

UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos

Sérgio Augusto Pereira Lorentino

**A TUTELA CONTRATUAL DO CONSUMIDOR E O PAPEL DA
JURISDIÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE**

Palmas, TO
2015

Sérgio Augusto Pereira Lorentino

**A TUTELA CONTRATUAL DO CONSUMIDOR E O PAPEL DA
JURISDIÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, com a linha de pesquisa em Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos.

Orientadora: Professora Doutora Renata Rodrigues de Castro Rocha

Palmas, TO
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Universidade Federal do Tocantins
Campus Universitário de Palmas

L868t Lorentino, Sérgio Augusto Pereira.
 A tutela contratual do consumidor e o papel da jurisdição na contemporaneidade/ Sérgio Augusto Pereira Lorentino - Palmas, 2015. 145f.

 Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, 2015.

 Linha de pesquisa: Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos.

 Orientadora: Prof. Dra. Renata Rodrigues de Castro Rocha.

 1. Direito do Consumidor. 2. Contratos. I. Rocha, Renata Rodrigues de Castro II. Universidade Federal do Tocantins. III. Título.

CDD 343.81071

Bibliotecário: Marcos Maia
CRB-2 / 1.445

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

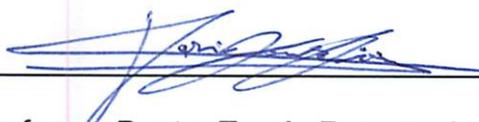
Sérgio Augusto Pereira Lorentino

**A TUTELA CONTRATUAL DO CONSUMIDOR E O PAPEL DA
JURISDIÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE**

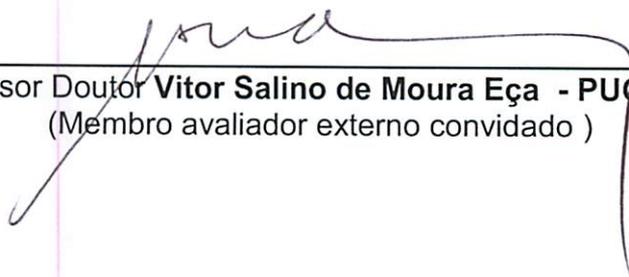
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, com a linha de pesquisa em Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos.



Professora Doutora **Renata Rodrigues de Castro Rocha - UFT**
(Orientadora)



Professor Doutor **Tarsis Barreto de Oliveira - UFT**
(Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos)



Professor Doutor **Vitor Salino de Moura Eça - PUC Minas**
(Membro avaliador externo convidado)

Palmas, Tocantins, 11 de fevereiro de 2015.

DEDICATÓRIAS

A **Deus...** Não o Deus institucionalizado das religiões, o Deus crucificado, o Deus que justifica guerras e que subjuga os mortais, mas ao Deus que encontramos na paz, na fraternidade e no amor incondicionais.

A **Antônio Lorentino** e **Graça Pereira**. Não lhes ofereço muito; pelo menos considerando a exata medida do que merecem. Todavia, saibam que, em havendo algum predicado nas linhas seguintes deste trabalho, o dedico a vocês dois, **meu amado pai** e **minha amada mãe**. Obrigado pelas bênçãos tão ternas e revigorantes.

À memória de meus avós **João Lorentino**, **Maria Mazon** e **José Augusto** - de quem o Augusto herdei -, expresso esta dedicatória com o registro de que um homem não é, em grande parte, senão, sua história e seus antepassados. Especialmente, no entanto, pela convivência umbilical e pelos **100 anos de vida**, dedico esta obra à vizinha **Edith Pereira**, que ainda desfruta de saúde plena para ler, por força própria, estes escritos que lhe são dedicados.

Às minhas irmãs, **Lucília** e **Kelma**.

À **Lara**, **Samarah**, e **Bruna**, todas filhas! Há, e ainda, **João Augusto**, **Antônio Neto** e **Chiara**, sobrinhos queridos!!

À memória de meu tio **Silvio** (Jaersilvio Pereira da Silva), que me acolheu em seu lar, num momento fundamental para o início de minha graduação, bem como pelo incentivo às letras jurídicas, as quais tão bem dominava na advocacia pública.

Ao meu sogro e sogra, **Braulino** e **Anilga**: Frio, casa de madeira, cuca, chimia, churrasco, serra... Tudo isso encontro, na aprazível Estação, RS. No entanto, o especial mesmo desse lugar são vocês, meus queridos....

À **Cleo** (Cleonice Carteri), pelos incontáveis "resgates", já pelas taxas 18mg/dL!

Aos cunhados **Netto**, **Distevo**, **Wivi** e **Ricardo**.

À memória de meu amigo **Leo** (Leonardo Luiz Nunes de Assunção), entusiasta de meu projeto acadêmico, que prematura e recentemente nos deixou, dedico este trabalho. Apesar de tudo, sua presença é vívida em muitas coisas, em muitos lugares, em muitas músicas e em muitas pessoas. Tudo continua. Você inclusive...

Ao amigo **Ricardo Castro**, com todo o meu carinho. Em seu nome dedico este trabalho a todos os amigos e amigas.

e a ela:

Estela! A quem prometi este trabalho como presente. Ele é símbolo de mais uma das etapas de nossas vidas que conseguimos transpor (juntos!). Você foi fundamental em tudo! Obrigado por existir ao meu lado, sendo minha incondicional companheira, amiga, conselheira Amo você!

AGRADECIMENTOS

À **UFT**, na pessoa do colega, professor Doutor **Tarsis Barreto**, a quem o presente programa de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos deve homenagens por sua própria existência e pela consecução exitosa.

À colega Professora Doutora **Renata Rocha**, minha Orientadora, a quem passei a considerar como dileta amiga.

Ao meu sócio e amigo, Advogado **Anenor Ferreira Silva**, pelo constante incentivo e pelo apoio fundamental, nesta fase.

Ao companheiro de batalhas acadêmicas Professor **Vinícius Pinheiro Marques**, pela primeira que vencemos juntos.

Ao Professor Doutor **Vitor Salino de Moura Eça**, da PUCMinas, meu querido Professor do programa de Doutorado em Direito Privado, por aceitar a missão de fazer parte desta quadra da minha história acadêmica.

À minha **mãe**, Professora em quem me inspirei para seguir a carreira do magistério, pela valorosa contribuição na fase de revisão deste trabalho.

Aos colegas Professores **Aloísio Bolwerk** e **Maria L. Berezowski**, pela constante colaboração acadêmica.

Os ignorantes devem refletir acerca da situação dos sábios que, embora usufruindo de todas as vantagens advindas do estudo e da reflexão, se mostram geralmente desconfiados de suas afirmações. E, se algum sábio tende, por seu temperamento natural, à altivez e à obstinação, uma leve tintura de pirronismo poderia abater seu orgulho e mostrar-lhe que as poucas vantagens que obteve sobre seus semelhantes são insignificantes se comparadas à confusão e à perplexidade universais inerentes à natureza humana. Em geral, há um grau de dúvida, de prudência e de modéstia que, nas investigações e nas decisões de todo gênero, deve sempre acompanhar o homem que raciocina corretamente. (DAVID HUME, 1748).

RESUMO

A dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, da Universidade Federal do Tocantins, contém uma análise crítica do fenômeno de fornecimento e consumo, especialmente para os efeitos das relações jurídicas contratuais havidas entre consumidores e fornecedores. É traçado um perfil do consumidor dentro da sociedade industrial, bem como, é identificada a hegemonia do capitalismo industrial contemporâneo. É justamente dentro da dinâmica dos meios intensos de produção e de contratações que os negócios jurídicos contratuais são levados a cabo, provocando efeitos econômicos, de onde brotam conflitos com repercussões individuais e sociais aos consumidores. A pesquisa parte então, para o estudo da forma com a qual a jurisdição tem lidado tradicionalmente com os conflitos consumeristas, baseada no positivismo e no apego à dogmática formalista do Direito Processual Civil, e também na postura estática e inerte dos julgadores. Adiante, o paradigma processual do individualismo, típico do modelo liberal, é questionado em razão da nova dinâmica das relações negociais de consumo, quase sempre massificadas, sendo, portanto, suscitado um novo papel a ser desempenhado pela jurisdição civil, agora, não apenas, como gestor de contendas individuais, mas como operador de mudanças sistêmicas na sociedade, através do exercício de seu poder. Nesse sentido, ressoa a ótica pós-positivista por meio da qual a jurisdição civil haverá de enfrentar as demandas da contemporaneidade, construindo uma sociedade mais justa e equilibrada, dentro da Ordem Econômica constitucional e dos Direitos Sociais Econômicos, previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como no ideal harmonizador presente na Política Nacional das Relações de Consumo, de que trata o Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Assim, a ideia central da dissertação é a de deslocamento de diversos eixos jurisdicionais, atuando a jurisdição, não mais com passividade diante da sociedade de fornecimento e consumo, mas sim como elemento participativo e ativo no cenário sócio-jurídico. A proposta apresentar-se-á conclusiva para um novo modelo de justiça pública, que atue com rapidez e dinamismo nas relações entre consumidores e fornecedores, mas que, acima de tudo, tenha a tutela como um ideal de atuação.

Palavras-chave: Jurisdição; Consumidor; Contratos; Tutela; Contemporaneidade.

RESUMEN

Lo trabajo presentado para el Programa de Postgrado en la Servicio Jurisdiccional y Derechos Humanos de la Universidad Federal de Tocantins , contiene un análisis crítico del fenómeno oferta y el consumo , especialmente para los que ocurrieron los efectos de las relaciones jurídicas contractuales entre consumidores y proveedores. Se trazó un perfil de usuario dentro de la sociedad industrial y se identifica la hegemonía del capitalismo industrial contemporáneo. Es precisamente en la dinámica de los medios de producción y de intensos contratación de los negocios jurídicos contractuales se llevan a cabo , causando efectos económicos , jactándose conflictos con consecuencias individuales y sociales para los consumidores. La investigación entonces parte para estudiar la forma en que la jurisdicción se ha ocupado tradicionalmente con consumeristas conflictos basados en el positivismo y la opción de formalista del Derecho procesal civil dogmática , así como la actitud estática e inerte de los jueces. Por delante, el paradigma procesal del individualismo, típico del modelo liberal , es cuestionada debido a la nueva dinámica de las relaciones de consumo, en los casos más difundidos, y por lo tanto, planteó un nuevo papel que debe desempeñar la jurisdicción civil , ahora no sólo como gestor de conflictos individuales, sino como operador de cambios sistémicos en la sociedad a través de sus ejercicios de potencia. En este sentido, la perspectiva resuena postpositivistas través de la cual la jurisdicción civil se enfrentará a las exigencias de la moderna, la construcción de una sociedad más justa y equilibrada, dentro del orden económico constitucional y Económico Social , consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como armonizar el regalo ideal en la Política Nacional de Relaciones de Consumo, se dirigió al Código de Protección y Protección de los Consumidores. Por lo tanto, la idea central de este trabajo es cambiar diferentes ejes jurisdiccionales, actuando la jurisdicción ya no pasivamente a la sociedad de la oferta y el consumo, pero lo más participativo y elemento activo en el escenario socio- legal. La propuesta será presentada a la celebración de un nuevo modelo de justicia pública que actúa con rapidez y dinamismo en las relaciones entre consumidores y proveedores, pero, sobre todo, tiene la autoridad como un ideal de acción.

Palabras clave: Jurisdicción ; Consumidor ; Contratos ; Protección ; Contemporáneo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 A SOCIEDADE DE CONSUMIDORES	23
2.1 O DOMÍNIO DA PRODUÇÃO	24
2.2 SOCIEDADE E INDIVÍDUOS SEM OPOSIÇÃO	25
2.2.1 A necessidade e a liberdade	29
2.3 MASSIFICAÇÃO DA PRODUÇÃO E DO CONSUMO	31
2.3.1 Massificação dos contratos	32
3 CONTRATO DE CONSUMO: UM NOVO PARADIGMA CONTRATUAL	35
3.1 A VONTADE E OS CONTRATOS	36
3.2 Os CONTRATOS NO CAMPO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	46
3.2.1 Liberdade de contratar	48
3.2.2 Liberdade contratual	51
3.2.3 O Código de Defesa do Consumidor e o fenômeno dos contratos de consumo	53
3.2.3.1 Crítica ao contrato de consumo como fonte de obrigação	55
3.2.3.1.1 A proposta pós-positivista	61
4 O PARADIGMA JURISDICIONAL DE TUTELA CONSUMERISTA	66
4.1 INDIVIDUALISMO	67
4.2 A TENSÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO	69
4.3 JURISDIÇÃO MERAMENTE REATIVA	72
4.4 O PARADIGMA PROTETIVO EM CRISE	75
5 JURISDIÇÃO E TUTELA CONTRATUAL NA CONTEMPORANEIDADE	78
5.1 SUPERAÇÃO DA JURISDIÇÃO MERAMENTE REATIVA	79
5.1.1 Ativismo judicial	82
5.2 TUTELA INDIVIDUAL	87
5.2.1 Acesso à justiça	89
5.2.2 Facilitação da atuação do consumidor em juízo	95
5.2.2.1 Privilégio de foro	96
5.2.2.2 Inversão do ônus da prova	99
5.2.2.3 Interpretação mais favorável ao consumidor das cláusulas contratuais	101

5.2.2.3.1 Tutela contratual como pressuposto do Direito Fundamental à saúde	103
5.2.2.3.2 Tutela contratual como pressuposto do Direito Fundamental à moradia	105
5.2.2.3.3 Tutela contratual como pressuposto do Direito Fundamental à educação	106
5.2.2.3.4 Tutela contratual como pressuposto do Direito Fundamental à propriedade dos bens necessários à uma vida digna	107
5.2.3 Poder geral de cautela	111
5.2.4 Matéria contratual de consumo como questão de ordem pública...	113
5.2.5 A inconstitucionalidade da Súmula 381, do Superior Tribunal de Justiça.....	115
5.3 TUTELA COLETIVA.....	123
5.3.1 Maximização da legitimação ativa: o caso da legitimação da Defensoria Pública como problema de interpretação jurisdicional.....	125
5.3.2 Ações coletivas como alternativa às demandas reprimidas	129
5.3.2.1 Tutela do microdano contratual	129
5.3.2.2 Inércia do consumidor	130
5.4 O FUTURO DA JURISDIÇÃO CONSUMERISTA	133
6 CONCLUSÃO	134
REFERÊNCIAS.....	137

1 INTRODUÇÃO

A contemporaneidade têm influenciado o papel do Estado, notadamente quando tenta conjugar forças que, no contexto de uma interdependência negocial, estão cada vez mais tensionadas: eis a relação entre consumidores e fornecedores.

