem dúvida o consumidor (MARQUES; MIRAGEM, 2014).

Este trabalho é relevante pois visa demonstrar que nesta atual sociedade, marcada por relações de consumo hipercomplexas, em que o mundo de consumo é

desejado e acessível a todos, principalmente o virtual, há uma grande necessidade de garantir uma defesa e proteção ao agente mais fraco da relação. A Constituição Federal de 1988 que instituiu o Estado Democrático de Direito, estruturado em princípios fundamentais, inova ao dispor sobre a proteção dos consumidores, incluindo-o como um direito fundamental e posteriormente regulamentou este direito com a edição do Código de Defesa do Consumidor que traça normas específicas de observância obrigatória em qualquer relação de consumo, estabelece os direitos dos consumidores, assim como os deveres dos fornecedores, objetivando, principalmente equilibrar a relação desigual entre consumidor e fornecedor.

Apesar dessa proteção legal, ainda, há um grande desafio a ser perseguido, uma vez que a sociedade pós-moderna é dinâmica e potencialmente geradora de riscos, muitos, ainda, desconhecidos. Desta maneira, diante desta dinâmica social, se faz necessário discutir e pensar formas de otimizar o Código de Defesa do Consumidor e a legislação de proteção ao consumidor.

O Sociólogo Alemão Ulrich Beck, define este atual estágio da sociedade, como Sociedade de Risco, característico da sociedade pós-moderna, resultante dos avanços da sociedade industrial, de novos questionamentos, do progresso técnico econômico e dos processos de tomada de decisões. Logo, diante da atual sociedade de risco, o direito consumerista tem mecanismos eficazes de garantia a proteção do consumidor individual?

Para tanto, tem-se como hipótese, que apesar da edição do Código de Defesa do Consumidor, este ainda não se mostra plenamente eficaz para a proteção do consumidor, principalmente no atual contexto da sociedade de risco em que as relações de consumo são extremamente dinâmicas e complexas, pois ocorrem tanto em ambiente físicos como em ambientes virtuais, não reconhecendo fronteiras e traçando, com isso, um novo paradigma.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a eficácia dos mecanismos de proteção ao consumidor na atual sociedade de risco. E, ainda, como objetivos específicos pretende traçar um panorama dos reflexos nas relações de consumo a partir do referencial teórico de Sociedade de Risco de Ulrich Beck, destacar a origem e desenvolvimento do direito do consumidor e, por fim, caracterizar a vulnerabilidade do consumidor nas relações judiciais em meio a sociedade de risco.

A metodologia usada foi a hipotético-dedutiva que consiste na formulação de hipóteses que devem ser submetidas a testes, à crítica intersubjetiva, ao controle mútuo pela discussão crítica e ao confronto com os fatos, para verificar quais são as hipóteses que persistem como válidas. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica por meio de livros, artigos científicos, periódicos, monografias, dissertações, teses, jurisprudência, legislações nacionais e legislações específicas sobre o tema.

Os temas são discutidos em três capítulos. Primeiramente, aborda-se a Sociedade de Risco, seu conceito, alcance e os reflexos nas relações de consumo. Este capítulo traz uma visão panorâmica da sociedade de risco tendo como referencial teórico as ideias do sociólogo Alemão Ulrich Beck. É apresentada a forma como ocorreu o processo de modernização, a transição da sociedade simples, característica da sociedade industrial, para a sociedade pós-moderna, ou seja, a transição da modernidade simples para a que o autor denomina de modernidade reflexiva, através da análise dos riscos e como esse processo de transição influenciou na forma de organização do mercado de consumo.

Num segundo momento, são feitas as considerações sobre a origem e o desenvolvimento do direito do consumidor com o objetivo de traçar um breve histórico do direito do consumidor dentro do ordenamento jurídico. O referido direito está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, como direito fundamental, além de princípio da ordem econômica. A partir do ditame constitucional, no ano de 1990, foi editado o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078. Este capítulo aborda, também, os princípios essenciais de proteção previstos na Lei consumerista, assim como a inter-relação desse diploma legal com outras normas de outros ramos do direito caracterizando o que se chama na atualidade de Teoria do Dialogo das Fontes.

E, por fim, trata-se da vulnerabilidade do consumidor nas relações judiciais em meio a sociedade de risco, são feitas as considerações sobre as transformações na esfera contratual para garantir a proteção do consumidor e o equilíbrio contratual, em seguida aborda-se as relações de consumo realizados por meio virtual, demonstrado que neste tipo de relação o consumidor encontra-se em uma posição de vulnerabilidade agravada. Ao final, será realizada uma breve análise do Relatório Justiça em Números-2016 do Conselho Nacional de Justiça quanto as demandas de consumo, pretende-se, apontar que apesar das conquistas

normativas referentes a defesa do consumidor, esta proteção, ainda, encontra-se distante de ser efetivada, em especial no que diz respeito as relações hipercomplexas de consumo existentes na sociedade pós-moderna.

2. Sociedade de Risco e os Reflexos nas Relações de Consumo

Este capítulo apresenta uma visão geral da teoria da Sociedade de Risco sob o arcabouço teórico do sociólogo Alemão Ulrich Beck que identifica uma divisão que separa a modernidade simples da modernidade que o autor denomina como modernidade reflexiva através da análise dos riscos e como esse processo de transição incide na forma de organização do mercado de consumo.

2.1 Sociedade de Risco: Da modernidade Simples à Modernidade Reflexiva

O sociólogo Alemão Ulrich Beck identifica uma divisão que separa a chamada modernização simples, da modernização reflexiva. A modernização simples corresponde a Sociedade Industrial, denominada a sociedade de classes, caracterizada por uma sociedade estatal e nacional, pela propriedade dos meios de produção, pela apropriação da mais-valia, pela rápida industrialização e pelo conhecimento e controle dos riscos produzidos. A modernidade reflexiva tem início no final do século XX, é reflexiva porque a sociedade se conscientiza dos riscos advindos da modernidade e reflete sobre eles.

A introdução de novos riscos é o que caracteriza a sociedade de risco, em que os riscos se diferenciam aos da sociedade anterior, são ameaças com potencial de autodestruição, criados artificialmente pelo avanço tecnológico e pelo desenvolvimento extremo da sociedade industrial, não são limitados no espaço e no tempo ou no plano social e revelam uma crise profunda (estrutural) das instituições da sociedade industrial.

A transição da sociedade industrial para a Sociedade de Risco é caracterizada pela inserção de novos riscos. Segundo Beck a produção social de riqueza é indissociável da produção social dos riscos. Na sociedade industrial os recursos eram distribuídos seguindo a lógica da distribuição das riquezas na sociedade de escassez, na sociedade contemporânea a lógica é de distribuição dos riscos. Desta feita, há uma sobreposição dos problemas distributivos pré-existentes com os dos riscos gerados científica e tecnologicamente. Na sociedade de classes, a grande questão é como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de maneira desigual e de forma legítima. Na sociedade de risco, a questão central é como as ameaças e riscos criados podem ser evitados ou minimizados de modo a

não comprometer o processo de modernização e sem romper com a barreira do que seja socialmente aceitável (BECK, 2011).

Essa nova lógica de distribuição dos riscos, relativiza o próprio conceito de classe social típico da sociedade industrial, pois em determinado momento os riscos atingem aqueles que os produziram e aqueles que lucraram com eles, o que Beck denomina como, efeito bumerangue, pois os riscos e seus efeitos são sentidos de forma igual, são democraticamente distribuídos pela sociedade, principalmente os riscos ambientais, que foram exaustivamente discutidos nas obras de Ulrich Beck.

Os conflitos característicos da sociedade industrial clássica, como a distribuição de riqueza (renda, emprego, seguro social), agora, são dissimulados pelos conflitos de distribuição dos riscos. Tem-se a utilização de novos conceitos, pois os riscos são sentidos de forma diferente na sociedade industrial e na sociedade de risco.

Os riscos da modernidade diferem dos riscos da sociedade industrial, pois nesta fase a produção do risco e a sua gestão eram controladas pelas instituições que conheciam os riscos e suas ameaças. Na sociedade pós-moderna, os riscos, que são derivados da sociedade industrial, produzidos pelo avanço tecnológico, pela biotecnologia, pelos programas nucleares e pela degradação ambiental, com isso, passam a ser globais, pois não conhecem fronteiras, afetam todos, sem distinção de território ou classes sociais, são não-controláveis e imprevisíveis, o risco traz insegurança e incerteza em razão da não previsibilidade de suas consequências, são não-compensáveis, os seus possíveis efeitos rompem com a segurança da sociedade industrial, com isso, não se pode determinar uma forma de compensação adequada.

Beck apresenta cinco teses para confirmar que os riscos presentes e enfrentados na sociedade caracterizam a atual sociedade de sociedade de risco. Os riscos estão abertos a processos sociais de definição; os riscos atingem a todos, não são riscos de classes mas são globais e não respeitam fronteiras; os riscos não contradiz a lógica capitalista do desenvolvimento, ao contrário a sociedade industrial produz o aproveitamento econômico das situações de ameaça; o conhecimento sobre o risco passa a ter um papel político relevante e, por fim, os riscos desencadeiam efeitos colaterais sociais, político e econômicos que tem repercussões no mercado, no capital, nos procedimentos judiciais, nas tomadas de decisões, surgindo, assim, a sociedade de risco (BECK, 2011).

Os riscos da modernização, descritos pelo sociólogo Ulrich Beck, são decorrentes desse processo de modernização, não há como definir um momento claro do seu surgimento, trata-se de um processo contínuo e em paralelo, pois na sociedade industrial a busca pela riqueza e pelo desenvolvimento, levou a uma necessária evolução dos próprios mecanismos industriais, porém, os riscos produzidos eram supostamente conhecidos e controláveis. Só que essas ameaças potenciais manifestaram-se com os seus efeitos colaterais, a produção de bens e riqueza, levou, sistematicamente, a produção social dos riscos.

Por trás da pluralidade de interesses, está iminente e cresce a concretude do risco, que já não respeita qualquer diferença ou fronteira social e nacional [...] é justamente ao lidar com o risco que se origina uma multiplicidade de novos conflitos e diferenciações. Estes não se achem mais ao esquema da sociedade de classes. Eles surgem sobretudo da ambivalência dos riscos na sociedade de mercado desenvolvida: os riscos não são apenas riscos são também oportunidades de mercado. [...] aumenta a importância social e política do conhecimento, e conseqüentemente do acesso aos meios de forjar o conhecimento (ciência e pesquisa) e disseminá-lo (meios de comunicação em massa). A sociedade de risco é, nesse sentido, também a sociedade da ciência, da mídia e da informação (BECK, 2011, p. 56).

Atinge-se, portanto, uma superprodução de riscos, incluídos os riscos ecológico, nucleares, químicos, genéticos e econômicos. As ameaças ambientais ocupam uma posição especial, a destruição da natureza, consequência do desenvolvimento industrial, acarretam conflitos e ameaças sociais, políticos e econômicas, os quais se transformam em novos desafios a serem vividos pela atual sociedade de risco, observa-se, que esses desafios, estão próximos e atingem a todos, em sua vida cotidiana, como, por exemplo, a presença de pesticidas nos alimentos, o desmatamento, o aquecimento global, a desertificação de extensas áreas, os problemas decorrentes da falta de água, a contaminação das águas dos rios, entre outros, que influenciam definitivamente as condições básicas da vida nesse atual modelo de sociedade.

O termo Sociedade do Risco refere-se a uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem a escapar do controle e da proteção tradicional da sociedade industrial.

Os efeitos da modernização e as estruturas da sociedade industrial são caracterizadas por Beck, em duas fases, quais sejam:

Primeiro, um estágio em que os efeitos e as autoameaças são sistematicamente produzidos, mas não se tornam questões públicas ou o centro de conflitos políticos. Aqui, o autoconceito da sociedade industrial ainda predomina, tanto multiplicando como “legitimando” as ameaças produzidas por tomadas de decisão, como “riscos residuais” (a “sociedade de risco residual”). Segundo, uma situação completamente diferente surge quando os perigos da sociedade industrial começam a dominar os debates e conflitos públicos, tanto políticos como privados. Nesse caso, as instituições da sociedade industrial tornam-se os produtores e legitimadores das ameaças que não conseguem controlar [...] por um lado, a sociedade ainda toma decisões e realiza ações segundo o padrão da velha sociedade industrial, mas, por outro, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são obscurecidos por debates e conflitos que se originam do dinamismo da sociedade de risco (BECK; GIDDENS; LASH, 2012, p. 17).

Desse modo, ao mesmo tempo em que a sociedade passa a ter consciência do risco, comporta-se, ainda, seguindo o mesmo padrão da sociedade industrial. O processo de modernização, o progresso técnico econômico são estranhos aos riscos que provocam e as instituições de controle e proteção da sociedade industrial passam a ser questionadas, pelo latente surgimento do risco e por não conseguirem controlar essa nova ameaça.

Enquanto na sociedade industrial clássica o paradigma era o da “igualdade” em suas mais variadas formulações (da igualdade material à igualdade de oportunidades), na sociedade de risco o paradigma passa a ser o da segurança. Nesta transição, começa a ocorrer uma diferenciação qualitativa da solidariedade social. Na sociedade industrial, de escassez, essa solidariedade se fundava na carência, já na sociedade de risco, a solidariedade encontra seu fundamento no medo (sociedade do medo). E este novo tipo de solidariedade social torna-se uma força política (FALBO; KELLER, 2015).

Um conceito importante para entender a sociedade de risco é o da individualização, que para Beck significa:

Primeiro, a desincorporação, e, segundo, a reincorporação dos modos de vida da sociedade industrial por outros modos novos, em que os indivíduos devem produzir, representar e acomodar suas próprias biografias [...] significa a desintegração das certezas da sociedade industrial [...] A individualização e a globalização são, na verdade, dois lados do mesmo processo de modernização reflexiva” (BECK; GIDDENS; LASH, 2012, p. 29-31).

Para Beck, a individualização, assim como, a globalização são fenômenos decorrentes da reflexividade. O Estado de Bem-estar Social proporcionou o acesso às políticas públicas de melhoria na qualidade de vida, o crescimento do mercado de

trabalho assalariado e o acúmulo de informações. A modernização, garantida pelo Estado de Bem-estar Social, rompeu com as formas tradicionais da sociedade industrial, houve uma emancipação do trabalhador assalariado e de sua respectiva classe social.

Beck se refere a este momento como modernização reflexiva, em que os processos de modernização tornam-se reflexivos, pois são ao mesmo tempo tema e problema. Em que reflexão se relaciona com a ideia de autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco (BECK, 2011).

Considerando o dinamismo que é característico das sociedades modernas, tem-se uma mudança de paradigma, um novo estágio, chamado por Ulrich Beck de modernização reflexiva, que significa a possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. Os sujeitos dessa destruição criativa não se expressam pela luta de classe, pela revolução e nem pela crise, mas, pela vitória do capitalismo (BECK; GIDDENS; LASH, 2012).

Nessa esteira, a modernização reflexiva abre um novo caminho para uma outra modernidade, de forma silenciosa e sem planejamento, rompendo com os contornos da sociedade industrial e instaurando uma nova forma social, fazendo emergir a sociedade mundial do risco.

O grande desafio da sociedade contemporânea é, portanto, encontrar uma forma de minimizar os riscos que são gerados pelo próprio avanço da modernidade sem comprometer o processo de modernização da sociedade.

2.2. O Consumidor e a Sociedade de Risco

O processo de transição da sociedade simples para a sociedade reflexiva incidiu intensamente na forma de organização do mercado. Os fluxos tanto da informação e da comunicação, como, também, dos bens, articulam-se primordialmente, não mais com a produção, mas com os sistemas de consumo voltado para o mercado.

A sociedade moderna tem como traço principal a individualização que faz com que o homem se liberte, rompa com a sociedade de classe, típica da fase industrial, surgindo a classe trabalhadora reflexiva que possui características de consumidores individualizados e de usuários dos meios informatizados de produção (BECK; GIDDENS; LASH, 2012).

A individualização traz para um número sempre crescente de pessoas uma liberdade sem precedentes de experimentar – mas (*timeo danaos et dona ferentes...*) traz junto a tarefa também sem precedentes de enfrentar as consequências. O abismo que se abre entre o direito à autoafirmação e a capacidade de controlar as situações sociais que podem tornar essa autoafirmação algo factível ou irrealista parece ser a principal contradição da modernidade líquida – contradição que, por tentativa e erro, reflexão crítica e experimentação corajosa, precisamos aprender a manejar coletivamente (BAUMAN, 2001, p. 52).

A globalização é uma das principais características da sociedade de risco, pois, como já dito anteriormente, os riscos não estão mais adstritos a um lugar ou a uma determinada classe social, os riscos são globais e possuem consequências sociais.

A sociedade industrial foi orientada pela segurança, o homem trabalhador, era movido pela busca de um ambiente confortável, estável, a posse de bens indicava um futuro seguro, nesta sociedade, a de produtores, a satisfação se revelava na promessa de segurança a longo prazo (BAUMAN, 2008).

Com a transformação do modelo de sociedade, surge, ao mesmo tempo, com a sociedade de risco, no desenvolvimento da modernização reflexiva e intrinsecamente interligados, a sociedade de consumo, a segurança já não se amolda mais a sociedade dos consumidores, a atividade consumista não é mais um sistema para satisfazer as necessidades, o seu sistema motivador passa a ser o desejo, o “ter” simplesmente, traçando sua característica volátil e efêmera.

A sociedade do consumo se desenvolve, na medida que tornar infinita a não satisfação dos seus membros, colocando à disposição dos consumidores uma gama infinita de possibilidades e de objetos atrativos que nunca poderá ser totalmente consumido, sempre surgindo novas possibilidade e novos objetos. Consumir torna-se uma atividade de inclusão social, uma escolha de estilo de vida, um sentimento de pertencimento a uma sociedade.

“Consumir”, portanto, significa investir na afiliação social de si próprio, o que, numa sociedade de consumidores, traduz-se em “vendabilidade”: obter qualidades para as quais já existem uma demanda de mercado, ou reciclar as que já se possui, transformando-as em mercadorias para as quais a demanda pode continuar sendo criada [...] os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade (BAUMAN, 2008, p 75-76).

Na atual sociedade de risco o simples ato de consumir envolve risco. O desenvolvimento cultural, social, tecnológico e econômico, aliado a globalização e ao comércio internacional, principalmente a comercialização de bens, produtos e serviços pelo meio virtual tem gerado um grande desafio no que se refere a proteção dos consumidores, o espaço físico foi extinto, assim como a noção de território, emergindo um novo ambiente de relacionamento interpessoal, representado uma verdadeira quebra com o passado (MARQUES, 2012).

Ademais, o consumidor encontra-se em uma sociedade massificada, em que a crescente oferta de produtos e serviços, a indústria do *marketing* e propaganda tem multiplicado os números dos contratos com cláusulas impostas unilateralmente pelo mercado, como os contratos de adesão, observa-se um aumento incalculável do fenômeno das redes contratuais, a oferta de crédito fácil, além de novos tipos de contratos, como por exemplo, o de *leasing*, *franchising*, *factoring*, *know-how*, *hedging*, *shopping center*. Destaca-se também as relações de consumo realizadas por meio da internet, de forma virtual, utilizando computadores, celulares, tablets, inaugurando uma fase mais internacional, globalizada e visual da pós-modernidade (MARQUES, 2014).

A sociedade de consumo incorpora o risco na sua própria forma de ser, o consumidor se torna um sujeito manipulável pelo mercado, e por conseqüente mais vulnerável.

Ao longo da evolução histórica da sociedade observa-se uma mudança do que seria bens economicamente relevantes. Na Idade Média a riqueza era representada pelos bens imóveis, na Idade Moderna a economia era marcada pela produção e distribuição em massa, de bens iguais, a resultar no fordismo e no taylorismo, com a despersonalização das relações com os clientes que passam a ser denominados consumidores, nesta fase os bens juridicamente relevantes são os bens móveis material. Na atual fase de pós-modernidade a riqueza econômica passa a ser os bens móveis imateriais, como por exemplo, os *softwares*, e os “fazer” ou serviço de massa, como os de comunicação, de lazer, de segurança, de educação, de saúde, do crédito, tem-se uma privatização generalizada dos serviços públicos rompendo com a segurança do Estado do bem-estar e uma superação das barreiras fronteiriças em decorrência do fenômeno da globalização (MARQUES, 2014).

Com o propósito de adequar a normatização brasileira a esses novos desafios da sociedade pós-moderna, se fez necessário elevar o consumidor a uma condição de um novo sujeito de direitos pós-modernos, identificado constitucionalmente, garantindo a sua proteção como direito fundamental.

Nesse diapasão, o princípio da proteção do consumidor consagrado na Carta Magna, tanto como direito fundamental, como princípio da ordem econômica, repercute transformando diversos institutos jurídicos, a exemplo dos contratos e da responsabilidade civil, sendo o principal instrumento normativo da efetivação desses direitos o Código de Defesa do Consumidor (MARQUES; MIRAGEM, 2014).

A Lei Consumerista foi criada com o objetivo de zelar pelas relações de consumo, visto que os contratos na atual sociedade pós-moderna são em sua grande maioria contratos de consumo refletindo o novo modo de relacionamento e de vida presente no mundo contemporâneo.

Na lição de Miragem (2014, p. 227) “ato de consumir [...] se traduz juridicamente em um contrato de consumo, estabelecido entre consumidor e fornecedor, com vista a realização do interesse de cada uma das partes [...]”

As relações de consumo têm um importante papel no desenvolvimento da economia do país, o consumidor passa a ser um agente ativo no mercado e na sociedade, tanto pelo uso do crédito quanto pelo seu endividamento, dado que a inevitabilidade de consumir leva a procura por crédito, muitas vezes, de maneira imprudente, porque incompatível com as condições econômicas do agente, o que leva a um estado de superendividamento característico também da sociedade de consumo.

Em termos de desenvolvimento da modernidade, com a emergência dos riscos resultantes do modo de produção capitalista, massificado, com estratégias de *marketing* agressivas, e ainda, a transformação do sujeito consumidor em mercadoria, inserido em uma sociedade de consumo cada vez mais despersonalizada, notadamente nas relações virtuais, é que se fez necessário uma tutela efetiva aos sujeitos afetados por novos riscos decorrentes do desenvolvimento e da formação do mercado de consumo, em que a relação é sempre marcada pela desigualdade das partes nela envolvida.

3. Origem e Desenvolvimento do Direito do Consumidor

Neste momento será abordado a origem e o desenvolvimento do direito do consumidor que no Brasil surgiu com a Constituição Federal de 1988 em que a proteção ao consumidor foi posta como direito fundamental e como princípio da ordem econômica. A partir das disposições constitucionais, em 1990 foi editado o Código de Defesa do Consumidor que positivou uma série de princípios voltados para a proteção do sujeito vulnerável, ou seja, o consumidor. Também será estudado a inter-relação entre esse diploma legal e outras normas e ramos do direito caracterizando o que se chama na atualidade da Teoria do Dialogo das Fontes.

3.1 A Evolução Histórica do Direito do Consumidor

O século XX foi o século das transformações do direito contemporâneo, em que se observou o surgimento de novos direitos, como o direito ambiental, biodireito, direitos humanos e dentre eles, o direito do consumidor, além de outros. Todos com uma função de atender as mudanças decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico que, por consequência, acarretou transformações sociais, políticas e econômicas, na sociedade moderna.