O Estado liberal, outrora vocacionado a garantir a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, agora se vê incumbindo de realizar transformações sociais para reduzir os abismos e injustiças criados em tempos de liberalismo, principalmente em países de industrialização tardia, como o Brasil.

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil vem experimentando um panorama jurídico que modificou os paradigmas ditados, até então, por uma ordem civil liberal, fundada na garantia da propriedade privada e na ausência interventiva do Estado, salvo raramente, ou, com maior frequência, para garantir a exequibilidade dos negócios particulares.

Com a industrialização brasileira, especialmente após o período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial e especialmente com o recente processo de estabilização econômica, abertura de mercado, e, mais recentemente ainda, com o advento e a proliferação das tecnologias da informação, o processo de massificação da produção redundou na necessidade de massificação das contratações.

Assim, o ato de contratar passou a dispensar os elementos clássicos para sua formação, especialmente a vontade.

Por outro lado, a exigência de rapidez na concretização dos negócios, retirou do consumidor qualquer possibilidade de diálogo e de construção democrática do contrato.

O resultado da junção de todos esses fatores, redundou na exigência de um papel interventivo do Estado-Juiz, lastreado em novos arquétipos de atuação, os quais ainda não foram totalmente assimilados pela jurisdição.

A jurisdição tradicional de outrora, está na, contemporaneamente, diante da necessidade de superação do individualismo em função do social, da neutralidade em função da tutela, da disponibilidade de direitos em função de uma ordem pública inderrogável pela vontade da partes.

Dentro desse contexto de transições tão recentes e, ao mesmo tempo, tão velozes, há ainda uma incompreensão sobre o papel da jurisdição na tutela

contratual do consumidor. Qual a missão jurisdicional, portanto, na contemporaneidade? Quais paradigmas deverão ser desconstruídos e reconstruídos? Quais habilidades deverão ser desenvolvidas pela jurisdição e de quais ferramentas ela pode se valer para a concretização da tutela contratual do consumidor?

Na busca por essas respostas, logo de início, o estudo caminha pela compreensão da sociedade de consumidores. Diversas circunstâncias que colocam o consumidor em situação de dominação, no âmbito das contratações são analisadas.

Adiante, o fenômeno contratual é avaliado desde suas concepções clássicas, até seus novos modelos. Essa análise leva bastante em conta os elementos da autonomia e da liberdade como pressupostos para uma crítica da força obrigacional dos pactos.

Segue, portanto, diante da compreensão do novo paradigma contratual, um paralelo entre os novos modelos de contratação e o modelo clássico de jurisdição predominante no Brasil.

O quinto capítulo contempla a maior parte da pesquisa, destinando-se a justificar diversas formas de atuação, como a adoção de técnicas pós-positivistas visando, tanto no âmbito da tutela coletiva, como da tutela individual, maximizar o espectro tutelar.

Por fim, o sexto capítulo ocupa-se da proposta central do trabalho, concluindo por idealizar o papel da jurisdição na tutela contratual do consumidor, na atualidade.

2 A SOCIEDADE DE CONSUMIDORES

Compreender a sociedade de consumidores é missão que não se pode deixar de cumprir, quando se tem por desiderato uma proposta críticorreflexiva e até mesmo propositiva, da tutela jurisdicional dos contratos, no âmbito dos negócios jurídicos celebrados entre consumidores e fornecedores.

Essa compreensão redimensiona a ótica, tanto de quem estuda, quanto de quem efetivamente atua na prática, posicionando-os de forma privilegiada para que possam identificar claramente todos os matizes da relação jurídica. Somente a partir desse exercício revelador é que podem partir problematizações e hipóteses com habilidades para a construção de ferramentas jurídicas, que se identifiquem com o fenômeno social examinado.

Nesse sentido, ao estudar a *teoria fenomenológica do Direito*, Karl Larenz aponta que a integração entre a lei e o momento histórico vivido deve ser levado em conta pelo intérprete, vez que:

O resultado em cada momento obtido por este processo é o Direito "presentemente em vigor". Ele é portanto produto comum do legislador, da jurisprudência e das forças "actuales" do comércio jurídico, dos costumes e das convicções comuns que neste se formam, do *common sense*. A ciência jurídica também toma parte neste processo, de desenvolvimento ideativo da ordem jurídica e de mediação da lei pela consciência do presente (LARENZ, 1997, p.159).

Oportuna, assim, de início, essa imersão no fenômeno consumerista contemporâneo, evitando a construção de hipóteses e conclusões deslocadas daquilo que o Direito realmente é: fruto da realidade da vida em sociedade.

Interessante notar que, tanto sob as perspectivas positivistas, quanto as pós-positivistas, a premissa de conhecimento da sociedade e de sua dinâmica relacional é inarredável. Isso porque, quanto aos primeiros, conhecer a sociedade qualifica o intérprete ao correto juízo de adequação fato e lei e, quanto aos segundos, porque lhes proporcionam a construção de modelos e soluções jurídicas baseados na realidade e não apenas em um juízo hipotético ideal.

É o que propõe João Baptista Herkenhoff, ao afirmar que o conhecimento do fenômeno social (aqui a dinâmica da sociedade de consumidores, suas características, sujeitos, instrumentos de relacionamentos negociais, etc.) "revelará ao juiz um universo!", sendo certo que "dentro da perspectiva fenomenológica" ele,

"o juiz", pode vencer a "mudez e a insensibilidade da lei." (HERKENHOFF, 1994, p. 98-99)

Logo, nunca é demais trazer à lume a afirmação de que o Direito, enquanto aparato destinado à justiça, é fenômeno social por excelência, o que requer uma abertura investigativa conducente a uma análise empírica e analítica do fenômeno da sociedade de consumidores, não se podendo, de outro lado, excluir tampouco adotar a dogmática com caráter totalitário (FERRAZ JUNIOR, 1994, p.51).

Assim, uma imersão no fato social dos contratos de consumo, enquanto produtos típicos de uma sociedade altamente dinâmica, como é a sociedade consumerista, revela-se *conditio sine qua non* para o estudo da tutela contratual do consumidor e de qual vem a ser o papel da jurisdição na contemporaneidade.

2.1 O domínio da produção

Qual ser humano pode prover suas necessidades (comida, vestuário, saúde, transporte, etc.), dentro do modelo da sociedade capitalista civilizada?

De há muito o ser humano não mais detém os meios e as habilidades para isso; pelo menos se considerarmos que tais provisões venham decorrer de um agir autônomo. A indústria, mais especialmente a indústria capitalista, encarregou-se de estabelecer um modelo de vida que tem na dominação das formas de produção sua maior característica.

Se o desejo do ser humano for água, esta é fornecida pela indústria, por meio das companhias públicas ou permissionárias de serviços públicos ou então vendidas envasadas em algum estabelecimento comercial. Se o desejo do ser humano for comida, é possível adquiri-la diretamente em algum restaurante, lanchonete ou *fast food*, como também, pode ser comprada através de diversos itens disponíveis nos supermercados.

Seja qual for o desejo, movido por suas diversas necessidades, não há como o ser humano consumidor satisfazê-las, senão por uma relação jurídica onerosa com o fornecedor. Para fazer face a tal onerosidade o ser humano, que não detém o domínio da produção, deve trabalhar. O fruto de seu trabalho é que lhe provê meios de sobrevivência e dignidade, através da aquisição de produtos e serviços fornecidos pela indústria. Logo, ao mesmo tempo em que o consumidor

labora para o sucesso do empreendimento, que lhe dá condições de acesso aos bens e serviços de consumo, ao adquiri-los, novamente alimenta, desta vez, por outra vertente, o mesmo sistema produtivo que lhe aproveita a mão de obra.

Nessa linha, Hannah Arendt afirma que "trabalhar e consumir seguem um ao outro tão de perto que quase constituem um único movimento, o qual, mal termina, tem de começar tudo de novo"(ARENDT, 2013, p.123).

É possível afirmar que, sendo o trabalho a chave para o acesso aos bens de consumo e sendo o trabalho ofertado pela própria indústria, direta ou indiretamente, o domínio da produção, de certa forma, é também o domínio do trabalhador. Conseqüentemente, o cenário aqui descortinado leva à conclusão de que o domínio da produção é, também, a grande forma de domínio do consumidor.

2.2 Sociedade e indivíduos sem oposição

Não é objetivo do presente trabalho fazer incursões pessimistas sobre o modelo capitalista de apropriação da força de trabalho. Não há fronteiras próximas que nos acene para uma realidade diferente daquela preconizada pelo capitalismo industrial. Afinal, o capitalismo tem por característica histórica se reinventar e se adaptar a diversas realidades, como bem observou Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, 1999, p.239). Mas, importa notar, todavia, como a relação entre a produção, o consumo e o trabalho, principalmente entre os dois primeiros, influenciam nos aspectos negocial e contratual.

Para Adam Smith, o modelo que melhor relacionava a produção, consumo e trabalho, seria aquele onde houvesse a divisão do trabalho, o emprego da técnica e da maquinaria. Tudo isso aperfeiçoaria a produção, reduziria o esforço individual proporcionando que cada indivíduo pudesse obter sua riqueza material, sua segurança patrimonial, através da venda de suas expertises. Até mesmo um objetivo de riqueza geral foi teorizado por Smith, o que pode ser extraído da seguinte transcrição:

É a grande multiplicação das produções de todos os diversos ofícios — multiplicação essa decorrente da divisão do trabalho — que gera, em uma sociedade bem dirigida, aquela riqueza universal que se estende até as camadas mais baixas do povo. Cada trabalhador tem para vender uma grande quantidade do seu próprio trabalho, além daquela de que ele mesmo necessita; e pelo fato de todos os outros trabalhadores estarem exatamente

na mesma situação, pode ele trocar grande parte de seus próprios bens por uma grande quantidade, ou — o que é a mesma coisa — pelo preço de grande quantidade de bens desses outros. Fornece-lhes em abundância aquilo de que carecem, e estes, por sua vez, com a mesma abundância, lhe fornecem aquilo de que ele necessita; assim é que em todas as camadas da sociedade se difunde uma abundância geral de bens (SMITH, 1996, p.70).

Percebe-se que Smith propôs um modelo de benefício geral com entrega e recepção de vantagens, com repercussões sociais positivas, mediante a difusão da riqueza. Seria esta a ideia do indivíduo soberano, não mais sujeito à lei do mais forte, mas sim a uma racionalidade como pressuposto de sobrevivência. Contudo, o capitalismo moderno foi direcionado para outros rumos. Como afirma Stuart Hall, o ser individual foi dessubjetivado a propósito de uma visão mais social desse mesmo indivíduo e isso se deu por força do próprio Estado moderno (HALL, 1999, p.30).

Porém, ironicamente, o Estado não só promoveu o capitalismo como também, ao contrário da proposta de Smith, no afã do social, esqueceu o indivíduo e aniquilou suas resistências, conforme aponta Michel Foucault, ao tratar do modelo disciplinar de controle da sociedade (FOUCAULT, 2012, p.134).

Logo, pertencer às estruturas do capital, como, por exemplo, trabalhar, comprar e pagar, é uma forma de dominação disciplinar que doma o ser humano lhe retirando qualquer resistência. Ou o indivíduo se enquadra no sistema ou é por ele excluído e marginalizado.