Neste novo cenário, da sociedade contemporânea, o direito de consumidor, é um grande destaque, o desenvolvimento industrial, aumentou a produção de bens que passou a ser em grande quantidade, em massa, para atender o aumento da demanda pela procura por bens e produtos. Esse fenômeno alterou a forma de distribuição dos bens e produtos no mercado. Antes o próprio fabricante era o responsável pela distribuição, a partir desta fase a distribuição também passou a ser em cadeia, de maneira que os comerciantes e consumidores passaram a receber os produtos embalados e lacrados, não conhecendo, deste modo, o verdadeiro conteúdo dos produtos que comercializam ou consomem. Esse novo modelo de produção e distribuição teve grande repercussão na forma de contratação, pois cláusulas contratuais eram estabelecidas unilateralmente pelos fornecedores e produtores e impostas aos consumidores, surgindo os contratos de adesão, contratos de massa e outros em que o consumidor era submetido a cláusulas abusivas de toda ordem, demonstrando a grande desigualdade das partes envolvidas nesta forma de contratação. (CAVALIERE FILHO, 2014).

A desigualdade patente entre fornecedor e consumidor não era juridicamente disciplinada o que fez surgir um novo debate legislativo sobre como equalizar essa relação.

Desigualdade esta que pode se apresentar de diversos modos, seja originária de desproporção da capacidade econômica das partes, ou mesmo da ausência de acesso e compreensão das informações sobre os aspectos da relação jurídica em que participa, assinalando o fenômeno da vulnerabilidade de um dos seus sujeitos (MIRAGEM, 2014, p. 37).

A origem da preocupação com os direitos dos consumidores começou somente na década de 60 com o discurso do Presidente Kennedy, nos Estados Unidos, em decorrência de problemas nos tanques de combustível do veículo Ford Pinto que causou vários acidentes levando a morte de pessoas e causando revolta nos consumidores. A partir do discurso de Kennedy há um reconhecimento dos direitos básicos dos consumidores como direitos à segurança, à saúde, à informação, à escolha e o direito de serem ouvidos. Sendo um marco inicial na luta pelo reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos protegido pelo Estado.

Em 1973, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, na 29ª Sessão em Genebra, identificou como direitos básicos dos consumidores, o direito à segurança, à integridade física, à honra, à intimidade, à informação e o respeito à dignidade humana dos consumidores. Desta forma, o direito consumerista se fortaleceu como um direito humano de nova geração, um direito social econômico, direito de igualdade material com proteção da parte mais fraca, como um mecanismo de defesa das relações de consumo, notadamente diante dos fornecedores de produtos e serviços.

Já em 1985 a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU positivou em âmbito internacional o princípio da vulnerabilidade do consumidor por meio da edição da Resolução 39/248 chamada Diretrizes para a Proteção do Consumidor das Nações Unidas, determinando regras gerais a serem adotadas e observadas por todos seus países membros, ante o desequilíbrio da relação consumidor/fornecedor, regulando profundamente a matéria, para garantir, além de outros, os seguintes objetivos (a) a proteção dos consumidores contra os riscos para a sua saúde e segurança; (b) a promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; (c) o acesso dos consumidores a informações adequadas que lhes permitam fazer escolhas informadas de acordo com os desejos e necessidades

individuais; (d) a educação do consumidor; e) a possibilidade de reparação efetiva ao consumidor; f) a liberdade de formar grupos ou outras organizações pertinentes de consumidores e a oportunidade de tais organizações apresentarem as suas observações por processos que lhes digam respeito de tomada de decisão; g) a promoção de modalidades sustentáveis de consumo.

Essas diretrizes tinham como finalidade orientar cada Estado na estruturação e fortalecimento de políticas de defesa do consumidor, em especial, nos países em desenvolvimento.

No Brasil, na década de 80, marcada pelo processo de redemocratização do país, começa a ganhar força o movimento consumerista, o qual pretendia incluir o tema da defesa do consumidor nas discussões da Assembleia Nacional Constituinte. Em 1985, foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, por meio do Decreto nº 91.469, de 24 de julho de 1985, com o objetivo de difundir a importância do direito do consumidor.

Ademais, a luta pelo direito do consumidor é reflexo dos problemas enfrentados pelos brasileiros na segunda metade da década de 80, com a implantação do Plano Cruzado e suas consequências na economia. O Código Civil desta década, promulgado em 1916, bem como as normas de regime privatista, não eram suficientes para lidar com as situações envolvendo o consumidor e o sistema tipicamente de massa. (CAVALIERE FILHO, 2014).

Toda essa problemática foi discutida quando da elaboração da Constituição de 1988 que inseriu a defesa do consumidor entre os direitos e garantias individuais e coletivos e reconheceu um novo sujeito de direito, o consumidor. Assim, estabelece o art. 5º, inciso XXXII, expressamente que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988). Ressalta-se que a proteção do consumidor é posta como direito fundamental, sendo, portanto, o consumidor, sujeito titular de direitos constitucionais fundamentais. Soma-se a isso, que a defesa do consumidor é tratada no art. 170, inciso V da Constituição Pátria como princípio da ordem econômica. Percebe-se a forte tendência de legitimar todas as medidas protetivas necessárias para garantir a defesa do consumidor.

O termo “direitos fundamentais se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos a pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2014, p. 263).

Os direitos fundamentais e suas dimensões estão vinculados a um determinado momento histórico e socioeconômico na qual se encontra a sociedade. A primeira geração dos direitos fundamentais é fruto de um Estado Liberal marcado pelo individualismo, neste contexto assume particular relevo os direitos relacionados ao princípio da liberdade. Com o impacto da industrialização e, conseqüentemente, os graves problemas sociais e econômicos, o Estado passou a assumir um comportamento ativo com o intuito de concretizar a justiça social, esta característica de Estado-Social fez surgir os direitos de segunda geração como os relacionados ao princípio da igualdade, presente, principalmente, nas constituições do segundo pós-guerra (SARLET, 2014).

Em decorrência do processo de modernização pós-segunda guerra e o crescente desenvolvimento tecnológico e com objetivo de alcançar e proteger direitos decorrentes de uma sociedade já modernamente organizada, que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e a densa urbanização, nascem os direitos fundamentais de terceira geração, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, estes direitos se destinam a proteção de grupo humanos, visto que são caracterizados como direitos de titularidade transindividual (coletiva ou difusa). É nesta dimensão que se enquadra os direitos dos consumidores já que a Lei Consumerista visa a pacificação social, ao proteger a parte mais vulnerável, buscando, deste modo, equilibrar a desigual relação existente entre consumidores e fornecedores (TARTUCE; NEVES, 2016).

O Código de Defesa do Consumidor –CDC instituído pela Lei nº 8078 de 1990 foi elaborado por força de mandamento constitucional, constante no art. 48 do Ato das Disposições Transitórias o qual fixou prazo para o legislador aprovar um código de proteção ao consumidor.

O Código Consumerista é uma lei de ordem pública e interesse social, conforme preconizado no seu artigo 1º, o que lhe confere um status diferenciado em relação as demais normas legais que não possuem um fundamento constitucional. Versa sobre a realização do direito fundamental de defesa e proteção do consumidor e tem por objetivo a determinação de uma igualdade fática ou substancial, como direitos pertencentes a um grupo, abstratamente definido pela ordem pública, a partir da escolha de critérios fáticos que determinem seu significado supraindividual (MIRAGEM, 2014).

A determinação da lei como de ordem pública demonstra o seu caráter imperativo, visto que protege em razão da vulnerabilidade, o consumidor, e limita a autonomia da vontade das partes, aos estritos limites determinados na lei.

3.2 O Código de Defesa do Consumidor: relação de consumo, consumidor e fornecedor

A Lei nº 8078/1990 (CDC), é uma lei principiológica que se destina a efetivar, na esfera infraconstitucional, os ditames constitucionais de proteção e defesa do consumidor enquanto norma vigente, situa-se na especialidade, e assegura o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, estabelece a boa-fé como princípio basilar das relações de consumo e determina como princípios básicos a proteção da vida, da saúde, da segurança, a educação para o consumo, o direito à informação clara, precisa e adequada, a proteção contra a publicidade abusiva e enganosa mediante o equilíbrio das relações de consumo.

Ademais, a Lei Consumerista é em sua essência uma norma pós-moderna, posto que o seu conteúdo se mostra adaptado à realidade jurídica da sociedade contemporânea, atuando com a finalidade de reexaminar antigos conceitos jurídicos do direito privado, principalmente no que diz respeito aos contratos (TARTUCE; MARTOS, 2013).

Como bem esclarecido na lição de Sérgio Cavaliere Filho,

O Código do Consumidor foi a lei mais revolucionária do século XX. Revolucionária pelas profundas inovações que introduziu em nosso ordenamento jurídico. Embora destinadas às relações de consumo, essas inovações acabaram por influenciar todo o sistema jurídico brasileiro; a doutrina e a jurisprudência mudaram profundamente após a sua vigência. O Código do Consumidor tornou-se uma espécie de lente pela qual passamos a ler todo o direito obrigacional, contratos e institutos que geram relações de consumo (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 31).

O enfoque jurídico da contemporaneidade pode ser reconhecido por meio de diversos fatores, entre eles, encontra-se a globalização, a ideia de unidade mundial, de uma concepção que leva em consideração um parâmetro universal para as ciências e para a conduta dos indivíduos. A partir dessa ideia Erik Jayme afirma que os Estados não seriam mais os centros do poder e da proteção das pessoas, cedendo espaço, em larga margem, aos mercados. Nessa lógica, a vida e o comportamento das pessoas seriam determinadas pelos ditames da concorrência.

Seguindo ainda o pensamento de Erick Jayme, nos tempos de globalização, é preciso que os Estados preservem a identidade cultural dos indivíduos, com o intuito de proteger e garantir a sua personalidade individual. É neste contexto de ampla proteção do mercado que emerge a política de defesa em favor dos direitos dos consumidores. Um outro fator a ser apontado é o grande número de sujeitos e de direitos que influenciam as relações jurídicas e, por conseguinte uma pluralidade de fontes legislativas, logo, a realidade pós-moderna é marcada pela hipercomplexidade (TARTUCE; NEVES, 2016).

Na sociedade pós-moderna, sob a ótica do direito, os sujeitos das relações jurídicas ocupam uma nova posição, com a multiplicidade de normas legislativas e com a crescente relevância dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, passa-se a se preocupar com a pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna passar a ser o alicerce para que os legisladores passem a reconhecer e tutelar os vulneráveis, como as crianças, idosos, indígenas, deficientes físicos e também os consumidores, dentre outros (TARTUCE; MARTOS, 2013).

Nesta esteira, o Código de Defesa do Consumidor é uma típica norma de proteção dos vulneráveis e a sua incidência é estabelecida, não pela definição do que seja a relação de consumo, mas, sim, pelos sujeitos dessa relação, quais sejam, consumidor e fornecedor.

É verdade que o direito do consumidor se mostra muito amplo, pois está presente em qualquer relação que envolva consumidor e fornecedor, não ficando restrito a uma matéria específica, ele se comunica com todos os ramos do direito. Desta forma, as normas jurídicas de proteção do consumidor incidem sempre que presentes atos de consumo, como o fornecimento de produtos ou a prestação de um serviço. Portanto, é a previsão legal de defesa do consumidor que leva a uma proteção contratual das relações de consumo.

Logo, a Lei Consumerista é considerada especial em razão do sujeito tutelado, frente a sua vulnerabilidade nas relações de consumo, pois não regulamenta determinada matéria, mas sim protege uma categoria de sujeito, ainda que também protegido por outras normas, o campo de proteção ao consumidor é abrangente, difuso, transpassa todas as áreas do direito, elaborando novos ramos jurídicos com regras não só de direito civil, mas também de direito administrativo, direito penal e processual civil (CAVALIERE FILHO, 2014).

O sujeito protegido é quem vai determinar a aplicação do Código do Consumidor, esta norma define no seu artigo 2º, como consumidor, “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Segundo Cavaliere Filho (2014, p. 145) “o conceito de consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos: a aplicação da vulnerabilidade e a destinação econômica não profissional do produto ou serviço”.

A jurista Cláudia Lima Marques traz a seguinte definição:

Consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e o serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada “sociedade de consumo” ou de massa (MARQUES, P. 300, 2014).