Quem não trabalha se enquadra na vadiagem e está fadado à mendicância ou a assistência estatal, como preconizado pelos que defendem o mínimo existencial.(BRASIL, 1941)

Aliás, sobre a mendicância, não custa lembrar que sua ocorrência configurava, até pouco tempo, contravenção penal¹. Mas, quanto à vadiagem, a lei² está vigente no Brasil. Portanto, o modelo capitalista de exploração do trabalho não só é autorizado pelo Estado como também, quem a ela não sucumbe, é punido disciplinarmente. Michel Foucault tinha toda razão ao afirmar que "a disciplina "fabrica" indivíduos" (FOUCAULT, 2012, p. 164).

1 Foi revogada a espécie de contravenção pela Lei nº 11.983/2009. (BRASIL, 2009)

2 Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. (BRASIL, 1941)

É claro que o sistema capitalista precisa de força de trabalho e as pessoas que se rendem à ociosidade, o nada fazer, segundo seu significado mais fabril, mais produtivo, não se amoldam ao sistema do modelo capitalista, que estabelece em duas vertentes importantíssimas a vinculação do ser humano: o indivíduo trabalhador, enquanto força motriz da indústria e o indivíduo consumidor a partir de sua remuneração laboral.

Se o ser humano em seu estado natural tinha que evoluir aperfeiçoando suas habilidades de caça, pesca e defesa, bem como adaptando sua dieta ao que a natureza poderia lhe oferecer, dentro de sua sazonalidade típica, o homem contemporâneo não encontra alternativas. O padrão estabelecido pela indústria determina as regras do jogo: trabalhar para consumir e consumir para alcançar a meta da vida contemporânea.

Oscar Wilde, na observância crítica desse fenômeno, não deixa a menor dúvida de sua crença acerca do estágio de perda da identidade do ser humano, incluído na cadeia cíclica do trabalho e do consumo, chegando a afirmar que:

O homem irá se matar por excesso de trabalho com o fim de garantir a propriedade, o que não é de surpreender, diante das enormes vantagens que ela oferece. É de lamentar que a sociedade, construída nessas bases, force o homem a uma rotina que o impede de desenvolver livremente o que nele há de maravilhoso, fascinante e agradável - rotina em que, de fato, perde o prazer verdadeiro e a alegria de viver.(WILDE, 2003, p.7)

Sem alternativas, o trabalho é empreendido para o propósito do consumo. Garantir um posto de trabalho significa garantir, por conseguinte, um poder de consumo que leva ao acesso de tudo aquilo que a indústria pode oferecer para atender às necessidades humanas: alimentação, vestuário, itens de higiene, utensílios, ferramentas, remédios, chegando até ao fornecimento de produtos e serviços que, não necessariamente, fazem parte das necessidades humanas propriamente ditas, mas sim das necessidades que o contexto social, ditado pelo modelo industrial, determinam.

A ausência de alternativas não está apenas na dependência dos consumidores motivadas por aspectos atinentes à sua própria sobrevivência e dignidade, mas também, de formas mais sofisticadas em que tais dependências são

criadas artificialmente pelo modismo e pelo consumismo, de maneira irracional e enganosa³, tal como abordado por Zygmunt Bauman (BAUMAN, 2008, p.65).

A irracionalidade do comportamento do consumidor, provocada pela necessidade e pela indústria, através das técnicas de comunicação publicitárias, evidenciam um cenário em que o consumidor não detém, por certo, qualquer controle seguro sobre suas ações, incluído, por consequência, os negócios jurídicos que celebra com os fornecedores, quase sempre, instrumentalizados por contratos de consumo.

Assim, seguir um padrão estabelecido pela indústria passa a ser um ato meramente impulsivo, sem qualquer razão natural. Como afirma Bauman:

A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quereres voláteis - não mais por regulação normativa. Nenhum vizinho em particular oferece um ponto de referência para uma vida de sucesso; uma sociedade de consumidores se baseia em na comparação universal - e o céu é o único limite. A idéia do "luxo" não faz muito sentido, pois a idéia é fazer dos luxos de hoje as necessidades de amanhã e reduzir a distância entre "hoje" e o "amanhã" ao mínimo - tirar a espera da vontade. (BAUMAN, 2001, p.90).

Numa outra vertente, é possível considerar que o mal que acomete os indivíduos, no tocante ao exercício de suas liberdades e inclinações naturais, também é aquele que acomete a sociedade. Toda massa é consideravelmente mais forte do que o indivíduo isolado, em relação aos que exercem qualquer tipo de dominância.

Todavia, a sociedade de consumo, considerada como coletividade de consumidores, também não se mostrou tendente a qualquer tipo de resistência política, jurídica ou comportamental. Pelo contrário, o domínio das massas tem sido o grande trunfo da indústria, porquanto, naturalmente, através das ações massificadas, tais como os contratos de massa, são potencializadas as atividades de difusão de produtos e serviços, bem como, são mais eficazmente engendrados os mecanismos de padronização do consumo e do comportamento.

Na esteira do pensamento de Bauman, a sociedade de consumidores:

3 A enganabilidade a que se refere Bauman é fruto da cultura industrial que incentiva, de maneira excessiva, o consumo, promovendo o desperdício econômico e de recursos naturais.

é um tipo de sociedade que (recordando um termo, que já foi popular, cunhado por Louis Althusser) "interpela" seus membros (ou seja, dirige-se a eles, os saúda, apela a eles, questiona-os, mas também os interrompe e "irrompe sobre" eles) *basicamente na condição de consumidores*. Ao fazê-lo a "sociedade" (ou quaisquer agências humanas dotadas de instrumentos de coerção e meios de persuasão ocultos por trás desse conceito ou imagem) espera ser ouvida, entendida e obedecida. (BAUMAN, 2008, p. 70)

Avança, portanto, reconhecendo que:

A "sociedade de consumidores", em outras palavras, representa esse tipo de sociedade que promove, encoraja, ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas. (BAUMAN, 2008, p. 71)

A sociedade de consumidores exerce sobre seus membros pressões coercitivas desde a infância, como também, ao longo de suas vidas, como pressuposto de seu condicionamento. Desta forma, a dominação exercida pela indústria em face da sociedade, termina por concentrar a força de dominação na gestão do comportamento de cada um de seus indivíduos para o consumo.

A sociedade de consumo, por conseguinte, passa a ser uma espécie de executora das estratégias produtivas e de fornecimento de produtos e serviços. É, concomitantemente, vítima e algoz.

Certamente, o controle do comportamento ditado pela sociedade de consumo, ao consumidor, parece bem mais assimilável do que aquele exercido diretamente pelos fornecedores. É como se as práticas de consumo ditadas pelos fornecedores fossem legitimadas pela sociedade. Reside nessa assertiva a completude da dominação individual e coletiva do consumidor, uma verdadeira sociedade irracional, sem reação, sem oposição (MARCUSE, 1967, p.92⁴.)

2.2.1 A necessidade e a liberdade

O Direito sempre concebeu a matéria dos contratos sob o prisma da possibilidade de exercício da liberdade. A liberdade confere ao indivíduo a

4 A Consciência Feliz - a crença em que o real seja racional e em que o sistema entrega as mercadorias - reflete o novo conformismo, que é uma faceta da racionalidade tecnológica traduzida em comportamento social.

autonomia necessária para que tome a decisão de construir ou se vincular a um pacto, a ele se submetendo de acordo com as regras estabelecidas por consenso.

Quando a necessidade se impõe - e aqui necessidade ganha um significado relevante para o consumidor, na medida em que representa sua dependência dos produtos e serviços que somente os fornecedores podem prover - a liberdade se apequena.

Não há como se conceber um ambiente de autogoverno, autodeterminação, enfim, autonomia, se um dos sujeitos, no caso o consumidor, está para outro, o fornecedor, numa relação em que o primeiro depende do segundo como provedor de suas necessidades.

Por isso é que César Fiuza afirma, ao tratar dos contratos de consumo, que estes não são expressão da autonomia, mas sim da necessidade (FIUZA, 2013, p.493).

Diante da necessidade a liberdade do consumidor sucumbe e, nesse caso, os temas do domínio da produção e da ausência de alternativas, de fato, colocam o consumidor em uma situação completamente submissa aos fornecedores.

O produto que se extrai do domínio da produção e do modelo de sociedade de consumo é o fenecimento da liberdade diante do império da necessidade. Essa conclusão é altamente importante, para o estudo da proteção contratual do consumidor, porque revela a inexistência de um elemento essencial do contrato, qual seja, a liberdade. Disso recorre uma necessária modificação da ótica jurisdicional no tocante à tutela dos contratos de consumo.

Os contratos de consumo, são, portanto, uma relação jurídica fundada em bases que se dissociam daquelas que tradicionalmente o Direito Civil, de carga liberalista, se ocupou.

Nisso está o grande problema dos contratos de consumo, na medida em que exige uma reforma ou mesmo uma nova construção paradigmática destinada a atender ao fenômeno social das relações contratuais de consumo, não apenas como expressão de ato volitivo, mas como compreensão do pacto como condição existencial digna.

Portanto, o papel da jurisdição na proteção contratual exige um olhar diferenciado para o fenômeno consumerista contemporâneo, porque a cada passo que a sociedade avança é preciso, como sustenta Lúcio Antônio Chamon Junior, "recriar" o Direito (CHAMON JUNIOR, 2002, p.276).

2.3 Massificação da Produção e do consumo

As grandes navegações de Espanha e Portugal, por exemplo, para as Américas do Centro e do Sul, aniquilaram culturas e retiraram dos povos nativos qualquer forma de resistência.

As crenças e culturas locais foram substituídas pela influência do catolicismo e pelo modo europeizado de ser e viver (ROBSBAWM, 1998, p. 406.)

Contemporaneamente, guardadas as proporções ensejadas pelo advento da tecnologia e do modo como a sociedade se organiza, há, novamente, uma forma de aniquilação cultural e de extermínio da subjetividade. Trata-se do processo de globalização econômica, o qual não encontra barreiras culturais, linguísticas ou mesmo territoriais. Não há indivíduos. Há consumidores que são considerados pela indústria como um todo, indistintamente.

Como bem sustenta Stuart Hall:

Os *fluxos culturais*, entre as nações, e o consumismo global criam possibilidades de "identidades partilhadas" - "consumidores" para os mesmos bens, "clientes" para os mesmos serviços, "públicos" para as mesmas mensagens e imagens - entre pessoas que estão bastante distantes umas das outras no espaço e no tempo. À medida em que as culturas nacionais tornaram-se mais expostas a influências externas, é difícil conservar as identidades culturais intactas ou impedir que elas se tornem enfraquecidas através do bombardeamento e da infiltração cultural (HALL, 1999, p.74).

As práticas da indústria, na contemporaneidade, promovem o extermínio da subjetividade e, assim, as práticas de fornecimentos de produtos e serviços, não mais levam em conta os quereres de cada indivíduo e suas necessidades individuais.

O que passa a ocorrer é uma programação geral de gostos que são influenciados pela moda, pelo cinema e pelas incontáveis possibilidades comunicacionais (não democráticas, é claro), a exemplo da televisão e da internet, hoje levadas consigo por cada consumidor através de seus *smartphones*.

Destarte, uma campanha publicitária pode facilmente correr o mundo, sem fronteiras de qualquer jaez, alcançando bilhões de consumidores. Ao final, asiáticos, americanos, europeus, africanos e os povos da Oceania, todos estarão ávidos por produtos da *Coca-cola*, do *McDonald's* ou da *Apple*, isso porque todos eles estarão

também ligados às redes mundiais de relacionamentos, como o *Facebook*, onde o padrão comportamental se propaga e se impõe (BARBOSA, 2013, p.11-12).

Bauman, nesse sentido, observa que "a sociedade pós-moderna envolve seus membros primariamente em sua condição de consumidores, e não de produtores." (BAUMAN, 2001, p.90). Mas também deve ser levado em conta que, uma vez detendo o domínio da produção, a indústria se encarregou de que tal domínio fosse exercido de forma qualitativa, voltada para determinados produtos, comportamentos ou estilos de vida.

É por isso que Bauman afirma acerca do "formidável poder que os meios de comunicação de massa exercem sobre a imaginação popular, coletiva e individual".(BAUMAN, 2001, p.99).

2.3.1 Massificação dos contratos

A massificação da produção e do deságue dos produtos e serviços aos consumidores repercutiram diretamente nos contratos de consumo, considerados estes, como expressão formal e jurídica ou somente jurídica do binômio fornecimento-consumo.

O contrato classicamente idealizado para as relações individuais, nas primeiras fases da sociedade manufatureira como, por exemplo, aqueles em que figuravam como fornecedor o sapateiro, o artesão, o ferreiro, ou o comerciante que reunisse o acervo de todos esses artigos, era um ambiente discursivo. Havia diálogo e possibilidade de construção do pacto contratual.

Essa era a liberdade preconizada pelo liberalismo, onde todos eram iguais e livres⁵ para estabelecer suas convenções contratuais, bem como, para a ela se vincularem obrigacionalmente. Daí o *pacta sunt servanda* (AZEVEDO, 2004, p.27).

Entretanto, o ambiente contemporâneo não mais permite o estabelecimento de diálogo como elemento a partir do qual se constroem os contratos, especialmente os contratos de consumo.