A Lei Consumerista, além da previsão da definição de consumidor constata no seu artigo 2º, estabelece três definições de consumidor por equiparação, nos artigos 2º, parágrafo único, artigo 17 e artigo 29, quais sejam, respectivamente, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, tem-se o caráter difuso do direito do consumidor. Nesse sentido, não se exige a realização de um ato de consumo, mas, sim, a exposição às práticas dos fornecedores no mercado de consumo. Também se equiparam a consumidores todas as vítimas que tenham sofrido danos à saúde, à integridade física ou ao patrimônio, decorrentes de acidente de consumo, ainda que não praticado o ato de consumo, por falha do produto ou do serviço, atribuído ao fornecedor. Por fim, o artigo 29 preconiza que são consumidores equiparados todas as pessoas determináveis ou não, expostas as práticas previstas no CDC, nessa direção, estão abrangidas as relações contratuais quando estiver presente a vulnerabilidade de um dos contratantes.

A definição de consumidor, sujeito vulnerável, é o centro que sustenta e justifica a tutela especial do Código Consumerista. A expressão destinatário final constante no art. 2º do referido código é a única característica restritiva. A sua interpretação e o seu alcance fizeram surgir na doutrina, inicialmente duas correntes, quais sejam, a corrente finalista ou subjetiva e a corrente maximalista ou objetiva.

A corrente finalista ou subjetiva interpreta a expressão destinatário final de maneira restritiva, tem como pilar a definição de consumidor como destinatário

fático e econômico do bem ou serviço, seja pessoa física ou jurídica, a destinação econômica é imprescindível pois a aquisição de um bem ou serviço deve satisfazer uma necessidade pessoal, não podendo ser o bem ou serviço adquirido para uso profissional, para revenda, ou seja, para incrementar uma atividade profissional lucrativa. Já a corrente maximalista ou objetiva interpreta a expressa destinatário final de forma mais extensiva, pois ao definir consumidor exige apenas a realização do ato de consumo, o destinatário final seria o destinatário fático, sendo suficiente a retirada do mercado do bem ou serviço.

Com o advento do Código Civil de 2002 começou a ser falar de uma terceira corrente que a foi denominada por MARQUES (2014, p. 305) de “corrente finalista aprofundada”. Esta corrente de interpretação, também chamada de teoria finalista mitigada, é resultado de critérios mais exatos para a extensão do conceito de consumidor por equiparação previstos no CDC. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) utiliza essa terceira teoria ao admitir a aplicação das normas do CDC a pequenas empresas e a profissionais liberais, desde que comprovem a sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. Segundo MIRAGEM (2014) são dois critérios presentes nesta extensão conceitual: o primeiro é a excepcionalidade da extensão do conceito de consumidor por equiparação e o segundo é o comprovado reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor que pretende ser enquadrado como consumidor por equiparação.

A respeito do reconhecimento dessas teorias pelos Tribunais brasileiros é de se destacar o teor do recurso especial nº 476428/SC em que o STJ decidiu:

[...] a relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. - Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido (STJ, T3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, REsp: 476428 SC, Data de Publicação: DJ 09.05.2005).

Deste modo, pode-se afirmar que a jurisprudência pátria adota a teoria finalista, notadamente frente a vulnerabilidade do consumidor e, em alguns casos, admite-se a utilização da teoria finalista aprofundada, desde que presente o princípio da vulnerabilidade (MIRAGEM, 2014).

Já em relação ao outro sujeito característico da relação de consumo, qual seja, o fornecedor, a Lei Consumerista nº 8078/90 o define em seu art. 3º, *in verbis*:

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

Filomeno (2015, p. 43) resume o conceito jurídico de fornecedor, assim considerados, “todos quanto propiciem a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, de modo a atender às suas necessidades, pouco importando a que título [...]”. Logo, o conceito de fornecedor é bem amplo incluindo todos aqueles que fazem parte da cadeia de consumo, de forma profissional, habitual e com finalidade econômica.

Deste modo, o CDC incluiu todos os que fazem parte desta cadeia de fornecimento de bens e serviços como responsáveis solidários em caso de danos causados por fato ou vício do produto ou serviço.

Marques (2014) se refere a cadeia de fornecimento da seguinte forma:

Fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores (MARQUES, 2014, p. 425).

Esta forma de organização de fornecimento de produtos e serviços faz com que os consumidores não tenham conhecimentos de todos os fornecedores que fazem parte da relação que ele está contratando. É certo que na sociedade de massa há uma despersonalização de um dos sujeitos da relação, o fornecedor, o que justifica o instituto da responsabilidade solidária para que o dever de boa-fé, cooperação, transparência e informação alcancem todos os fornecedores envolvida na relação de consumo.

Nota-se, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor foi pensado e elaborado para atender a necessidade de garantir a proteção do mais fraco nas

relações consumerista, se moldando com a atual sociedade de risco em que as práticas de consumo são hipercomplexas gerando riscos, muitos até desconhecidos, para toda a sociedade.

3.3 Princípios Essenciais de Proteção ao Consumidor

A Lei Consumerista, por ter fundamento constitucional, é guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, trata-se de um direito humano positivado, um direito fundamental, um valor que orienta todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Com relação ao conceito de dignidade, constata-se ser polissêmico, pois detectam-se abordagens que partem da relação existente entre o ser humano, considerado em si mesmo, dotado de razão e a ideia de dignidade, é uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, é irrenunciável e inalienável, portanto deve ser conhecida, respeita, promovida e protegida (SARLET, 2015).

A dignidade é uma qualidade que nasce com a pessoa, ou seja, é inerente a sua essência, sendo assim incondicionada e independente de qualquer critério. Advém do reconhecimento da necessidade de respeito igualitário de direitos imposta a todos.

A partir deste ponto, foca-se numa dimensão da dignidade da pessoa humana consistente na busca de garantia de igualdade material nas relações jurídico-sociais, notadamente as de consumo, a partir dos princípios constante no Código Consumerista, em especial o da vulnerabilidade.

Neste sentido, o CDC tem como finalidade proteger as relações de consumo, principalmente frente ao desequilíbrio existente nas relações jurídicas entre fornecedores e consumidores. Deste modo, a dignidade é colocada à proteção máxima mediante a previsão de mecanismos legais que objetivam incentivar a igualdade jurídica entre esses sujeitos.

No cenário contemporâneo as relações de consumo são de grande importância uma vez que são as forças propulsoras da economia do país. Neste tipo de relação em que presente como sujeitos pessoas com forças negociais discrepantes, a vulnerabilidade do consumidor é presumida, sendo, portanto necessária a intervenção do Estado objetivando o equilíbrio adequado dessa relação.

No CDC essa intervenção estatal está explícita no artigo 4^a, que já no caput consagra o respeito à dignidade, dispondo sobre a Política Nacional de Consumo que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, reconhecendo a sua vulnerabilidade, conferindo transparência e harmonia as relações de consumo.

Os princípios de proteção ao consumidor estão previstos, principalmente, nos artigos 1º, 4º e 6º da Lei 8078/90, todavia pode-se verificar também a presença de princípio implícitos, como o princípio da função social do contrato.

Do artigo 1º da referida lei extrai-se o princípio do protecionismo do consumidor, preconiza que, “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”. A partir deste artigo, tem-se como resultado prático que os ditames constantes na lei consumerista não podem ser afastados por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta; que pode haver a intervenção do Ministério Público, já que a norma é de interesse público e, por fim, que toda proteção conferida pela lei deve ser reconhecida de ofício pelo magistrado, como, por exemplo, a nulidade de cláusulas abusivas presentes em um contrato de consumo (TARTUCE; NEVES, 2016).

No artigo 4º, inciso I, tem-se o princípio da vulnerabilidade que segundo Miragem (2014, p. 121-122): “é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor [...] É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor”.

Na atual sociedade de consumo, não há como afastar a posição de vulnerável que o consumidor exercer, principalmente frente a massificação dos contratos, da imensa propagação de publicidade a que estão expostos os consumidores, além de serem, os fornecedores, os detentores dos mecanismos de produção, de informação e de segurança.

Com a mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e a massificação dos contratos, percebe-se uma discrepância na discussão e aplicação das regras comerciais, o que justifica a presunção de vulnerabilidade, reconhecida como uma condição jurídica, pelo tratamento legal de proteção. Tal presunção é absoluta ou *iure et de iure*, não aceitando declinação ou prova em contrário, em hipótese alguma” (LISBOA, 2001, p. 85 *apud* TARTUCE; NEVES, 2016, p. 35-36).

Desta forma, a vulnerabilidade é uma qualidade intrínseca que é decorrente do simples fato de ser consumidor, é uma presunção legal absoluta que orienta a aplicação das normas do direito do consumidor. Vê-se assim, que o CDC foi sistematizado a partir da ideia de proteção da parte mais fraca na relação de consumo, da parte mais vulnerável: o consumidor.

Importante destacar que vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência, outro princípio presente no CDC em seu art. 6º, inciso VIII. Enquanto a vulnerabilidade é um conceito jurídico, a hipossuficiência é um conceito fático, relacionado aos aspectos processuais e a depender da análise do caso concreto pode autorizar um tratamento diferenciado como a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (MIRAGEM, 2014).

A jurista Claudia de Lima Marque (2014) identifica quatro tipos de vulnerabilidade, quais sejam, a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. A vulnerabilidade técnica ocorre quando o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre os produtos ou serviços que adquiri ou utiliza, sendo, portanto, mais facilmente enganado quanto as características do bem ou serviço. A vulnerabilidade jurídica ou científica é decorrente da falta de conhecimentos, pelo consumidor, de direitos e deveres inerentes à relação de consumo que ele estabelece, bem como das consequências jurídicas dos contratos que celebra, além da falta de conhecimentos em contabilidade ou economia, notadamente face a atual complexidade das relações contratuais, como o massificado e o de adesão. A vulnerabilidade fática ou socioeconômica que reconhece a debilidade do consumidor frente a posição de poder econômico do fornecedor ou em razão da essencialidade do serviço. Por fim, a vulnerabilidade informacional, característica da sociedade pós-moderna, conhecida como sociedade da informação, visto que a falta de informação representa hoje um dos principais pontos que gera o desequilíbrio na relação de consumo, pois são os fornecedores os detentores das informações.

Em suma, o princípio da vulnerabilidade é que determina a presunção absoluta de fraqueza do consumidor nas relações de consumo, sendo este princípio a justificativa para a existência das normas protetivas do agente consumidor.

Um outro princípio que merece destaque é o princípio do equilíbrio que tem como pressuposto a necessidade de reequilíbrio da situação fática de desigualdade frente o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da forma desigual com que este se relaciona com o fornecedor. Destarte, a Lei Consumerista

impõe normas que devem ser observados obrigatoriamente, principalmente nas relações contratuais, como as constantes no seu art. 51 que considera nulas todas as cláusulas contratuais abusivas. Esse princípio garante o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações estabelecidos, seja para possibilitar a ampla revisão do contrato, independente de fatos supervenientes e imprevisíveis.

Na lição de Marques (2014, p. 951) “O primeiro instrumento para assegurar a equidade, a justiça contratual, mesmo em face dos métodos unilaterais de contratação em massa, é a interpretação judicial em favor do consumidor”. Assim, a partir do reconhecimento da sua vulnerabilidade, o consumidor passa a contar com uma tutela especial que vai além da relação entre determinadas partes no litígio, visto que protege os legítimos interesses e expectativas dos consumidores, pois os contratos de consumo passam a ser interpretados a luz da boa-fé objetiva e do ditame constitucional de promoção e defesa dos consumidores.

O princípio do equilíbrio contratual, assim como os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, presentes no CDC, são frutos do processo de constitucionalização do direito civil. Deste modo, na execução do contrato deve-se observar se não há uma vantagem excessiva para uma das partes e, em consequência, uma onerosidade excessiva para outra parte.

A boa-fé objetiva perpassa todo o CDC e diz respeito a atuação concreta das partes na relação contratual, a um comportamento de lealdade, a um dever de agir com honestidade e com razoabilidade e deve estar presente em todas as fases do contrato. Na fase das tratativas entre fornecedor e consumidor, destaca-se principalmente, como um dever decorrente da boa-fé objetiva o dever de informação.