5 Não se quer afirmar com isso que nos Estados Liberais inexistam desigualdades. Em verdade eram muitas as desigualdades, especialmente aquelas que depunham contra as mulheres, bem como aquelas criadas pela influência da burguesia no poder estatal. O que se quer demonstrar é que nas primeiras fases da industrialização ainda era possível um comércio fundado no relacionamento interpessoal.

A massificação da produção passou a exigir um aperfeiçoamento das contratações como condição para o escoamento da produção. É possível perceber que a mesma tecnologia empregada na zona fabril, para a produção em massa, foi transportada para o setor comercial, exigindo, conseqüentemente, uma contratação também massificada.

Nesse sentido, os mesmos males da massificação produtiva que tornaram os ambientes fabris estéreis e impessoais, foram também levados para o terreno dos contratos. Se na etapa fabril os indivíduos foram substancialmente substituídos pelas máquinas e pelo aparato altamente tecnológico, no campo das relações comerciais e, por decorrência, dos contratos, não foi diferente.

Essa realidade é bem explicitada por Gilles Lipovetsky e Jean Serroy aos sustentarem que "O universo *high-tech* aparece, assim, como uma máquina de dessocialização e de desencarnação dos prazeres que destrói o mundo sensível e as relações humanas táteis." (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p.46).

De fato, os contratos celebrados entre consumidores e fornecedores, não guardam qualquer matiz de semelhança com o contrato clássico, destinado a reger os indivíduos em suas relações negociais intersubjetivas.

Na contemporaneidade, os contratos são formulários pré-concebidos dentro de uma tecnologia que se vale da dogmática jurídica, com substância liberalista, como tônico da força obrigatória que interessa aos fornecedores, tal como, interessava à burguesia do século XIX. Não há uma análise de quem será ou quem serão os consumidores contratantes, a partir do que se poderia traçar tipos ou conteúdos diferentes para cada contrato. Ao contrário disso, milhões de consumidores celebrarão o mesmo pacto, por mais que entre eles, ocorram diferenças sociais, econômicas, psicológicas, motivos e circunstâncias que os levaram a contratar, embora, de, antemão, já se saiba que todos os pactos foram comumente movidos por imperativa necessidade dos consumidores.

Na visão de César Fiuza,

A revolução tecnológica serviu para a despersonalização do contrato. O diálogo perde espaço para o silêncio, pois os contratantes não mais se conhecem, nem se identificam ou se encontram. Imagine aquela frequente situação na qual a oferta é constituída pela presença de uma máquina distribuidora de bens de consumo, enquanto a aceitação é manifestada pela simples inserção de moedas em orifício adequado. Lembre ainda aquela corriqueira situação na qual a oferta é construída por uma série de imagens e informações alocadas em ambiente virtual, enquanto a aceitação se

realiza pela simples digitação em teclado de computador. (FIUZA, 2013, p. 504).

Roberto Senise Lisboa, atento ao universo das contratações massificadas e sem interação intersubjetiva dos contratantes, afirma que tal realidade do mercado levou :

a padronização de inúmeras espécies de negócios jurídicos e a submissão do hipossuficiente à vontade dos detentores do poder econômico, nos contratos de adesão realizados. Sobredita padronização ocasionou não apenas benefícios, como também malefícios ao economicamente mais débil, desprovido de informações e conhecimento para se opor ao instrumento. Nem sequer se viabiliza a discussão do conteúdo da relação, quase que invariavelmente repleta de cláusulas predispostas. (LISBOA, 2012, p.29-30)

É de importantíssimo destaque o fato de que, a partir da massificação dos contratos, passou a ser possível observar a massificação dos abusos contra os consumidores. Não é para menos, pois uma única cláusula lesiva ao consumidor, individualmente considerado, será também, a mesma cláusula lesiva a milhares de consumidores! Com isso, o contrato já não pode mais ser considerado como um fenômeno jurídico com efeitos entre as partes signatárias, mas sim, com características propensas ao ilícito e a danosidade generalizada.

Conforme aponta Rodolfo de Camargo Mancuso, "Tem-se mesmo a impressão de que o indivíduo, isoladamente considerado, não mais "existe", tragado pela voragem dos "sistemas" aos quais é agregado compulsoriamente" (MANCUSO, 1994, p.330).

Não se pode, com tal análise, negar a natureza social e o interesse social que tomaram os contratos de consumo.

De fato, com a massificação da produção e a massificação do contrato, o indivíduo consumidor se apequenou e se diluiu em uma coletividade desgovernada e sem reação.

3 CONTRATO DE CONSUMO: UM NOVO PARADIGMA CONTRATUAL

Nas linhas até aqui traçadas, com toda evidência, conforma-se o cenário de uma relação de dominação do fornecedor em relação ao consumidor e em relação à própria sociedade de consumo.

De outro lado, o contrato, enquanto produto das relações sociais negociais, é, por sua natureza, um ambiente de diálogo; ou pelo menos deveria ser.

Todavia, considerada a relação de dominância exercida pelo fornecedor, a dependência do consumidor, quanto ao objeto da contratação (produtos e serviços necessários à vida e à vida em sociedade), a massificação do consumo, o modismo e o consumismo, por exemplo, o contrato de consumo dos dias atuais, em nada representa seu antecessor clássico.

Enzo Roppo, sem distinguir entre contratos de consumo ou contrato privados em geral, advertiu acerca de que pode:

[...]uma das partes se aproveitar de sua superioridade económica - e por isso do seu superior poder contratual - para impor unilateralmente à outra cláusulas que estabelecem derrogações e desvios ao esquema legal típico, destinadas, exclusivamente, a assegurar ao contraente "forte" vantagens e lucros e a atribuir ao contrato "débil" encargos e riscos que a lei tendia a repartir de modo mais equitativo: derrogações e desvios que este último é constringido a suportar, justamente por efeito da sua inferior posição económico-social. (ROPPO, 2009, p.149).

Por isso, a tarefa de compreensão das feições do contrato, como elemento destinado a instrumentalizar as relações de consumo da contemporaneidade, é fundamental para a construção de qualquer juízo valorativo ou proposição, no tocante a atuação jurisdicional na tutela dos consumidores contratantes.

É na sociedade o ponto de partida e chegada do fenômeno do Direito. Desta forma, o Direito deve conseguir reproduzir o mais fiel reflexo de todos os seus matizes.

Como consequência dessa análise fenomenológica, tanto quanto e quando se modificarem as estruturas da sociedade e de suas aspirações de coexistência ideal, deve o Direito se adaptar e, por vezes, até mesmo, ser desconstruído e reconstruído. O que não se pode perder de vista é que o contrato estruturado nos moldes jurídicos clássicos já não atende e não se relaciona com os pactos realizados no universo consumerista.

Seja na concepção de uma técnica ou ciência aplicada à sociedade, o Direito, como bem salienta Ricardo Luis Lorenzetti, deve alinhar-se à realidade social correspondente. No entender do autor:

Um paradigma é um modelo acerca da ciência normal; desenvolve os problemas e métodos corretos que serão especificados na atividade científica; tem um *status* anterior à regra, porque a condiciona. A própria ordem codificada estatal constitui um paradigma, um modelo dentro do qual atua a dogmática. Os paradigmas vêm sendo depurados mediante operações de simplificação que realizam os juristas, até torná-los específicos. Há, contudo, um momento em que se tornam ininteligíveis, ineficazes, deixam de ter sua função ou permanecem mudos frente a novos questionamentos; é o momento em que se produz a mudança (LORENZETTI, 1998, p. 84)

Destarte, a mudança da concepção que se tem sobre o contrato no âmbito consumerista não só é oportuna, como também necessária, sob pena de andar a academia, os protagonistas operacionais do mundo jurídico e a própria jurisdição, em profundo anacronismo, que degrada os construtos jurídicos e a própria ideia de justiça.

3.1 A vontade e os contratos

Segundo Caio Mário da Silva Pereira e, de forma geral, segundo o que sempre se propagou dentro do ideal liberalista que esteve a reger o Direito Privado brasileiro, especialmente quando do advento do Código Civil de 1916, até o Código Civil de 2002, *contrato* pode ser compreendido como:

[...] um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (nº 82, supra, vol. I), podemos definir contrato como o "acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos" (PEREIRA, 2003a, p.14).

A possibilidade do exercício da vontade, típica do liberalismo, representou fundamental avanço nas sociedades modernas, na medida em que, os indivíduos

foram desvencilhados das amarras do arbítrio externo e do autoritarismo de reis, imperadores e do próprio Estado.

Na visão de Donald Stewart Jr, ferrenho defensor do modelo, “O liberalismo surgiu, gradativamente, como uma forma de oposição às monarquias absolutas e ao seu correspondente regime econômico, o mercantilismo.” (STEWART JR, 1995, p.16).

A vontade sempre foi elemento festejado pelo Direito Civil. Aliás, o Direito Civil clássico, enquanto uma ferramenta a serviço do Estado Liberal, é direito dos livres, daqueles que podem exercer sua autonomia no campo privado fazendo surgir, conservar ou extinguir vínculos. Logo, para o autor:

Liberalismo é liberdade econômica, é liberdade de iniciativa, entendidas como o direito de entrada no mercado para produzir os bens e serviços que os consumidores, os usuários, desejam. É a liberdade de contrato representada pelo estabelecimento de preços, salários e juros sem restrições de qualquer natureza. É a aventura e o risco de alguém só ser bem-sucedido se produzir algo melhor e mais barato. Uma sociedade organizada segundo os preceitos do liberalismo pressupõe a livre contratação entre as partes de quaisquer transações de interesse recíproco; ninguém pode ser obrigado, por coerção ou fraude, a comprar, a vender, ou a realizar qualquer contrato. (STEWART JR, 1995, p.73).

Importa notar que a proposta é a de que os indivíduos de uma sociedade liberal não mais se sujeitem ao arbítrio de quem quer que seja, ou esteja a exercer o poder.

Na verdade, a partir do exercício da liberdade, os indivíduos se submetem voluntariamente, livremente, a determinados mandamentos, como, por exemplo, ao contrato.

Não custa reforçar que, dessa premissa, é que parte o entendimento de que o contrato faz lei, gera vinculação, obrigação entre as partes; leis estas, feitas pelas partes, às suas livres escolhas.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, define que:

Há uma acepção de liberdade – que é a acepção prevalente na tradição liberal – segundo a qual ‘liberdade’ e “poder” são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em contraste em si e são, portanto, incompatíveis: nas relações entre duas pessoas, à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo da outra, e vice-versa, à medida que a segunda amplia a sua esfera de liberdade diminui o poder da primeira. Deve-se agora acrescentar que para o pensamento liberal a liberdade individual está garantida [...]. (BOBBIO, 2000, p.20)

Liberdade e vontade são faces de uma mesma moeda: a faculdade de decisão da qual se vale o indivíduo para construir laços (contratos) com o seu concidadão, ou seja, seu autogoverno. É o que Antônio Junqueira de Azevedo prega ao afirmar que:

As definições do negócio jurídico, como ato de vontade, são as mais antigas na ordem histórica e talvez se possa dizer que, até hoje, mesmo na doutrina estrangeira, são elas ainda as mais comuns. Fala-se, então, para conceituar o negócio jurídico, em manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou, ainda, em declaração de vontade (adotada, porém, esta última expressão em sentido pouco preciso, através do qual não se a distingue de manifestação de vontade). (AZEVEDO, 2002, p. 4).

No Brasil, a codificação contratual ditada pelo Código Civil de 1916, espelhou, sem disfarces, a autonomia da vontade, enquanto exteriorização da liberdade, como luminar de sua estrutura legislativa.

Era um Código⁶ de índole liberal, burguesa e, segundo sua gênese, a liberdade ocupava a função nuclear e estrutural dos contratos (BRASIL, 1916).

Assim, como requisito de validade do contrato, esse deveria ser celebrado por *agente capaz*, ou seja, por pessoa que pudesse expressar livremente sua vontade de contratar.

Com olhos postos na modernidade⁷, o próprio Caio Mário situa o contrato em uma concepção que leva em conta as novas feições adquiridas pela sociedade de consumidores⁸ e, de uma forma geral, pela sociedade que se vê imersa em novos padrões de vida, de consumo e de tecnologias. Essa nova sociedade é altamente produtiva.

6 Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz (art. 145, n.º I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145). [...] Art. 1.079. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa. Art. 1.080. A proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

7 É importante anotar que o termo "modernidade" utilizado por Caio Mário tem mais relação com o sentido de sociedade industrializada, capitalista, do que com o próprio período histórico que o termo representa literalmente. Fica bastante claro que o autor está de fato a mirar o fenômeno das relações havidas entre consumidores e fornecedores, a propósito da transcrição trazida logo adiante.

8 Essa é a sociedade que floresce a partir da 2ª Guerra Mundial e do crescente processo de industrialização que a seguiu, alcançando seu apogeu produtivo com e, conseqüentemente de consumo, com advento das tecnologias da informação, especialmente a popularização dos aparelhos de televisão e, posteriormente, com a internet.

Assim, o contrato passa a ser o ator fundamental da vida na contemporaneidade, reconhecendo, inclusive, tal como já abordado em outras linhas deste trabalho, o caráter geral e inarredável das contratações, razão pela qual afirma que:

Qualquer indivíduo - sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução - contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a conseqüência seria a estagnação da vida social. O *homo economicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários (PEREIRA, 2003a, p.17).