Assim, o dever da informação é um direito básico do consumidor, expresso no art. 6º do Código Consumerista, em que a informação deve ser clara, precisa, suficiente e ostensiva, este dever é essencial na sociedade contemporânea em que há um excesso de informações, notadamente em decorrência da publicidade que se expandiu e aumentou consideravelmente no meio virtual. Neste ponto também se insere a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, já que grande parte das relações de consumo atualmente tem como origem os efeitos da publicidade.

Considerando o atual cenário de pós-modernidade marcado pelo grande número de informações, pela força da mídia e da publicidade em massa, pela

expansão dos meios de comunicação, e caracterizado também pela atual sociedade de consumo, a informação é um importante requisito a ser tutelado pelo direito do consumidor, pois tem como pressuposto o correto esclarecimento quanto ao produto ou serviço, para que o consumidor, de forma consciente, possa escolher aquele que melhor atende a sua necessidade. Relaciona-se com o princípio da transparência ou da confiança. Para Cavaliere Filho (2014, p. 45) “a principal consequência do princípio da transparência é, por um lado, o dever de informar do fornecedor e, por outro, o direito à informação do consumidor [...]”. Em relação a confiança o autor define como “a credibilidade que o consumidor deposita no produto ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente se espera” (CAVALIERE FILHO, 2014, p. 46-47).

A principal consequência do princípio da confiança está prevista no art. 30 do CDC, segundo o qual o meio de oferta vincula o conteúdo do contrato. Assim, a oferta gera uma obrigação pré-contratual com o intuito de não frustrar a real expectativa do consumidor, pois muitas vezes a intenção de formalizar um negócio tem sua origem na publicidade, o que reforça a proibição da publicidade enganosa, demonstrando a responsabilidade pré-contratual exigida na Lei Consumerista, visto que a informação é um elemento essencial que norteia a decisão do consumidor (TARTUCE; NEVES, 2016).

Deste modo, a Lei Consumerista se ocupa tanto com a fase de tratativas do contrato quanto da formação e execução, podendo permanecer até a extinção do contrato, como nos casos previstos no art. 43, §2º do CDC em que o fornecedor tem o dever de abster-se de incluir o nome do consumidor, sem a sua prévia comunicação, em banco de dados e de cadastro de consumidores.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor é estruturado por princípios, que denotam os valores e fins maiores a serem tutelados por essa fonte jurídica, cujas normas gerais alcançam todas as relações de consumo, garantindo, deste modo, uma melhor adequação das regras às circunstâncias do caso concreto, sempre com a perspectiva de uma interpretação mais favorável ao consumidor, confirmando o seu objetivo de proteger a parte mais vulnerável nas relações de consumo.

3.4 A Previsão da Teoria do Diálogo das Fontes no Código de Defesa do Consumidor

A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil pela Doutora Cláudia Lima Marques, professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Na sociedade pós-moderna, caracterizada pelo pluralismo jurídico, com a existência de fontes nacionais e internacionais, tratados, códigos, leis, ocorre um fenômeno de propagação de normas sem precedentes, a gerar situações de confronto entre diversas normas legais, esses conflitos tendem a ser solucionados a partir da valoração dos direitos humanos e da interpretação estendida da Norma Constitucional.

Ao analisar os reflexos desse fenômeno de coexistência de diversas normas jurídicas e fontes normativas decorrentes do modo de ser da sociedade pós-moderna, Erik Jayme afirma que os conflitos de lei, nesses novos tempos, devem ser dirimidos por meio de um diálogo entre fontes heterogêneas. O autor parte da premissa que os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e os códigos não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente, mas, ao contrário, se complementam, afirma, o referido autor que é na Constituição que está a resposta para as antinomias modernas e para a complexidade dos sistemas legais descodificados (MARQUES, 2012).

A Teoria do Diálogo das Fontes de Erik Jayme, foi bem recebida no Brasil, principalmente diante da necessidade de se coordenar as diversas fontes legislativas que compõe o ordenamento jurídico. Observa-se que, a partir deste pensamento os critérios clássicos de resolução de conflitos de leis, como, anterioridade, especialidade e hierarquia, não são mais suficientes em tempos pós-modernos. Há uma mudança de paradigma, da exclusão formal entre as espécies normativas conflitantes, que o autor da teoria denomina de “monólogo”, pois só uma lei será aplicada, para uma influência recíproca, uma aplicação simultânea das normas, ao mesmo tempo e a o mesmo caso, que pode ser de forma complementar, de forma subsidiária, de forma voluntária pelas partes sobre qual fonte deve prevalecer ou mesmo uma solução mais favorável a parte mais fraca da relação, ou seja, haverá um “diálogo”, uma aplicação conjunta, coerente e coordenada das

fontes legislativas, sob a luz dos valores constitucionais, e dos direitos humanos ou fundamentais (MARQUES, 2012).

No Brasil, a teoria foi desenvolvida pela Doutora Claudia Lima Marques, que ao analisar o diálogo das fontes entre o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e o Código Civil de 2002, discorreu sobre três tipos de “diálogo” entre esses códigos:

a) uma lei pode servir de base conceitual para outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma lei é central do sistema e a outra um microssistema específico; b) uma lei pode complementar a aplicação de outra, a depender de seu campo de aplicação (diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade), tanto suas normas, quanto seus princípios e cláusulas gerais podem encontrar uso subsidiário ou complementar [...], c) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como a redefinição do campo de aplicação [...] influência do sistema especial no geral e do geral no especial (diálogo de coordenação e adaptação sistemática) (MARQUES, 2012, p. 32).

Segundo Tartuce (2016, p. 17) “No Brasil, a principal incidência da teoria se dá justamente na interação entre o CDC e o CC/02, em matérias como a responsabilidade civil e o direito contratual”.

Com o surgimento do Código Civil de 2002 começa-se a aparecer conflitos influenciando a forma de interpretações de algumas questões jurídicas, em particular quando entravam em choque com o Código de Defesa do Consumidor de 1990. O Código Civil é norma geral e mais nova que o Código de Defesa do Consumidor, o qual é norma especial e considera, extremamente, a vulnerabilidade do consumidor. Neste contexto e em casos de contradição, a jurista Claudia Lima Marques aponta o “diálogo” com a coordenação das fontes normativas para solucionar eventuais contradições entre os referidos códigos, além da real possibilidade de influências recíprocas entre as duas leis (MONTEIRO, 2014).

Nesse sentido, houve uma aproximação principiológica entre o CDC e o CC/02, principalmente no que se refere as relações contratuais. Essa aproximação é decorrente dos princípios sociais dos contratos, quais sejam, princípios da equivalência material, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, princípios estes já existente no Código Consumerista e que foram incorporados na codificação privada (TARTUCE; NEVES, 2016).

O Código de Defesa do Consumidor perpassa as mais diversas relações jurídicas e, devido a essa característica há uma inevitável convivência com outros

diplomas legais. Esse referido código, é via de regra uma norma especial quanto aos sujeitos que tutelam, o que não afasta a aplicação de várias outras normas especiais no que diz respeito ao objeto da relação jurídica. Muitos, são os exemplos, haja vista o aumento na edição de leis especiais quanto a matéria, quais sejam, leis que tratam sobre planos de saúde, mensalidades escolares, incorporações imobiliárias, atividades bancárias, transporte aéreo, consórcios entre outras que precisam coexistir de forma coerente e harmônica com o CDC (BESSA, 2012).

O Supremo Tribunal Federal - STF, em 2006, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591/DF, reconheceu a importância e a necessidade da teoria do diálogo das fontes. Esse julgado concluiu constitucional a aplicação do código consumerista a todas as atividades bancárias, inobstante existisse lei complementar regulamentando essa atividade, utilizado, para se chegar a essa conclusão a Teoria do Diálogo das Fontes, passando a doutrina e a jurisprudência a aceitarem a convivência dos regramentos do sistema financeiro e as disciplinas da defesa do consumidor. O Superior Tribunal de Justiça – STJ, na edição da súmula 297, já tinha reconhecido essa aplicação coerente e harmoniosa do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras.

No CDC, a teoria de Erik Jayme, encontra previsão legal para a sua aplicação no artigo 7º, que assim prescreve: Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Com base nesse artigo a Ministra Fátima Nancy Andrighi no julgamento do recurso especial nº 1037759 faz referência ao uso da teoria do diálogo das fontes como método para proteção do consumidor, ao aplicar simultaneamente a Constituição Federal, o CDC e o Código Civil. Do julgado tem-se o seguinte trecho:

[...] as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, infine, da CF e 12, caput, do CC/02. - Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do

CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. [...] Recurso especial provido (STJ, T3, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, REsp: 1037759/RJ, Data de Publicação: DJe 05/03/2010).

A jurisprudência brasileira tem aplicado cada vez mais quando das hipóteses de incidência do CDC a teoria do diálogo das fontes. A importância hermenêutica desta teoria pode ser observada nos julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ e dos diversos Tribunais brasileiros.

Tem-se nessa linha de raciocínio, por exemplo, os julgados dos casos que envolvem questões de plano de saúde, que possui lei específica regulamentando a matéria, qual seja, Lei 9.656/1998, mas que segundo entendimento pacífico do STJ deve-se utilizar simultaneamente o CDC quando houver conflitos de interesses entre os consumidores e as empresas operadoras de planos de saúde (BESSA, 2012).

Dessa afirmação, extrai-se o seguinte trecho do recurso especial nº 1.330.919 do STJ:

Em contrato de plano de assistência à saúde, é abusiva a cláusula que preveja o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares quando solicitados por médicos não cooperados. [...]. Assim, para dirimir os conflitos existentes no decorrer da execução contratual, há que se buscar, nesses casos, o diálogo das fontes, que permite a aplicação simultânea e complementar de normas distintas. Por isso, é salutar, nos contratos de plano de saúde, condensar a legislação especial (Lei n. 9.656/1998), especialmente com o CDC, pois, segundo o entendimento doutrinário, esse contrato configura-se como um "contrato cativo e de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o usuário o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde". Assim, diante da concepção social do contrato, aquele que declara algo referente ao negócio que está prestes a concluir deve responder pela confiança que a outra parte nele depositou ao contratar. Isso porque o direito dos contratos assume a função de realizar a equitativa distribuição de direitos e deveres entre os contratantes, buscando atingir a justiça contratual, a qual se perfectibiliza, pois, na exata equivalência das prestações ou sacrifícios suportados pelas partes, bem como na proteção da confiança e da boa-fé de ambos os contratantes. [...] A nulidade dessas cláusulas encontra previsão expressa no art. 51, IV, do CDC (STJ, T4, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, REsp 1.330.919-MT, DJe 18/8/2016).

Vê-se, portanto, a consolidação do entendimento do STJ do uso do diálogo das fontes na solução dos litígios quando da aplicação das regras consumeristas. Esse entendimento não é apenas utilizado quando da interação do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor, mas também quando da

utilização de Leis Especiais que regem matérias específicas e que envolve o consumidor.

O dialogo das fontes é um método frequentemente utilizado pelos Tribunais Estaduais e pelos Juizados Especiais para indicar a aplicação simultânea do CDC com mais de uma lei geral ou especial, de forma ordenada e coerente, e com base no princípio constitucional de defesa do consumidor. Nas relações de consumo, o dialogo das fontes permitiu assegurar a pessoa humana, consumidora e leiga, uma tutela especial e digna, conforme os valores e princípios constitucionais de proteção especial do artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988 (MARQUES, 2012).

Em suma, a Teoria do Diálogo das Fontes de Erik Jayme trazida ao Brasil pela jurista Claudia Lima Marques tem sido utilizada pelo Tribunais Brasileiros com um método hermenêutico, permitindo, desta forma, a comunicação e a coordenação de fontes legislativas sob o prisma da Constituição Federal com o objetivo de tornar plena a proteção do consumidor, ou seja, da parte mais vulnerável da relação de consumo, visando alcançar a solução mais justa e eficiente para o caso concreto.