Essa transição pela qual passou a sociedade - do liberalismo da fase inicial da produção industrial para a indústria altamente produtiva da contemporaneidade - foi corretamente observada por Caio Mário, quando ponderou o exercício da autonomia da vontade, situando-a em um novo contexto social e jurídico: o da intervenção do Estado no domínio das relações negociais privadas. Portanto, de acordo com sua percepção:

O contrato, que reflete por um lado a autonomia da vontade, e por outro submete-se à ordem pública, há de ser conseqüentemente a resultante deste paralelogramo de forças, em que atuam ambas estas freqüências. Como os conceitos de ordem pública e bons costumes variam, e os conteúdos das respectivas normas por via de conseqüência, certo será então enunciar que em todo tempo o contrato é momento de equilíbrio destas duas forças, reduzindo-se o campo da liberdade de contratar na medida em que o legislador entenda conveniente alargar a extensão das normas de ordem pública, e vice-versa. (PEREIRAa, 2003, p.27).

O que se está a dizer é que novos elementos foram introduzidos no campo dos contratos privados e que, de certa forma, não o fazem mais apenas como expressões, criações jurídicas, sujeitas à vontade ilimitada dos contratantes: *função social, boa-fé objetiva e proibidade*.

O ponto de partida foi a Constituição Federal de 1988, onde esses elementos foram pulverizados por todo o ordenamento, alcançando, conseqüentemente, a disciplina privada dos contratos e fazendo com que a mesma

ganhasse tons mais publicistas, típicos de um Estado reformulado constitucionalmente para uma ótica mais social⁹ e mais intervencionista¹⁰.

Segundo Gustavo Tepedino,

Ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o Constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa. Vale dizer, família, propriedade, empresa, sindicato, universidade, bem como quaisquer microcosmos contratuais devem permitir a realização existencial isonômica, segundo a ótica da solidariedade constitucional. Sendo assim, não configuram espaços insuscetíveis ao controle social, como queria o voluntarismo, justamente porque integram uma ordem constitucional que é a mesma tanto nas relações de direito público quanto nas de direito privado. Não se poderia admitir a democracia nas ruas e a intolerância na vida privada (TEPEDINO, 2003, p.2).

Assim, é que o exercício da *liberdade* dos contratantes foi mitigado pelo cogente atendimento das partes e da própria substância, forma, objetivos e efeitos do contrato, a uma *função social*. Além disso, impôs uma regra, um dever de *probidade* e de *boa-fé objetiva*, em todas as fases do contrato, desde sua concepção, nas tratativas, até sua conclusão. (BRASIL, 1988)

Contudo, a liberdade, que dá asas à vontade, ou seja, a declaração de vontade que instiga e produz o contrato, não obstante as limitações impostas pelo ordenamento jurídico, ainda é tida como um elemento vital para a sobrevivência e efeitos do contrato no Direito Privado. Basta ver, a propósito, o Código Civil de 2002: ao tratar do *negócio jurídico*¹¹, gênero dos *atos jurídicos*, onde está inserida a espécie contrato, o faz com fundamento na ideia de que o sujeito detém autonomia. (BRASIL, 2002).

Convém reparar que a flexibilização do aspecto linguístico dos contratos, descrita no artigo 112, acima transcrito, em nenhum momento mitiga a importância do elemento volitivo para a realização do negócio jurídico e de seus efeitos. O que ocorre é que tão somente anuncia uma forma de interpretação desapegada da

9 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

10 Art. 5º [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

11 Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. [...] Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento. Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

literalidade e do rigor positivista, abrindo campo para uma interpretação mais flexível do caso concreto.

Desta forma, buscar-se-á uma justiça contratual, conforme defende Enzo Roppo, ao abordar acerca da missão interpretativa do juiz, a partir da utilização das cláusulas gerais, como ocorre com o citado artigo do Código Civil, buscando encontrar, para além das letras gramaticais do contrato. " "a comum intenção das partes" ". (ROPPO, 2009, p.171).

Pois bem, o contrato parte da premissa do exercício da liberdade em um contexto de relações bem menos numéricas, frenéticas e repetitivas do que hodiernamente se vê. Nesse caminho, ditado pela evolução da sociedade e de sua dinâmica produtiva e de consumo, o sentido de liberdade ganha novos paradigmas.

Com a acuidade que é digna dos mais admiráveis juristas, Caio Mário reconhece o problema dos contratos contemporâneos, e também, as mudanças às quais estavam se submetendo, especialmente no tocante à liberdade e vontade das partes contratantes. Contextualiza, portanto, que:

No começo, porém, do século XX compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia a igualdade política, não estava assegurando a igualdade econômica. O capitalismo desenvolvido, com a industrialização crescente, e a criação das grandes empresas, conduziu à defasagem dos contratantes. Aparentemente iguais, estes se acham via de regra desnivelados economicamente. E o negócio que realizam sofre a influência desta diferenciação. Conseqüentemente, o contrato, com as vestes de um ato emanado de vontades livres e iguais, contém muitas vezes uma desproporcionalidade de prestações ou de efeitos em tal grau que ofende aquele ideal de justiça que é a última *ratio* da própria ordem jurídica. (PEREIRAa, 2003, p.28).

Porém, concluiu pela prevalência da vontade, mesmo que mitigada, mesmo que submetida a diversas condicionantes, a exemplo da função social:

O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele. (PEREIRAa, 2003, p.29).

E por mais nítidos que sejam os avanços e evoluções na seara dos contratos, especialmente naquilo que interessa a justiça contratual, trazidos pelo

Código Civil de 2002, ainda vigoram os textos legais que analisam os contratos celebrados entre consumidores e fornecedores, sob a condicionante da vontade e da liberdade¹². (BRASIL, 2002).

O próprio Código de Defesa do Consumidor, concebe o contrato como ato de vontade¹³.(BRASIL, 1990).

De fato, são fortíssimas as influências do liberalismo, mesmo no contexto de leis, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, com natureza e enfoque protetivos de uma determinada categoria de indivíduos ou classe. Nesse sentido, válidas são as observações de Enzo Roppo sobre o tema, senão vejamos:

A teoria política do "contratualismo" mostra, assim, à evidência como o conceito de contrato pode ser utilizado, e foi historicamente utilizado, *com uma função ideológica*, quer dizer - uma vez que é este o significado técnico de "ideologia" - com uma função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operado com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses. Mas isso resulta ainda mais claramente, e para nós mais significativa e relevantemente, se analisarmos as doutrinas e os princípios em matéria de contrato elaborados pela ciência jurídica e codificados pelos legisladores a partir do século passado, no apogeu da hegemonia política cultural da classe burguesa, e que - embora de várias formas contestados e abalados, - ainda hoje continuam a exercer a sua influência. (ROPPO, 2009, p. 29-30)

Por parte da jurisprudência, a valorização do elemento volitivo demonstra forte involução no campo da interpretação dos contratos de consumo. No Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe a última análise da legislação federal, nela incluídas as leis sobre contratos, é possível observar o destaque que se dá à vontade, tomando-se como base dois arestos que trazem uma síntese do pensamento da Corte:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. HONORÁRIOS MÉDICOS COMPLEMENTARES. RESPONSABILIDADE DO USUÁRIO. OPÇÃO POR ACOMODAÇÃO SUPERIOR À CONTRATADA. CLÁUSULA CONTRATUAL. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO MÉDICO. INEXISTÊNCIA DE DUPLO PAGAMENTO.

[...]

7. Não há ilegalidade ou abusividade na cláusula contratual de plano de saúde que prevê o pagamento pelo usuário da complementação de

12 É o que prevê o artigo 421, do Código Civil: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

13 Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

honorários médicos caso solicite o internamento em acomodação de padrão superior àquela prevista no contrato. Ao contrário, essa cláusula apenas informa ao consumidor as despesas que deverá arcar caso proceda, segundo os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, à escolha de hospedagem não coberta pelo plano de saúde.

8. O pagamento dos honorários médicos complementares é feito diretamente ao profissional da saúde, não havendo duplicidade de pagamento, limitação de direito do consumidor ou a sua colocação em situação de desvantagem exagerada.

9. Recurso especial não provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1178555/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 15/12/2014)

Na medida em que o Superior Tribunal de Justiça justifica sua decisão proferida em matéria contratual de consumo, utilizando-se dos elementos da *autonomia da vontade* e da *liberdade de contratar*, incorre em flagrante equívoco, porque, de um lado, tais elementos pertencem à teoria geral dos contratos e não se acomodam nas questões tão peculiares atinentes aos contratos de consumo e de outro, porque parte de uma premissa fática não verdadeira, já que o consumidor de fato não detém liberdade de contratar.

Trata-se de uma decisão com viés positivista. E, nesse ponto em particular, o positivismo jurídico, ancorado no legalismo e na dogmática, não oferece ao intérprete alternativas e meios de fazer com que a interpretação deixe de ser apenas uma expressão fria do direito posto, sem qualquer sinergia com o mundo dos fatos.

Não por outro motivo, Karl Larenz afirmou categoricamente que "o conceito positivista de *realidade* é demasiado acanhado" (LARENZ, 1997, p.160)

Ao cultivar a premissa da liberdade como força motriz dos contratos, a jurisprudência invade o terreno consumerista com a técnica teórica dos contratos privados, chegando ao absurdo entendimento que se pode observar no seguinte julgamento:

ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA. CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO. LEGALIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS.

[...]

3. As tutelas judiciais de proteção ao consumidor, sem embargo da essencialidade de sua macro-função nos mercados mono ou oligopolísticos, não devem ir ao ponto de exercer impedimentos ou restrições à vontade jurídica livremente manifestada pelos indivíduos, como se fossem devolvidos à incapacidade de contratar ou de cuidar da defesa dos seus próprios interesses; essas tutelas devem ter atuação eficaz nos casos de abusos caracterizados ou se uma das partes prevalecer-se de sua posição dominante para impor à outra quaisquer avenças ou acordos.

4. Recursos Especiais providos para, considerando legítima a cláusula de fidelização, cassar o acórdão recorrido, restabelecendo in totum a sentença

de 1a. Grau, que julgou improcedente a Ação Civil Pública ajuizada pelo MP do Estado de Minas Gerais. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1445560/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 18/08/2014)

Aqui fica explícito como Larenz tinha razão. O motivo é porque o acórdão parte do pressuposto fático de que a atuação jurisdicional deve ser pontual, negando, portanto, a existência do caráter geral da dominação dos fornecedores em relação aos consumidores quanto aos contratos em que são partes. Pior ainda é considerar como razão de decidir a existência de uma vontade, livremente manifestada, pelo consumidor, quando, na verdade, a realidade contratual é a dos contratos de massa, pré-estabelecidos e sem oportunidade dialógica.

Somente na circunstância de efetiva igualdade entre as partes, como ocorre entre particulares, onde não há, de regra, uma relação de dependência e nem de dominância, é que se pode, com o mínimo de segurança, fazer uso das ferramentas jurídicas inspiradas na teoria dos contratos privados.

Humberto Theodoro Junior, ao tratar dos elementos basilares do contrato, afirma que, dentre eles, para a teoria liberal, está a "liberdade" que confere às partes o poder de convencionar "o que quiserem e como quiserem", respeitados, por óbvio, os limites da ordem jurídica. Mas, adiante, cuida das evoluções sociais e jurídicas, especialmente os ventos do Estado Social de Direito, concluindo, todavia, que, mesmo assim, "o acordo de vontade continua sendo "o elemento subjetivo essencial do contrato, sem o qual ele não poderia sequer existir, e que lhe dá sua função primordial nas relações sociais"." (THEODORO JUNIOR, 2008, p.1 e 5).

Essa lógica e modelo jurídicos são realizáveis, se e somente se, de fato houver uma relação de igualdade substancial, que torne possível levar em conta o exercício da vontade, como antecedente contratual e como pressuposto de vinculação e de geração de efeitos contratuais.

Aliás, sem maiores digressões, apenas se ocupando de lembrar que o Direito do Consumidor é um sistema de proteção do sujeito vulnerável, assim considerado por presunção legal e geral, é possível estabelecer a conclusão de que a teoria contratual estudada neste tópico, não serve aos contratos em que figuram como partes o consumidor e o fornecedor, objetivando regular o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços.

É o que argumenta Ricardo Luis Lorenzetti, ao tratar do Direito do Consumidor na perspectiva de um sistema vocacionado especialmente na proteção ao consumidor:

O direito do consumidor tem demonstrado grande força expansiva e ninguém duvida de sua autonomia. Tem fonte constitucional, legislação especial, órgãos de aplicação cada vez mais especializados, doutrina e princípios particulares. Possui assim, clara autonomia, já que a base de sustentação do sistema é princípio protetivo, com sede constitucional, o que significa um estatuto protetivo das pessoas vulneráveis, apartando-se assim da igualdade geral baseada na noção de "cidadão", que fundou o nascimento dos Códigos Civis (LORENZETTI, 2010, p.46).

Os argumentos de Lorenzetti e a própria realidade legislativa brasileira, nos dão a certeza de que o tratamento que se tem dado às questões jurídico-consumeristas, vem reclamando do Estado um olhar especialíssimo sobre o tema, levando à criação não apenas, de regras protetivas, mas de verdadeiros *microssistemas*.

A compreensão que se deve ter acerca dos microssistemas de defesa e, no caso, do microssistema de defesa do consumidor, é que se trata de uma alternativa ao generalismo do Direito Civil, especialmente, quando se tem por ponto de partida uma igualdade que é meramente de forma e não de substância.

Os microssistemas deslocam a interpretação, a partir dos paradigmas clássicos e gerais, como é o caso da teoria geral dos contratos privados, para paradigmas especiais, conforme se pode observar do que reza o Código de Defesa do Consumidor¹⁴. (BRASIL, 1990).

No campo das relações entre consumidores e fornecedores, há verdadeiros abismos entre tais sujeitos, que vão das questões sociais, às econômicas, sem contar na relação de dependência que conduz o consumidor ao fornecedor, conforme já tratado nas primeiras linhas deste trabalho. E, portanto, aqui está a gênese de um microssistema: reconhecer as desigualdades que conduzem à vulneração de um em relação ao outro sujeito, para, a partir disso, buscar-se o equilíbrio de forças.

14 Art. 1º 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 própria Constituição Federal de 1998 incumbiu o Estado do desígnio¹⁵ por igualdade substancial, considerando o reconhecimento constitucional das diferenças de tantos matizes da sociedade brasileira, determinadas por circunstâncias das mais variadas possíveis, mas especialmente aquelas que decorreram de processos históricos de marginalização de determinadas camadas da população, desde o processo de escravidão de índios e negros, até o abandono estatal dos menos favorecidos, estando, muitas vezes, uma coisa e outra umbilicalmente relacionadas. Sob tal perspectiva, oportunas as considerações prefaciais de Caio Mário:

Convivendo com um sistema normativo que sempre se contentou com a pacificação dos conflitos, cabe aos juristas, intérpretes e operadores do Direito, assumi-lo com a "função promocional" apregoada por Norberto BOBBIO desde a década de setenta. O Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação representam estrutura legislativa que se projetará como modelo dos diplomas legislativos, nos quais há de prevalecer, acima de tudo, o respeito aos direitos fundamentais. Devemos, portanto, assumir a realidade contemporânea: os Códigos exercem hoje um papel menor, residual, no mundo jurídico e no contexto sócio-político. Os "microsistemas", que decorrem das leis especiais, constituem pólos autônomos, dotados de princípios próprios, unificados somente pelos valores e princípios constitucionais, impondo-se assim o reconhecimento da inovadora técnica interpretativa. (PEREIRAa, 2003, p.9).

Portanto, com o reconhecimento da existência de desigualdades, por parte do Estado, a premissa fática é elevada aos *status* de realidade jurídica. E é nesse cenário, que os microsistemas começam a surgir e realizar suas missões protetivas e, até mesmo, construtivas de uma situação de verdadeira paridade de forças.

3.2 Os contratos no campo das relações de consumo

Dois problemas que fazem parte da realidade dos contratos celebrados entre consumidores e fornecedores, põem em cheque a submissão da interpretação e consequente tutela dos contratos consumeristas ao pensamento ordinário utilizado

15 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

para o trato dos contratos privados: *ausência do elemento volitivo* (liberdade) e *ausência do diálogo*.

Os dois elementos constituem a espinha dorsal dos contratos em geral, tal como prega Enzo Roppo, ao tratar da autonomia, no tocante ao ato de decidir se "contratar ou não contratar" e, em caso positivo, como será construído o "conteúdo" desse contrato. (ROPPO, 2009, p.132).

Dentro dessa lógica, os contratos de consumo ainda são pressupostos a partir de uma hipotética convergência de vontades, que resulta ou se externa na celebração de um acordo¹⁶ formal ou não formal, típico ou atípico. A consequência é que esse suposto acordo de vontades¹⁷ passa a gerar força obrigacional, segundo, por exemplo, o que prevê o Código de Proteção e Defesa do Consumidor de 1990¹⁸. (BRASIL, 1990).

Ora, mas a noção basilar da força obrigatória do contrato, em relação aos contratantes, sempre esteve fundada nas atitudes que convergiam para uma tomada de decisão por parte dos contratantes, os quais *livremente decidem* por contratar, *livremente constroem* o conteúdo do pacto e *livremente* a ele se submetem. No final das contas, desgarrando-se as partes do que por elas foi erigido, cumpre ao Estado-Juiz garantir a força e a realização prática do ideal projetado pelas partes.

Nessa mesma direção, está a visão de Cláudia Lima Marques, para quem "é a vontade que, na visão tradicional, legitima o contrato e fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto desta vontade criadora, uma exigência, como veremos, mais teórica do que prática." (MARQUES, 2011, p. 67).

Desta forma, a conclusão a que se chega é a de que qualquer interpretação que se faça a respeito dos contratos de consumo concluindo pela existência de força obrigatória, deverá inarredavelmente demonstrar a precedência dos atos volitivos por parte do consumidor (liberdade de contratar e liberdade contratual), que

16 Convém observar que os contratos de consumo na contemporaneidade, devem ser vistos sob as mais variadas possibilidades ditadas pelas múltiplas ferramentas de informação, tais como e-mails, mensagens eletrônicas partidas ou recebidas de unidades de computadores fixos ou móveis, como os telefones celulares, por exemplo.

17 Aqui se faz referência a acordo de vontades apenas no sentido jurídico-formal, pois, na realidade, os preceitos defendidos na análise do problema é o de que de fato não há vontade por parte do consumidor, pelo menos considerada esta como decorrência de liberdade e outogoverno.

18 Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

antecedem o contrato, bem como, aqueles que são destinados à sua confecção ou mesmo sua aceitação, nos casos dos pactos por adesão. Sem isso, estará a interpretação completamente fadada ao equívoco lógico: as premissas não corresponderão à conclusão!

Para melhor compreensão acerca do problema da teoria obrigacional derivada dos contratos privados no campo das relações de consumo, oportuna se faz a imersão em cada uma das liberdades indicadas no parágrafo anterior.

3.2.1 Liberdade de contratar

Quando dois indivíduos decidem por celebrar um contrato visando à constituição de uma sociedade, é possível dizer que os mesmos agiram de acordo com a liberdade de contratar. Noutro exemplo, quando determinada pessoa resolve comprar uma propriedade rural, para nela desenvolver a atividade da pecuária ou da agricultura e, do outro lado, quando o seu proprietário decide colocá-la à venda, então nada mais claro, na hipótese, do que o exercício da liberdade de contratar.

Liberdade de contratar é pois, a capacidade ou possibilidade de decisão que determinado indivíduo tem de contratar ou não contratar. Afora os exemplos anteriores, há, de fato, diversas situações da vida civil, onde ainda é possível o exercício de tal liberdade, como os contratos de mútuo, aplicações financeiras, locações, especialmente as comerciais, arrendamento, dentre tantos outros que ocorrem muito mais em face do proveito de oportunidades do que de necessidades.

Nesse primeiro bloco, tal como expõe Enzo Roppo, a liberdade de contratar está a serviço de um interesse ou de uma função econômica. Assim defende que "onde não há operação econômica, não pode haver também contrato." (ROPPO, 2009, p.11).

Por assim ser, é típico da atividade econômica com expressão predominantemente patrimonial e financeira, a possibilidade de escolhas. Quando estas são postas em intenção de realização, há a liberdade de contratar.

Esse ritual de escolha, fundado nesta primeira etapa que consiste na liberdade de contratar, compõe um dos elementos o que Antônio Junqueira de Azevedo classifica como circunstâncias negociais, que nada mais são do que "um

modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos." (AZEVEDO, 2002, p. 122).

Por outro lado, ir ao supermercado comprar as provisões do mês, ou até mesmo eventualmente, adquirir qualquer produto por alguma necessidade da vida urbana, comprar determinado medicamento em alguma farmácia, abastecer o carro em um posto de combustíveis, consumir das companhias públicas ou concessionárias de serviços públicos a energia elétrica, gás, água, o próprio transporte público ou mesmo os serviços de telecomunicações, ao contrário dos exemplos anteriores, não representam qualquer traço de liberdade de contratar.

Qualquer uma dessas condutas exemplificadas, em sua maioria, contratos de compra e venda de produtos ou contratos de prestação de serviços, representam imperativos da vida urbana, ditados pelos padrões do capital e da indústria. Não há nisso qualquer evidência de liberdade de contratar.

Como enfaticamente aponta Zygmunt Bauman,

A lista de compras não tem fim. Porém por mais longa que seja a lista, a opção de não ir às compras não figura nela. E a competência mais necessária em nosso mundo de fins ostensivamente infinitos é a de quem vai às compras hábil e infatigavelmente. (BAUMAN, 2001, p.88)

Na medida em que o ser humano se divorciou da natureza e de seu estado natural, foi perdendo gradativamente, a capacidade de prover suas necessidades, especialmente, quando se subordinou aos ditames da propriedade privada, já em fase bem adiantada da civilização humana.

Hoje, a indústria faz as vezes de natureza provedora. É dela que são colhidos todos os frutos necessários à sobrevivência humana. A indústria capitalista, por exemplo, detém a propriedade das matérias primas da produção, e ainda do aparato científico e tecnológico necessário, como a propriedade das fórmulas e inventos. Até mesmo a água, elemento que mais abunda na terra, está sob a propriedade da indústria, seja na forma de titularidade de licenças de exploração ou seja na titularidade de domínios territoriais onde florescem minas ou repousam aquíferos.

Sob essa perspectiva, a indústria se convola em um elemento completamente dominador do sujeito consumidor. Não há, por corolário lógico,

contrato de consumo que se pretenda fazer por liberdade. A força que impele tais contratos é a da necessidade!

Além disso, sob o império da mídia e das constantes provocações instigantes, excitantes, estimulantes, a que o consumidor está diariamente sujeito, seu agir é inconsciente. É o que revelam as conclusões da pesquisa antropológica realizada pelo Professor Everardo Guimarães Rocha, o qual, a propósito do tema, argumenta:

O produto entra nas vidas projetadas pelo anúncio, funcionando como mágica. É improvável que o anúncio coloque algum problema, questão ou impasse que ele mesmo não possa resolver. É uma marca da cultura representada *dentro* da propaganda que os bens de consumo supram as necessidades na forma como elas são projetadas para serem supridas. Isto sem falar na legião de "necessidade abstratas" como amor, carinho, afeto, alegria e tantas mais que, de alguma forma, acabam também resolvidas ali dentro. Essa subprodução satisfaz (até ultrapassa como o Modo de Produção Doméstico) as necessidades definidas pelas sociedade *dentro* das Comunicação de Massas para as próprias vidas ali projetadas. (ROCHA, 1995, p.203).

Ao negar suas aptidões naturais, sujeitando-se às provocações da indústria, o consumidor contrata inconscientemente. Até mesmo quando se diz consciente em proceder a uma contratação, relewa traços de uma *racionalidade automatizada*, não reflexiva, típica de quem não é livre.

Martin Lindstrom, acerca da irracionalidade do comportamento do consumidor afirma que:

[...] gostando ou não, todos nós nos comportamos de maneiras que não têm nenhuma explicação lógica ou simples. Isso tem acontecido como nunca em nosso mundo cheio de tecnologia e estresse, no qual notícias de ameaças terroristas, atritos políticos, incêndios, terremotos, enchentes, violência e vários outros desastres nos acometem desde o momento em que sintonizamos o jornal da manhã até a hora em que vamos dormir. Quanto maior é o estresse a que somos submetidos, maior é o medo, a insegurança e a dúvida que sentimos — e maior é a probabilidade de nos comportarmos irracionalmente. (LINDSTROM, 2009, p.25).

Se os acontecimentos fenomenológicos dos atos de consumo, especialmente o ato de contratar, não derivam da liberdade e da autonomia, mas sim de imposições da própria vida em sociedade dominada pelo capital, pela produção, pelo trabalho e pelo consumo, não há como se projetar em tais atos, ditos contratos, qualquer traço de liberdade que os antecedem.

A conclusão não é outra, senão a de que, efetivamente, não há liberdade de contratar nos contratos de consumo.

3.2.2 Liberdade contratual

A segunda faculdade, e aqui emprega-se faculdade no sentido próprio de *facultas agendi*, a liberdade contratual tem suas raízes na possibilidade de que os indivíduos possam construir o contrato, anteriormente decidido pela liberdade de contratar, estabelecendo, modificando, suprimindo, aumentando ou reduzindo seu conteúdo, através de cláusulas ou de qualquer outro mecanismo, que possa externar a dimensão e as facetas da vontade das partes.

É possível estabelecer que liberdade de contratar vem a ser a mais importante das liberdades, porque, sem ela, não há razão de ser ou objetivo para a liberdade contratual. Mas se a percepção acerca da liberdade de contratar, nos contratos de consumo, for a de que ela não existe, ante a mais completa ausência de volitividade do consumidor, a conclusão a que se pode chegar, acerca da liberdade contratual, nestes mesmos contratos de consumo, não é outra, senão, a da sua inexistência.