4. Vulnerabilidade do Consumidor nas Relações Judiciais em Meio a Sociedade de Risco

Este capítulo aborda as transformações ocorridas na esfera contratual tendo como pressuposto o princípio da vulnerabilidade do consumidor e como o crescimento das relações de consumo e o código consumerista contribuiu para uma nova concepção do contrato, principalmente com o surgimento das relações de consumo virtuais em que a vulnerabilidade do consumidor se encontra agravada. Por fim, é apresentada uma breve análise do Relatório Justiça em Números-2016, do Conselho Nacional de Justiça, no que se refere as demandas de consumo presentes no Poder Judiciário Brasileiro.

4.1 A Transformação na Esfera Contratual a Luz da Vulnerabilidade

A previsão constitucional de proteção e defesa do consumidor, como direito fundamental, impulsionou o tratamento da matéria no Brasil, notadamente com a edição da Lei nº 8078/90, Código de Defesa do Consumidor, posteriormente, e ainda no mesmo ano, da Lei nº 8137/90 que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Esta norma, precisamente no seu art. 7º define as condutas que são consideradas crimes contra a relação de consumo. Por via de regra, são crimes de perigo, para a sua configuração basta que haja potencialidade lesiva, pois, a sua consumação não está condicionada a ocorrência de dano material ao consumidor ou da efetiva obtenção de lucro pelo agente, o que se tutela é a integridade da relação de consumo com o intuito de proteger a parte mais fraca dessa relação.

É de conhecimento que o direito do consumidor se funda na vulnerabilidade deste agente. As normas desse novo direito estão sistematizadas a partir dessa ideia básica de proteção de determinado sujeito: o consumidor. Só se justifica a aplicação de uma lei protetiva em face de uma relação de desiguais. Entre partes iguais não se pode tratar privilegiadamente uma delas sob pena de violação do princípio de igualdade.

Nas palavras de Claudia Lima Marques:

a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva,

que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicação, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa (MARQUES, 2014, p. 322).

O desequilíbrio existente nas forças entre os contratantes é que justifica um tratamento desigual, protegendo o direito daquele que ocupa uma posição mais fraca, o vulnerável.

De início, para o reconhecimento dessa vulnerabilidade, pode-se falar da crise da concepção clássica dos contratos, pois com a industrialização e a massificação das relações contratuais, notadamente a proliferação dos contratos de adesão, restou claro que o conceito clássico de contrato não era mais suficiente para a nova realidade socioeconômica do século XX.

A codificação privada no Estado Liberal tinha como objetivo a proteção de uma certa ordem social, baseada no individualismo, sendo as relações privadas norteadas pela autonomia da vontade e pela propriedade privada. Tal contexto altera-se profundamente com o estado intervencionista do século XX denominado de Estado Social em que o legislador passa a se preocupar com a função social e especialmente com a dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais.

O legislador que desempenhava uma função de garantidor de uma ordem jurídica e social marcada pela igualdade formal, em que os riscos e resultados eram decorrentes da liberdade individual passa a exercer um papel intervencionista, voltado para a realização de uma finalidade social e em consequente passa a se preocupar com as atividades negociais, em particular, com os efeitos nocivos da isonomia formal presente nas relações jurídicas entre partes sensivelmente desiguais, acarretando o predomínio do mais forte sobre o mais fraco (TEPEDINO, 2004).

Nesse ínterim, o direito privado começa a sofrer transformações, pois a Constituição Federal de 1988 estabelece princípios fundamentais que condicionam a interpretação do direito privado. É notório o fenômeno da constitucionalização do direito civil, especialmente pela valorização e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Esta valorização levou a preocupações tutelares de novos sujeitos, os vulneráveis na relação jurídica. Assim, destaca-se a elaboração

do Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, O Código de Defesa do Consumidor entre outras normas protetivas dos vulneráveis. Esses diplomas legais concretizam o princípio da igualdade ao tratar de forma desigual os desiguais, garantindo uma igualdade material para o sujeito com direitos diferentes, para os vulneráveis da sociedade de massas contemporânea (MARQUES; MIRAGEM, 2014).

Logo, o crescimento das relações de consumo gerou mudanças na teoria contratual, passando-se a se guiar, além da mera autonomia entre as partes, pelo meta princípio da sociabilidade. Supera-se o princípio clássico da igualdade formal entre os indivíduos para reconhecer a existência de circunstâncias objetivas, como a condição social e econômica, e em consequência a desigual relação presente nos contratos de consumo. Visando o reequilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, destaca-se um intervencionismo cada vez maior do Estado passando a lei a ter um papel limitador da autonomia da vontade, pautado no princípio da boa-fé objetiva, e a proteger determinados interesses sociais, ressaltando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes. (MARQUES, 2014).

Esta nova concepção de contrato presente no Código Consumerista, “uma concepção social do contrato” (MARQUES, 2014, p. 213), influenciou de forma decisiva o direito privado brasileiro. O Código Civil de 2002 reforça esta noção ao dispor no art. 421 sobre o princípio da função social do contrato, marcando, assim, um novo paradigma para o direito privado, a dicção do código emprestou caráter normativo e vinculante ao princípio.

Na atualidade, o ato de consumir é uma rotina, pois supre as necessidades básicas de um indivíduo, como os alimentos, vestuário, saúde, lazer, telefonia, além de itens essenciais como energia elétrica e fornecimento de água. Muitos são ofertados ao público sob condições pré-estabelecidas pelos fornecedores, em larga escala e de uma forma que prejudica a livre escolha do produto ou serviço pelo consumidor que apenas tem como opção aceitar ou não aceitar aquele produto ou serviço, porém, muitos desses bens ou serviços são necessários para uma sobrevivência digna, ficando o consumidor com a única opção de aceitar o produto ou serviço oferecido pelo fornecedor tendo como base a confiança.

Nesta esteira, percebe-se que na atual sociedade a maioria dos contratos são típicos contratos de consumo e o Código de Defesa do Consumidor instituiu uma proteção contratual ao preceituar esta proteção como direito básico do consumidor, constante art. 6º, inciso IV, englobando a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, contra práticas abusivas e contra cláusulas abusivas.

É na fase pré-contratual que se desenvolve a oferta dos produtos e serviços através da publicidade que, neste momento, desempenha um papel central, visto que influencia na escolha e na decisão do consumidor e cria expectativas que precisam ser protegidas. Destaca-se o princípio da vinculação contratual da publicidade que obriga o fornecedor a cumprir com o que foi oferecido por qualquer meio de publicação e o princípio da veracidade da publicidade que proíbe a publicidade enganosa, ou seja, aquela capaz de induzir em erro o consumidor quanto aos dados dos produtos ou dos serviços objeto da publicidade (FILOMENO, 2015).

As práticas abusivas estão presentes no art. 39 do CDC, que estabelece um rol meramente enunciativo, e segundo Cavaliere Filho (2014, p. 159) diz respeito a “ações ou condutas do fornecedor em desconformidade com os padrões de boa conduta nas relações de consumo [...] excedem os limites dos bons costumes comerciais e da boa-fé, [...] pelo que caracterizam o abuso de direito[...]”.

As cláusulas abusivas são as que contrariam a função social do contrato e a boa-fé objetiva e em consequência gera um desequilíbrio na relação contratual. Elas são consideradas ilícitas pela presença de um abuso de direito contratual e tem como consequência a nulidade absoluta desta cláusula ilícita, além da possibilidade da responsabilidade civil do fornecedor ou prestador. A lei consumerista consagra no seu art. 51 um rol exemplificativo das cláusulas abusivas refletindo, portanto, os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva (TARTUCE; NEVES, 2016).

O Código Consumerista trouxe como grande contribuição para a interpretação das relações contratuais a positivação do princípio da boa-fé objetiva que limita a autonomia da vontade das partes e impõe deveres gerais de conduta.

A boa-fé objetiva é um parâmetro objetivo que não depende da má-fé subjetiva do fornecedor e sim de um patamar geral de atuação, é o compromisso expresso ou implícito de fidelidade, confiança e cooperação nas relações contratuais para a realização dos interesses das partes. Esta nova concepção trouxe como

consequência o regime de responsabilidade legal do fornecedor, pois a violação dos deveres e o descumprimento das normas gera a responsabilidade objetiva do fornecedor, ou seja, independente de culpa, e está relacionado a uma garantia de qualidade e segurança dos produtos e serviços postos no mercado e intrinsecamente ligado ao princípio da confiança que protege as expectativas do consumidor quando das relações de consumo, por isso se exige a imputação de uma responsabilidade objetiva e solidária de todos os fornecedores envolvidos, visto que na sociedade hipercomplexas as ações e condutas da cadeia dos fornecedores são, muitas das vezes invisíveis, e não identificáveis pelo consumidor, desta maneira, a noção de culpa é insuficiente para gerar a responsabilidade civil.

Outrossim, a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor, tanto de produtos, como dos prestadores de serviços, consagrada no CDC, destina-se a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em favor da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material de acesso a justiça.

4.2 As Relações de Consumo na Sociedade de Risco: um enfoque nos contratos eletrônicos.

Na atual Sociedade Contemporânea, denominada pelo sociólogo Ulrich Beck de segunda modernidade ou modernidade reflexiva, que é por definição uma sociedade de risco, a produção social da riqueza é indissociável da produção social dos riscos e estes riscos advém do incremento das forças produtivas, do desenvolvimento, da inovação e dos excessos das novas tecnologias, configurando, assim, uma nova ordem social.

O desenvolvimento técnico-econômico não só trouxe efeitos positivos, mas, também, efeitos colaterais que são distribuídos na sociedade na forma de risco e que repercutem por todas as dimensões da vida em sociedade. Portanto, a produção e disseminação desses riscos geram incertezas e inseguranças na sociedade que passa de forma reflexiva a se conscientizar desses riscos e a refletir sobre eles (FALBO; KELLER, 2015).

É precisamente com o avanço da sociedade de risco que se desenvolve a sociedade de consumo, posto que os riscos decorrentes do processo de produção massificado afeta os consumidores que agora estão diante de relações de consumo mais dinâmica e complexas, de agressivas campanhas de publicidade, da influência do ambiente midiático que determina as escolhas do estilo de vida, além da falta de

informação dos produtos que são postos no mercado, visto que com a globalização, muitos produtos tem a sua origem de fabricação em outros países dificultando, assim o acesso a informação.

Logo, na sociedade de consumo o risco é incorporado ao próprio modo de ser desta sociedade, uma vez que está intrinsecamente relacionado ao desenvolvimento da ciência, da tecnologia e da tomada de decisões no processo de escolha por um determinado bem de consumo.

Neste contexto da realidade contemporânea, denominada por Ulrich Beck como Sociedade de Risco em que a sociedade de consumo se expande, surge o fenômeno da complexidade contratual. Pode-se citar como manifestações dessa nova realidade os contratos do comércio eletrônico.

É de conhecimento geral que o advento da rede mundial de computadores, através da comunicação pela internet, provocou mudanças decisivas nas formas de relacionamento, seja, econômico, cultural ou social, um grande número de consumidores passou a se relacionar com os fornecedores para adquirir bens e serviços, celebrando contratos, vinculando-se pela internet.

Os contratos eletrônicos são contratos atípicos, uma vez que não possui regulamentação própria, precisam das normas gerais dos contratos para sua execução e controle, porém, muitas das vezes estas normas se mostram insuficientes diante das especificidades desses instrumentos virtuais. Além de serem típicos contratos de massa na forma adesiva, o que gera uma situação de desequilíbrio já que as condições contratuais não podem ser negociadas.

Enquanto contratos de adesão, destaca-se que não são uma nova forma contratual mais sim um método comum e dominante de contratação nos tempos pós-moderno presente em quase todos os setores da vida privada, em especial nas relações de consumo, pois retrata a sociedade de massa desenvolvida de forma mais estandardizada e impessoal.