Se alguém não pode decidir se vai ou não vai contratar, devendo contratar por diversos imperativos alheios à vontade¹⁹, não poderá, obviamente, decidir como serão os contornos do pacto. Como aborda Junqueira de Azevedo,

[...], ao lado dos negócios, cujo conteúdo é quase todo formado pelas partes, outros existem, cujo conteúdo resulta, parcial ou integralmente, de outras fontes. Até que ponto isso é lícito, quando essa outra fonte não é a lei (ou a autoridade com base na lei), é questão que interessa à validade do negócio, à liberdade do querer, ao requisito consistente em a declaração dever resultar da vontade livre (com a possibilidade de anulação, pelo fato de o ter sido feito sob coação e ainda, conforma as várias legislações, em estado de perigo, ou sob pressão econômica). (AZEVEDO, 2002, p. 135).

19 Parece uma redundância falar de *imperativos alheios à vontade*, na medida em que, se é imperativo, já se tem uma noção de imposição. E isso é contrário a ideia de vontade. Mas a redundância, nesse caso, serve ao propósito de realçar, frente a frente, os elementos antagônicos que dão razão à proposta de inexistência da liberdade contratual.

Observando-se a lógica da formação dos contratos, através do exercício das liberdades de contratar e da liberdade contratual, a doutrina privada escalona o contrato como *fonte* de obrigações, conforme já traçado em linhas anteriores. Orlando Gomes classifica, pois, os negócios jurídicos como "a mais abundante fonte de obrigações". Dentro delas, situa o contrato como, "inquestionavelmente", a mais importante de todas. (GOMES, 2007, p. 39).

Na construção das obrigações, as quais terminarão por estabelecer como deverão se comportar os contratantes, mediante prestações positivas ou negativas (fazer, não fazer, dar coisa certa, incerta, etc.) é que as partes exercitam a liberdade contratual. Enzo Roppo, sobre o tema, sustenta que "aquilo que livremente escolhem torna-se vínculo rigoroso dos seus comportamentos, e se violam a palavra dada, respondem por isso, sujeitando-se a sanções. É o nexa liberdade contratual - responsabilidade contratual[...]"(ROPPO, 2009, p.128).

Sob a perspectiva do consumidor e das circunstâncias em que este sujeito realiza suas contratações, não é possível se observar qualquer elemento conducente à existência de liberdade contratual. Pelo contrário, o fenômeno dos contratos de consumo na contemporaneidade, traz consigo o modelo de contrato onde as cláusulas são previamente estipuladas pelo fornecedor. Não é que se trate de contrato de adesão, pois, mesmo nessa modalidade, deve haver a liberdade do aderente em aceitar as cláusulas postas, o que não ocorre com o consumidor, uma vez que, além de não participar da elaboração das cláusulas, ainda não se vê em condição de *rejeitar* o pacto.

A inexistência de liberdade contratual nos contratos de consumo, por parte do consumidor, é bem retratada por Roberto Senise Lisboa, ao identificar uma relação entre desiguais. Assim, não há paridade entre os contratantes, porque "Contrato paritário é o negócio jurídico elaborado em plena igualdade de condições para que as partes possam estabelecer, em conjunto, o conteúdo da avença, após discussão a respeito." (LISBOA, 2012, p.361).

Conclusivamente, a liberdade contratual, consideradas as feições do sujeito consumidor, especialmente a dependência deste em relação ao fornecedor, enquanto provedor de suas necessidades, é claramente inexistente nos contratos de consumo.

3.2.3 O Código de Defesa do Consumidor e o fenômeno dos contratos de consumo

Considerada a inexistência de liberdade de contratar e de liberdade contratual, no âmbito dos contratos de consumo, evidencia-se necessária uma incursão em tal assunto, no Código de Defesa do Consumidor, até mesmo por considerar que se trata de uma relação, cujo ordenamento reservou um tratamento microssistêmico.

Para o Código de Defesa do Consumidor, os contratos de consumo operam efeitos jurídicos obrigacionais, desde que, seja dado ao consumidor a oportunidade de tomar conhecimento prévio acerca de seu conteúdo e de suas cláusulas, nos exatos termos da redação do seguinte artigo:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (BRASIL, 1990).

Não obstante, o contrato de consumo deve ser observado sob o prisma da realidade experimentada no dia a dia das contratações desta natureza: não há vontade, muito menos liberdade, fato que, a esta altura, já restou demonstrado nos tópicos anteriores.

Por outro lado, a força obrigacional do contrato de consumo, pelo que prevê o próprio Código de Defesa do Consumidor, gera força obrigacional a partir de um *ato meramente formal*, ou seja, a força obrigatória parte de uma ficção jurídica de que o consumidor deu seu consentimento, exercitou sua autonomia, tendo tido acesso ao conteúdo contratual, bem como, desenvolveu a compreensão de seu conteúdo e implicações, quando, na verdade, contratou por necessidade e não por vontade livre.

Na verdade, a prática demonstra que independente de qualquer motivação relacionada aos aspectos de forma ou de substância do pacto, o consumidor dará seu *consentimento formal* aos termos do contrato, visando unicamente alcançar uma *finalidade* que é o *atendimento de suas necessidades*.

Aliás, o contrato de consumo se coloca entre o consumidor e a satisfação de suas necessidades. Por assim ser, para ao consumidor, o contrato é apenas um rito de passagem e não uma construção da vontade.

Por isso, considerando a realidade vivida nos contratos celebrados entre consumidores e fornecedores, o Código de Defesa do Consumidor, no tocante à sua previsão legislativa específica para o regime contratual, está completamente destoante.

Karl Larenz, observa que a lei deve se encontrar em sintonia com o ambiente social sob sua tutela ou incidência. Portanto, para ele:

É certo que a maioria das normas legais apresenta, em maior ou menor escala, um "sensor" que serve ao encaminhamento daquilo que é descrito por FIKENTSCHER como processo de "aproximação". O resultado deste processo é o concluir-se que a situação factual a julgar (ainda) se encontra (ou já se não encontra) adentro do "campo de detecção" da norma (o seu âmbito legal de aplicação). (LARENZ, 1997, p.201).

Na conjectura em análise, resta bastante evidente, que o comando do Código de Defesa do Consumidor já não se encontra (se é que um dia esteve) em condição de guardar qualquer afinidade com os contornos reais, as circunstâncias, motivos, finalidades e efeitos práticos, dos contratos de consumo.

Uma hipótese de solução das mais óbvias possíveis, em caso tal, seria a modificação legislativa. Mas não tem o presente trabalho o objetivo de cultuar a lei em sentido formal, como panaceia para os desafios do Direito, especialmente sua meta final de justiça no campo dos contratos.

De outro lado, porém, não se prega aqui o desprezo à lei, porque ele é uma referência da ordem social, especialmente quando decorre de um processo democrático que a legitima. (HABERMAS, p.313-314).

O que resulta dessa dicotomia é a conclusão de que as fontes, e no caso, o texto legal que trata da força obrigacional nos contratos no Código de Defesa do Consumidor, deve ser levada em conta sempre que puder realizar a justiça, dentro de um plano substancial e não apenas formal, como se contentaria o positivismo jurídico.

Logo, se a lei, tida por anacrônica, tida por não reflexiva da realidade social, ou tida por qualquer forma incapaz da realização da justiça, não pode ser tomada como fonte.

A solução para esta distorção pode ser encontrada na atividade jurisdicional, através de uma interpretação que leve em conta o fenômeno negocial dos contratos de consumo. A propósito de tal atividade interpretativa, vejamos o que diz Karl Larenz:

Se o elemento da previsão da norma estiver suficientemente definido, tal ocorrerá por meio de subsunção lógica; a não ser assim, mediante a concretização, comparação de casos, ordenação a um tipo, ou esclarecimento da valoração legal ou do princípio subjacente, tendo em vista permanentemente o caso em questão. (LARENZ, 1997, p.201).

Desta maneira, a atuação interpretativa ganha espaço necessário na questão afeta aos contratos de consumo, especialmente, quando coube ao Estado brasileiro a proteção do consumidor, nos termos do inciso XXXII, do artigo 5º, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Portanto, não exclusivamente, mas essencialmente, o papel atuante da jurisdição é colocado como alternativa à dependência do ordenamento legislativo, especialmente quando esta ordem legal encontra-se degradada pela não correspondência ao *fato social* que pretende regular.

3.2.3.1 Crítica ao contrato de consumo como fonte de obrigação

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, "A teoria das fontes, nas suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o Direito não é essencialmente um *dado*, mas uma *construção* elaborada no interior da cultura humana." (FERRAZ JUNIOR, 1994, p.51).

Portanto, o acordo de vontades substantivado como contrato, enquanto produto da construção social, considerada a valorização que se deu ao exercício da liberdade das partes e ao poder de instituição de regras (contratuais), passou à categoria fonte obrigacional. Como anota Paulo Logo, tradicionalmente,

[...]o contrato resulta da entrada no mundo jurídico da vontade acorde dos figurantes ou contratantes, com a irradiação dos efeitos próprios. Essencial é que cada um dos figurantes conheça a manifestação de vontade que o outro fez.(LÔBO, 2011 p.16).

A irradiação de efeitos, conforme aponta Paulo Lôbo, tem sentido de origem, lugar de onde parte algo. No campo das obrigações, seguindo a concepção liberalista, o negócio jurídico contratual é fonte de obrigações.

Caio Mário observa a questão sob o seguinte ponto de vista:

Quando, pois, nos referimos à lei como fonte, pretendemos mencionar aquelas a que o *reus debendi* é subordinado, independentemente de haver, neste sentido, feito uma declaração de vontade: são obrigações em que procede a lei, em conjugação com o fato humano, porém *fato humano não volitivo*. Quando, ao revés, falamos na vontade como fonte, e discorremos de obrigações que provêm da vontade, não queremos significar a soberania desta ou sua independência da ordem legal, senão que há obrigações, em que o vínculo jurídico busca mediatamente sua explicação na lei, nas quais, entretanto, a razão próxima, imediata ou direta é a *declaração de vontade*. Dizemos, pois, haver *duas fontes* para as obrigações. A primeira é a *vontade humana*, que as cria espontaneamente, por uma ação ou omissão oriunda do querer do agente, efetuado na conformidade do ordenamento jurídico. A segunda é a *lei*, que estabelece obrigação para o indivíduo, em face de comportamento seu, independentemente de manifestação volitiva. (PEREIRA, 2003b, p28).

No modelo jurídico brasileiro, a compreensão acerca do contrato de consumo como fonte obrigacional, seguiu, em regra, os mesmos caminhos dos contratos civis em geral, não tendo angariado nenhum tratamento diferenciado, inobstante à sua gênese revelar não se tratar de um ato decorrente da vontade.

.O mais correto seria que a expressão contrato, no caso de contratos de consumo, fosse compreendida, pela jurisdição, apenas como sinônimo de escritura formal composta por cláusulas postas pelo fornecedor.

Partindo-se dessa premissa e com olhos postos na qualidade²⁰ do contrato que resulta do comparecimento do consumidor ao fornecedor, seja corporeamente numa loja, ou por meio de contratação virtual, o intérprete deverá buscar alternativas para se municiar de fontes com juridicidade suficiente, aptas ao desiderato de tutela contratual do consumidor.

Como evidenciado por Caio Mário, a lei ocupará uma função de destaque, notadamente porque esta, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, está estruturada em um sistema de *cláusulas gerais*. Logo, sem necessidade de qualquer digressão acerca de uma hierarquização de fontes jurídicas ou até mesmo em

20 O termo deve ser compreendido como representativo do grau de juridicidade e justiça expressados pelo conteúdo do pacto.

relação às suas legitimações dentro do ordenamento jurídico, o sistema fundado nas cláusulas genéricas permite uma abertura interpretativa com maior capacidade de atendimento das vicissitudes do ambiente dos contratos de consumo.

Nunca é demais relembrar que o ambiente dos contratos de consumo, enquanto fruto dos movimentos mais contemporâneos²¹ é forjado dentro de um dinamismo impressionante, onde a superação e criação de modelos de contratações atípicas, andam na mesma velocidade em que anda o processo de fornecimento de produtos e serviços da indústria capitalista, revelando novos desafios à compreensão jurídica, que dificilmente poderia ser acompanhado, se fundada apenas na utilização da disciplina legal (lei em sentido formal) como fonte.

Importante, portanto, a análise de Carlos Maximiliano,

Transformaram-se as situações, interesses e negócios que teve o Código em mira regular. Surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas ideias, a técnica revela coisas cuja existências ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra. A letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social. O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o Sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito. (MAXIMILIANO, 2003, p.10).

Como decorrência de tal raciocínio, a própria lei e, mais uma vez, frise-se, o Código de Defesa do Consumidor, procedeu a uma abertura expressa, possibilitando uma atividade interpretativa enriquecida pela variedade de fontes à disposição do julgador. É o que ressoa do artigo 7º, ao dispor que

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. (BRASIL, 1990).

Conforme propõe Carlos Maximiliano, é do julgador a tarefa de proporcionar o acontecimento do Direito, dentro de um contexto de dinamismo social.