Neste tipo de contrato a vulnerabilidade do consumidor é agravada, pois estão diante de uma contratação padronizada, homogênea e massificada onde não há margem para negociação restando para o consumidor a alternativa de concordar com as condições impostas pelos fornecedores, visto que, de forma geral, tais contratos versam sobre atividades necessárias a todos nos tempos atuais. Em consequência, a parte mais fraca está condicionada a ligar-se à parte economicamente mais forte, por contingências próprias da estrutura social.

Nesta estrutura de contrato em que as cláusulas são impostas unilateralmente pela parte mais forte e não há uma fase de negociação pré-contratual entre as partes a possibilidade de práticas de abuso de direito é mais frequente.

Sabe-se que a época da edição do CDC o uso da internet não era tão disseminado na sociedade brasileira, e bem assim o comércio eletrônico. Com o advento da tecnologia, da globalização e da evolução da internet e o seu acesso cada vez mais popularizado induziu ao crescimento das formas de contratação de produtos e serviços por esse meio.

Nas palavras da Dra. Antonia Espíndola Longoni Klee quanto aos contratos eletrônicos, diz a jurista:

[...] representa o vínculo estabelecido entre consumidor e fornecedor por meio eletrônico, na internet; a manifestação da vontade do consumidor é objetiva e transmitida por meio eletrônico. O contrato é típico da sociedade de consumo, o meio é que é diferente. Esse vínculo tanto pode ser estabelecido mediante a troca de *e-mail*, como mediante a aceitação em bloco das cláusulas do contrato de adesão elaborado pelo fornecedor e disponibilizado à aceitação do consumidor no *site*. A manifestação da vontade, no caso dos contratos de adesão é realizada por meio de um *click*, que é a aceitação do contrato de adesão em meio eletrônico” (KLEE, 2012, p. 427).

Logo, os contratos eletrônicos, assim como a expressão contratos de adesão não indica um novo tipo contratual ou uma categoria autônoma, diz respeito ao meio ou instrumento pelo qual é celebrado, porém possui características próprias, como a desterritorialização, pois rompe fronteiras, não é realizado em um espaço físico, mas, sim em um espaço virtual global, outra característica é a desmaterialização, uma vez que reformula o modo e os instrumentos do mecanismo de contrato, e, por fim, a despersonalização, o que torna ainda mais complexa a identificação dos agentes econômicos envolvidos na relação de consumo, surge, assim, a necessidade de se reconsiderar os conceitos clássicos de consumidor e fornecedor. Com a despersonalização o consumidor encontra-se diante de um grande problema que é a identificação da parte com a qual está contratando, pois através de um clique, por exemplo, ele pode ser encaminhado para outro site, com outro fornecedor sem que tenha conhecimento disto. Logo, essas características reforçam a vulnerabilidade do consumidor e ocasiona um verdadeiro déficit informacional do consumidor que é leigo no mundo virtual (MIRAGEM, 2014).

A insegurança das transações realizadas na internet é um dos aspectos que mais assusta os consumidores, há uma maior exposição da privacidade, posto que algumas empresas captam os dados dos consumidores que utilizam o meio virtual para compras e a partir disso enviam ofertas de produtos e serviço de diversos fornecedores, trazendo como consequência para o consumidor a violação do direito ao esquecimento, pois seus dados ficam registrados na rede e são disseminados para outros fornecedores de produtos e serviços. A ausência de previsão legal em relação a esses dados (*cookies*) certamente deixa a privacidade do consumidor em estado de vulnerabilidade.

Neste contexto, é importante destacar que apesar de não haver normas específicas para regulamentar a proteção do consumidor na contratação eletrônica, o Código de Defesa do Consumidor, mesmo não dispondo sobre essas normas, se aplica inteiramente a essas relações de consumo realizadas no meio virtual, posto que presente consumidor e fornecedor, caracterizado, assim, a incidência da norma. Tanto que em 2013 foi sancionado o Decreto-Lei nº 7962 que regulamenta a Lei nº 8.078/90 para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos: as informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor, o atendimento facilitado ao consumidor e o respeito ao direito de arrependimento.

Um outro dado importante é a edição da Lei 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet que regula o espaço virtual, mas não as relações de consumo, mas prevê com um dos seus fundamentos a defesa do consumidor.

Portanto, o consumidor na contratação eletrônica, típica da sociedade em constante mudança, está amparado pelo CDC, pela Constituição Federal, pelo Código Civil, além da posição majoritária da jurisprudência que acolhe cada vez mais os princípios protecionista dos consumidores em seus julgados e com isso fortalece o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor notadamente na atual sociedade de risco.

Para se verificar a aplicação dos princípios constantes na lei consumerista, faz-se uma breve análise de um julgado sobre o tema. Inicialmente tem-se uma ementa de julgado proveniente do STJ no qual foi analisado a legalidade da multa aplicada à empresa por estabelecer cláusula contratual que responsabilizava o consumidor pelas despesas com serviço postal decorrente da devolução de produtos, nos casos do exercício do direito de arrependimento:

Ementa ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO. CONDUTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON. 1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à TV SKY SHOP (SHOPTIME) em razão do apurado em processos administrativos, por decorrência de reclamações realizadas pelos consumidores, no sentido de que havia cláusula contratual responsabilizando o consumidor pelas despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual pretende-se desistir. 2. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo. 3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor. 4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum nos dias atuais. 5. Recurso especial provido (STJ, T2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES REsp 1340604 RJ, DJe 22/08/2013).

No julgado acima verifica-se a aplicação do CDC para a resolução do litígio, com a incidência do direito de arrependimento para os contratos eletrônicos. Tal entendimento é de grande valia nas relações efetuadas a distância, pois nesta situação o consumidor não tem informações suficientes sobre o produto ou serviço adquirido e nem sobre o fornecedor, posto que, muitas vezes, realiza a compra sob a influência da publicidade agressiva, enganosa e até abusiva presente em muitos *sites* de comércio.

Este posicionamento considera a vulnerabilidade do consumidor principalmente a informacional, por ser a informação uma característica própria da sociedade pós-moderna, experimentando o consumidor, principalmente no mundo globalizado, em que o consumo realizado pela internet é a regra, essa nova vulnerabilidade. Ademais, é o fornecedor quem concentra as informações sobre os produtos e serviços e, por consequência, se estabelece um fator de desequilíbrio nos contratos efetuados fora do estabelecimento comercial, em especial os realizados através da internet, demonstrando o agravamento da vulnerabilidade do consumidor, uma vez que, se de um lado há ampliação da oferta e da informação,

por outro as características de distanciamento econômico e de conhecimento, presentes no mundo real, são acompanhadas das inovações tecnológicas (MARQUES, 2014).

Vale ressaltar a tramitação do projeto de lei 281/2012 que pretende alterar o texto do Código do Consumidor. Dentre as medidas pretendidas, o projeto visa regular a atividade do comércio eletrônico nas relações de consumo, trazendo mudanças expressivas no que diz respeito ao direito de arrependimento.

Outrossim, o direito ao arrependimento nas relações de consumo eletrônicas ainda causa muitas divergências e dúvidas na doutrina, como, por exemplo, nos casos de compra de *software* ou de livros e músicas digitais que são prontamente instalados e consumidos.

Logo, este tema alcança uma relevância já que o Código de Defesa do Consumidor, por ser do início da década de noventa, não vislumbrou o impressionante avanço tecnológico e os riscos decorrentes desta nova tecnologia que influenciou de forma decisiva as relações de consumo.

Portanto, o fenômeno da modernização e a crescente disseminação do uso da internet, mudaram drasticamente as formas de relacionamento, a contratação por meio da internet, apesar de ser um mecanismo facilitado, rápido e de grande importância para o desenvolvimento econômico, trazendo benefícios para os seus usuários, é o que gera, ainda, mais insegurança nas relações de consumo, e por conseqüente mais riscos, principalmente aqueles atribuídos a falta de conhecimento da cadeia de fornecedores, a falta de informação dos produtos e serviços comercializados e a falta de privacidade dos dados dos consumidores, por isso deve-se ter nos contratos eletrônicos uma maior ênfase nos princípios da confiança, da informação e da segurança, dado que este tipo de contrato agrava a posição de vulnerabilidade do consumidor. Além disso, a boa-fé objetiva assume especial relevo, visando suprimir possíveis espaços causados pela inovação tecnológica e a ausência de regulamentação específica.

Enquanto não há uma legislação que discipline os contratos eletrônicos, os diversos conflitos envolvendo esta matéria são levadas ao Poder Judiciário para a sua resolução que se fundamenta na interpretação doutrinária e na construção jurisprudencial, com base no Código de Defesa do Consumidor e de forma subsidiária no Código Civil, respeitando os princípios Constitucionais.

4.3 As Relações de Consumo e as Demandas Judiciais

O reconhecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor na sociedade de pós-moderna assume extrema relevância para a proteção jurídica da dignidade e da humanidade do consumidor e para a adequada compreensão e aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Destaca-se que a vulnerabilidade é uma presunção legal conferida ao consumidor e tem como fundamento primordial a realidade sistêmica do consumidor inserido no mercado de consumo, posto que independe de aspectos peculiares de um ou de outro consumidor (EFING; BLAUTH, 2010).

O Código de Defesa do Consumidor tem como objetivo precípuo a proteção e defesa do consumidor com a finalidade de implantar uma ordem justa na vida social, o que ressalta a importância da norma jurídica é seu poder legítimo e efetivo, como uma legislação que consegue garantir tanto mecanismos protetivos como preventivos, levando em consideração o conteúdo ontológico do dever ser normativo.

Nesse sentido, far-se-á uma breve análise das movimentações processuais referentes a temática consumerista no exercício de 2015, conforme dados de pesquisa divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2016, que compõe Relatório Justiça em Números-2016 e teve como ano-base 2015.

Este relatório considera as tabelas processuais unificadas e os dados apresentados são referentes ao quantitativo de processos ingressados no ano de 2015 segmentado por classe e por assunto, e agrega as informações de 83 tribunais, entre os 90 órgãos que foram objeto do relatório.

Desta forma, será, apenas, demonstrado de forma objetiva e sintética dados referentes ao segmento assunto direito do consumidor e sua posição quanto demanda mais recorrentes.

Nessa esteira, no Poder Judiciário, segundo o referido relatório as relações de consumo envolvendo responsabilidade do fornecedor/indenização por dano moral foi o 4ª assunto mais demandado do país representando um acervo de 1.667.654 ações nesse tema (Fonte: CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>).

Outro fator importante analisado no relatório do CNJ são os dados referentes a Justiça Estadual apresentados em quantitativos de processos

ingressados no ano de 2015 e segmentados por assuntos abrangendo um universo composto por 24 Tribunais de Justiça, dentre os 27 existentes. De forma global as ações envolvendo o direito do consumidor perfaz um total de 2.023.194, ou seja, mais de 2 milhões de ações em trâmite versando sobre direito consumerista, sendo a responsabilidade do fornecedor/indenização por dano moral o segundo assunto mais demandado na Justiça Estadual (Fonte: CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>).

Merece destaque também os assuntos mais demandados no Superior Tribunal de Justiça em que o direito do consumidor está na 8ª posição com um total de 7.245 ações versando sobre contratos de consumo/bancários, na 12ª posição encontra-se as ações referentes a responsabilidade do Fornecedor/indenização por dano moral, com um total de 4.619 processos, seguido pelos contratos de plano de saúde que apresentou um total de ações de 3.732 (Fonte: CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>).

Em virtude dos dados apresentados pelo relatório do CNJ, verifica-se que o número de ações envolvendo o direito do consumidor é bastante expressivo, percebe-se, também, que o assunto responsabilidade do fornecedor ocupa as posições de destaque representando a principal causa de demanda no Poder Judiciário quanto ao direito consumerista, inclusive está presente entre os assuntos mais demandados no STJ o que reflete um alto índice de violação dos direitos previstos no ordenamento jurídico.

É de se notar que a responsabilidade do fornecedor é um fator que retrata os riscos envolvidos em uma relação de consumo pós-moderna, em vista da complexidade contratual que hoje compõe essas relações, e na medida em que a acentuada despersonalização dos fornecedores, que estão organizados em cadeia, muitas vezes, desconhecidas pelo próprio consumidor, principalmente nas relações virtuais, e se utilizam, na maior parte de contratos massificados, demonstrando o desequilíbrio nos contratos de consumo e a facilidade de ocorrer práticas abusivas.

Além disto, os fornecedores são considerados litigantes habituais, pois estão com frequência no poder judiciário, invariavelmente no polo passivo, e já dispõe de uma organização montada para atuação nos litígios judiciais, enquanto os consumidores são chamados de litigantes eventuais, pois não participam de processos judiciais com frequência, esta diferença, associada as frequentes

disparidades econômicas entre ambos, reforça o desequilíbrio presente nesta relação e demonstra o quão vulnerável é o consumidor (TARTUCE; NEVES, 2016).

Bauman (2008) esclarece que a principal característica da sociedade de consumidores é a comodificação, a transformação dos consumidores em mercadorias, sua subjetividade, ou seja, o seu estado de sujeito, relacionado de forma permanente a uma mercadoria vendável.

É neste contexto de comodificação, que o sujeito consumidor, é visto pela detentores da informação e do capital, inserido em uma sociedade de risco, desconsiderado em sua humanidade, e submetido as pressões do mercado de consumo, porquanto a importância do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como consequente da proteção da dignidade da pessoa humana são elementos fundamentais para a defesa do consumidor e essenciais para a adequada interpretação e aplicação da Lei Consumerista pelos magistrados no julgamento das ações relacionadas com o direito do consumidor (EFING; GIBRAN; BLAUTH, 2011).

Portanto, os altos índices das demandas judiciais envolvendo relações de consumo podem estar relacionados com as recorrentes práticas abusivas realizadas pelos fornecedores que preferem demandar judicialmente, ao respeitar os direitos já consagrados pelo ordenamento jurídico de proteção ao consumidor, violando, nesta esteira, o princípio da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que em um Estado em que os direitos constitucionais são efetivamente respeitados as ações judiciais sobre esses direitos não podem apresentar índices tão elevados, restando claro que a efetividade e concretude do direito fundamental de proteção do consumidor, ainda depende, em grande parte, da atuação do Poder Judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe uma discussão sobre o princípio da vulnerabilidade do consumidor no cenário contemporâneo, tendo como referencial a teoria da Sociedade de Risco do Sociólogo Alemão Ulrich Beck, transportando os conceitos de risco das ciências sociais para as relações de consumo, uma vez que essas relações em tempos pós-moderno são extremamente dinâmicas e complexas. Para tanto, buscou-se analisar a eficácia dos mecanismos de proteção ao consumidor na atual Sociedade de Risco.

Inicialmente, fez-se necessário discorrer sobre a teoria da sociedade de risco e seus reflexos nas relações de consumo. Demonstrando que o processo de transição da sociedade simples para a sociedade pós-moderna, denominada por U. Beck de modernidade reflexiva introduziu novos riscos advindos do desenvolvimento tecnológico e econômico que influenciou intensamente a forma de organização do mercado trazendo novos paradigmas para a sociedade e para as relações de consumo.

Foi constatado que diante desta nova configuração social, se desenvolve a sociedade de consumo e o ato de consumir torna-se uma atividade de inclusão social, ficando os consumidores exposto a novos riscos da modernização como os decorrentes da produção massificada, da indústria do *marketing* e propaganda, das relações de consumo virtuais, da falta de informações e da múltipla cadeia de fornecedores.

Do estudo da Legislação Brasileira, acerca do direito do consumidor, observou-se que o Código de Defesa do Consumidor por se tratar de uma lei mais moderna, com base constitucional, inova ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor e ao estabelecer uma série de dispositivos que conferem proteção a este novo sujeito integrante da sociedade moderna, principalmente frente aos contratos, transformando a realidade contratual ao aplicar o princípio da boa-fé objetiva aos contratos de consumo e ao tutelar o equilíbrio das relações jurídicas destes contratos.

Ainda no tocante a legislação, a coexistência da lei consumerista com o código civil, além de diversas leis especiais que tratam de matérias que envolvem relações de consumo, possibilitou o desenvolvimento de mecanismos hermenêuticos de interpretação, como a utilização e o reconhecimento pela jurisprudência da teoria

do diálogo das fontes permitindo desta forma a comunicação e coordenação das fontes legislativas com o fim de garantir a interpretação das normas do modo mais favorável ao consumidor, respeitando, assim, a sua vulnerabilidade.

Por fim, analisou-se a vulnerabilidade do consumidor nas relações judiciais em meio a Sociedade de Risco. Para tanto, percebe-se que o reconhecimento do princípio da vulnerabilidade norteou a mudança da concepção clássica dos contratos, posto que nas relações de consumo há uma grande disparidade de forças das partes contratantes que se torna ainda maior nas relações de consumo realizadas por meio virtual. Como se observou os riscos decorrentes dessa nova tecnologia produzem desafios que precisam ser discutidos quando da relação de consumo, pois o uso da internet tende a se expandir como a maior forma de relacionamento entre consumidores e fornecedores devido a sua facilidade, rapidez, diversidade, comodidade e baixo custo.

Ademais, por apresentar características próprias como a desterritorialização, desmaterialização e a despersonalização, o consumidor em relações de consumo virtuais se encontra manifestamente em posição ainda mais vulnerável. Deste modo há uma necessidade de uma melhor regulamentação sobre o tema, tendo em vista o novo universo em que estão inseridas as relações de consumo.

Portanto, apesar do Código Consumerista tratar-se de uma lei moderna e garantir a proteção e defesa do consumidor de forma ampla, na medida em que privilegiou o aspecto preventivo e estabeleceu medidas de grande alcance práticos para os diversos setores. É de se notar que ele ainda não se mostra plenamente capaz de produzir o resultado desejado e proposto no nível de justiça social, uma vez que as transformações ocorridas na sociedade, decorrentes do processo de modernização, notadamente os relacionados aos avanços tecnológicos, alterou significativamente a forma de organização do mercado, trazendo novos paradigmas para as relações de consumo e conseqüentemente novos riscos que precisam ser discutidos e regulamentados pelo direito do consumidor.

Um outro fator importante e que deve ser destacado é o grande número de demandas judiciais envolvendo o tema consumerista que em uma primeira análise pode-se perceber a violação deliberada aos pressupostos do direito que regem as relações de consumo, portanto, o Código do Consumidor, ainda se

apresenta insuficiente no ponto de vista de garantir um maior respeito ao consumidor e de desempenhar a sua função preventiva.

Entretanto, entende-se que se faz necessário, um efetivo trabalho de pesquisa, com vistas a investigar e identificar os motivos dos índices tão elevados das ações judiciais relacionados com o direito do consumidor com o propósito de traçar um diagnóstico destas demandas e investir em medidas preventivas que garantam a real possibilidade de aplicação do direito do consumidor para concretizar o seu fim, qual seja, a pacificação social.

A importância deste estudo para a Faculdade Damas consiste em possibilitar um debate dos temas aqui tratados e disponibilizar um material que poderá servir de consulta para futuras pesquisas pelos alunos da Faculdade Damas e demais acadêmicos.

Por fim, após realizar as diversas considerações acerca do tema objeto deste trabalho, servindo-se dos conceitos da sociologia para a caracterização dos riscos advindos da modernidade, conclui-se que o direito do consumidor representa um extraordinário avanço na legislação para a proteção dos interesse dos consumidores, porém, ainda não conseguiu acompanhar a intensa transformação da sociedade, por essa razão não se mostra plenamente eficaz para proteção do consumidor no contexto da nova configuração social da pós-modernidade.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, A. C. **A Sociedade de Risco e a Confiança nas relações de Consumo**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 127-147, jan./jun.2010.

BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Vida para Consumo: A Transformação das Pessoas em Mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, U. **Sociedade de Risco: Rumo a uma Outra Modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, U., GIDDENS, A., LASH, S. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na ordem Social Moderna**. São Paulo: UNESP, 2012.

BESSA, L. R. Diálogo das Fontes no Direito do Consumidor: A Visão do Superior Tribunal de Justiça. In: MARQUES, C. L. (Org.). **Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 183-205.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 02 ago. 2016.

_____. **Código Civil**: lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**: lei 8078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**. v. 1. Relatório Analítico. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Decreto nº 7962**, de 15 de março de 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. **Lei nº 8137**, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

_____. **Marco Civil da Internet:** lei 12965, de 23 de abril de 2014. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso
 em: 14 nov. 2016.

_____. **Projeto de lei nº 281**, de 2012. Disponível em:<
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106768>>. Acesso em:
 05 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 476428 – SC
 (2002/0145624-5). Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19/04/2005,
 Terceira Turma, publicado em 09.05.2005. Disponível em:<
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/103241/recurso-especial-resp-476428-sc-2002-0145624-5>>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1037759 – RJ
 (2008/0051031-5). Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/02/2010,
 Terceira Turma, publicado em 05/03/2010. Disponível em:<
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19158604/recurso-especial-resp-1037759-rj-2008-0051031-5>>. Acesso em: 04 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1330919 – MT
 (2012/0127708-3). Relator LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 02/08/2016,
 Terceira Turma, publicado em 18/08/2016. Disponível em:<
http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=resp+1330919&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em 15 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1340604 RJ
 (2012/0141690-8). Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em
 15/08/2013, Segunda Turma, publicado em 22/08/2013. Disponível em:<
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24052756/recurso-especial-resp-1340604-rj-2012-0141690-8-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em 17 nov. 2016.

CAVALIERE FILHO, S. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2014.

EFING, A. C., BLAETH, F. N. L. **Analfabetismo Jurídico e Vulnerabilidade: Desafios do Direito do Consumidor na Sociedade da Informação**. In: XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais...Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 5512. Disponível em:
<http://publicadireito.com.br/dompdf/arquivos/XIX%20Congresso%20Nacional%20do%20CONPEDI/115%20%20DIREITO%20NA%20SOCIEDADE%20DA%20INFORMACAO%20/4596.html>. Acesso em: 03 nov. 2016.

EFING, A. C., GIBRAN, F. M., BLAETH, F. N. L. **A Proteção Jurídica do Consumidor enquanto Direito Fundamental e sua Efetividade diante de Empecilhos Jurisprudenciais: o enunciado 381 do STJ**. Curitiba, 2011, ano 5, n. 12, p. 207-226, out./dez. 2011. Disponível em: <
http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/17_Dout_Nacional_6.pdf>. Acesso em: 30 out. 2016. Acesso em: 03 nov. 2011.

FALBO, R. N., KELLER, R. J. **Sociedade de Risco: Avanços e Limites da Teoria de Ulrich Beck**. Rio de Janeiro, v. 08, n. 3, p. 1992-2015, 2015. Disponível em: <<http://DOI: http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2015>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

FILOMENO, J. G. B. **Manual do Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KLEE, A. E. L. O Diálogo das Fontes nos Contratos pela Internet: Do Vínculo Contratual ao Conceito de Estabelecimento Empresarial Virtual e a Proteção do Consumidor. In: MARQUES, C. L. (Org.). **Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 399-443.

MARQUES, C. L. (Org.). **Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, C. L. (Org.). **Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

MARQUES, C. L., MIRAGEM, B. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, B. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, P. F. A. **A Aplicação da Teoria do Dialogo das Fontes na Relação de Consumo**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/paginas//trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PatriciaFereriradeAMonteiro.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

NUNES, R. **O Código de Defesa do Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SALOMÃO, L. F. **Direito Privado: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, I. W. **Dignidade (da Pessoa Humana) e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, I. W., MARINONI, L. G., MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, J. A. **Comentários Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, F., MARTOS, J. A. F. **O Diálogo das Fontes e a Hermenêutica Consumerista no Superior Tribunal De Justiça. Florianópolis**, v. 1, 1ª ed., p. 156-188, 2013. Disponível em: < <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/2>. Acesso em: 04 set. 2016.

TARTUCE, F., NEVES, D. A. A. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, G. **As Novas Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual**, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2016.