Nesse sentido, os olhares se voltam especialmente, para a atuação e para o papel da jurisdição no contexto da contemporaneidade. Ao julgador, na condição de

21 Mercados transnacionais, compras virtuais, publicidade multimodal, consumismo, etc..

executor²² e de agente vivificador da jurisdição, é, de consequência, atribuída a tarefa de realizar o objetivo do Direito com uma visão mais pluralista do próprio Direito .

Com a abertura proporcionada pelo sistema de cláusulas gerais, o julgador tem maior liberdade na construção de suas decisões. Porém, no mesmo compasso de tal abertura, nasce o compromisso de executar a jurisdição, não mais a partir de formulações pré-concebidas, mas primordialmente, com atenção a uma tarefa de *criação*.

Não que o julgador deverá *criar direitos* no âmbito das relações contratuais - o que segundo os mais conservadores legalistas implicaria em afronta à separação dos poderes, na medida em que o juiz *legislaria* -, mas sim soluções jurídicas com atenção a cada caso e a cada particularidade do mundo contratual, experimentado por consumidores e fornecedores.

A propósito, argumenta Cássio Scarpinella que:

A função do juiz, já não há mais como esconder esta *realidade*, é uma atividade criativa. Não se espera mais do juiz, apenas e tão somente, que ele realize uma reflexão quase-que-lógica ou quase-que-matemática, sobre dadas premissas para concluir em um ou outro sentido, mas bem diferentemente, de aceitar, na formação das suas próprias premissas e na sua conclusão, elemento diferentes, diversos, não levados em conta na evolução e sistematização do pensamento do direito na primeira metade do século XIX, em especial na era das codificações. (BUENO, 2010, p.97)

De fato, sem a atuação efetiva do intérprete, o sistema de cláusulas gerais em nada atende à proposta e à meta programática do Estado brasileiro para com a proteção do consumidor.

A tutela jurisdicional do consumidor, no âmbito de suas contratações, deve, pois, passar necessariamente, pela análise do fenômeno social contemporâneo e pela abertura e pluralidade das fontes, como sustentáculos das razões de decisão.

Essa proposta traz consigo enormes desafios, que devem ser enfrentados pela jurisdição, sendo que o principal deles está ligado à necessidade de superação

22 Conforme está estruturada constitucionalmente a jurisdição brasileira, segundo a previsão do artigo 92, "São órgãos do Poder Judiciário: [...] III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; [...] VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (BRASIL, 1988).

do positivismo, ainda tão forte na academia e nos tribunais. Como alerta Ronald Dworkin, sobre o positivismo:

Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas. (DWORKIN, 2010, p. 72).

O positivismo no ambiente do Direito, *juspositivismo*, teve em Hans Kelsen a mais popular de suas expressões, através da *teoria pura do direito*. A lei estatal foi o baluarte da teoria pura e a famigerada pureza estava em afastar todos os elementos estranhos ao Direito. Portanto, o Direito foi concebido como um *sistema fechado*, inflexível a qualquer contributo ou análise externa. Para a teoria pura do direito as soluções encontravam-se dentro do sistema, daí porque ser chamado de sistema *autopoietico*.

Mas deve ser advertido que a teoria pura não excluía a interpretação. Acontece que o espectro em que tal interpretação ocorria era bastante limitado. Interessante ver em Kelsen, sua proposta acerca da atividade interpretativa:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicado do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ser a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. (KELSEN, 1998, p.393)

A teoria pura do direito, ao reduzir o Direito ao contexto do Estado legislativo, o simplificou, especialmente por pretender evitar a pessoalização da atividade interpretativa.

Essa roupagem passou a exigir do aplicador²³ do Direito nenhum ou quase nenhum compromisso com a realidade, pelos menos do ponto de vista crítico. Isso porque a realidade ou os elementos a serem considerados para o ideal de justiça, para a teoria pura, já estariam contidos na lei válida.

23 A expressão aplicador ao invés de intérprete tem referência à ausência de qualquer conteúdo valorativo ou moral empregado na análise do caso concreto, o que se faz apenas mediante subsunção fato versus norma.

Desta forma, as conclusões práticas da atividade jurídica estariam assim estruturadas, de acordo com a exemplificação kelseniana:

[...]o que faz com que um fato constitua uma execução jurídica de uma sentença de condenação à uma pena capital e não um homicídio, essa qualidade - que não pode ser captada pelos sentidos - somente surge através desta operação mental: confronto com o código penal e com o código de processo penal. Que a supramencionada troca de carta juridicamente signifique a conclusão de um contrato, deve-se única e exclusivamente à circunstância de esta situação fática cair sob a alçada de certos preceitos do código civil. O ser um documento, um testamento válido, não só segundo o seu sentido subjetivo mas também de acordo com o seu sentido objetivo, resulta de ele satisfazer às condições imposta por este código para que possa valer como testamento. Se um assembléia de homens constitui um parlamento e se o resultado da sua atividade é juridicamente uma lei vinculante - por outras palavras: se estes fatos têm esta significação -, isso quer dizer apenas que toda aquela situação de fato corresponde às normas constitucionais. Isso que dizer, em suma que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida. (KELSEN, 1998, p. 4-5)

É possível notar que a análise do Direito e da justiça decorrentes de seu emprego prático dependem, tão somente, de uma simplória operação lógica entre as premissas fáticas (não analisadas sob a perspectiva moral ou valorativa) e a correspondente hipótese legal. Mas essa proposta reduz a realidade às formas.

Alysson Leandro Mascaro afirma que:

A teoria pura kelseniana não reflete o todo do direito, muito menos o todo do direito em relação à totalidade social. Por isso, enquanto técnica emasculada das contradições do direito e da realidade, consegue cativar o jurista positivista, sem crítica, aos acordos que, mínimos e formalistas tecnicamente, entoaram-se universalmente. (MASCARO, 2013, p.356)

O positivismo jurídico, pretendeu, acima de qualquer coisa, um Direito que pudesse atender aos anseios de controle, segurança e estabilidade sociais, dentro de um contexto de *neutralidade*. Ao se arquitetar assim, especialmente na contemporaneidade, demonstra ser inadequado entre o dinamismo nela verificado e a objetividade estática da lei como centro e fonte das soluções jurídicas.

Por isso é que Paulo Lôbo se manifesta de maneira bastante atenta aos fenômenos da contemporaneidade:

Enquanto a sociedade se limitou a uma complexidade reduzida, a concepção de autonomia da vontade pôde ser uma explicação convincente. A Revolução industrial e a revolução da informática, o desenvolvimento tecnológico, a explosão demográfica, a urbanização dominante, forjando

uma sociedade massas, na qual a cidade é apenas um espaço territorial, levaram o contrato a um estado de crise. Mas essa crise não é do contrato e sim de um modelo de contrato, que não mais corresponde às necessidades da sociedade contemporânea. (LÓBO, 2011, p.22)

Destarte, a cultura do positivismo, ainda presente por todos os lados onde se fala em Direito e em direito regente da matéria contratual, deve ser objeto de uma guinada, que permita ao ordenamento jurídico, "sua flexibilidade e também sua capacidade de adaptação a situações novas ou complexas", como propõe Lucas Alvarenga Gontijo.(GONTIJO, 2011, p.47).

A crítica ao positivismo, com seu arquétipo clássico dos negócios jurídicos, não pretende apenas afastá-lo ou negá-lo simplesmente. Como já delineado, a segurança e a estabilidade são elementos desejáveis para a tutela contratual do consumidor. Mas só isso não basta. De outro lado, um rompimento total com o positivismo, enquanto sistema fundado na lei, terminaria por colocar em ruína aquilo que de mais interessante se alcançou na contemporaneidade em matéria legislativa, qual seja o próprio sistema de cláusulas gerais.

Portanto, no tocante à visão do contrato como fonte de obrigações, vale a pena a leitura de Carlo Alberto Bittar, que vê a questão sob um prisma da realidade vivenciada pelos contratantes e do sistema jurídico a que estão submetidos - no caso dos consumidores, pelo sistema de cláusulas gerais e pela necessidade de intervenção do Estado em prol de sua tutela. Assim, para o autor, "as normas de contratos são emanadas de fontes distintas, que se conjugam ao sabor das forças que atuam em concreto, em cada caso." (BITTAR, 2006, p.3).

Nesse sentido, parece que o caminho mais adequado encontra-se no meio-termo, na prudência ou na mediação entre os legados do positivismo e a busca dinâmica por soluções em uma pluralidade de fontes, princípios (hoje amplamente normatizados, inclusive constitucionalmente), valores, moral, onde a atividade interpretativa poderia se assentar também. Eis a alternativa *pós-positivista*.

3.2.3.1.1 A proposta pós-positivista

Margarida Maria Lacombe Camargo, situa a evolução do pensamento jurídico bem como, de seu método de atuação delineando que:

O despertar do século XX dá ensejo a um movimento crítico, que questiona as reais contribuições da dogmática jurídica tradicional para a sociedade, ganhando força a sociologia. [...]

No entanto, as correntes que vêem a aplicação do direito como atividade criadora insurgem-se contra tal mecanismo, apresentando severas críticas ao positivismo kelseniano. Acredita-se que o direito existe concretamente e não de forma virtual, ou melhor, que ele vale à medida que é capaz de compor interesses, desconsiderando-se a sua força meramente potencial. O movimento crítico, que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional, é denominado *pós-positivismo*. (CAMARGO, 2003, p.135-136)

Realmente, as noções de Direito e de justiça não estão encerradas numa plataforma que tem na lei e na sua aplicação (subsunção) seu fundamento. Essa é a plataforma positivista. Lucas Gontijo defende, ao contrário dos estreitamentos formais do positivismo,

[..]uma teoria de conhecimento e aplicação do direito que está em constante (re) construção, caso a caso. O direito não é a priori, parte da experiência, não só porque cada caso é único, mas porque só se interpreta o fato a partir de sua experimentação e não se interpreta norma senão frente a um caso específico. (GONTIJO, 2011, p.118).

Com toda razão o autor! As complexidades da vida contemporânea exigem da jurisdição habilidades que recomendam tanto a pluralidade de fontes, quanto de possibilidades de compreensão dos fatos sob diversas perspectivas.

A lei já não encerra o conteúdo do Direito de forma singular e privilegiada. O Direito, na contemporaneidade, busca abertura e diálogo, tanto no aspecto de ser e de se conformar como sistema plural, quanto na discursividade como método de atuação que objetiva a realização da tutela contratual do consumidor.

Com adverte Carlos Maximiliano,

Por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. Uma centena de homens cultos experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinidade variedade dos conflitos de interesses entre os homens. Não perdura o acordo estabelecido, entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo: porém a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos. (MAXIMILIANO, 2003, p. 10).

E a proposta pós-positivista pressupõe justamente o Direito positivo como ponto de partida, mas não de chegada. Como ponto de partida, porque é dele e para ele a crítica que pretende moldá-lo. Ao cabo, o ponto de chegada é um modelo fundado no estudo da concretude de cada caso e de cada circunstância contratual

experimentada pelo consumidor. Esse modelo é um construto que realmente atende aos preceitos de um movimento consumerista que, se não objetiva uma emancipação do consumidor, pela mais completa ausência de alternativas, ante à força do capitalismo e sua capacidade de reinvenção e sobrevivência aos mais diferentes ambientes, pelo menos buscará sua salvaguarda.

Marcelo Galuppo, dentro de tal pensamento, afirma:

Ao contrário do pensamento sistemático-axiomático, a argumentação jurídica, pela qual aplicamos o direito ao caso concreto, não se faz partindo do sistema, ou das normas, em direção ao caso concreto, mas do caso concreto em direção às normas adequadas (correção normativa) àquele caso. Essa posição caracteriza o pensamento problemático, que não exclui de seu método a ideia de sistema, mas que o concebe como fruto da reconstrução dialógica retrospectiva do ordenamento pelo intérprete e não como fruto de uma construção monológica prospectiva realizada pelo legislador (GALUPPO, 2003, p.175)

A discursividade proposta pelo pós-positivismo, ou seja, um pensamento para além de somente a lei, como aponta Paulo Bonavides, molda o elemento legislativo pela força principiológica. Portanto, afirma que:

Todo discurso normativo tem que colocar, portanto, em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento de questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas. (BONAVIDADES, 2004, p. 259)

A propósito, a ordem econômica prevista na Constituição Federal de 1988, estabelece claramente, quais são as balizas para o sustento da atividade econômica, decorrente do exercício da liberdade de iniciativa comercial: *princípios*. Para exemplificar apenas, já que o tema será abordado com maior ênfase noutro espaço deste trabalho, vale citar o da *dignidade da pessoa humana*²⁴, como princípio estruturante do próprio Estado e o da *defesa do consumidor*²⁵, como contrapeso da livre iniciativa, todos previstos no rol do artigo 170. (BRASIL, 1988).

24 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

25 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor;

Bonavides, portanto, posiciona o movimento pós-positivista como sendo aquele:

[...]que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (BONAVIDADES, 2004, p. 264).

Assim, os elementos morais, valorativos e sociais estão enredados no conjunto principiológico constitucional, sendo expressões de uma legitimação democrática. Desta forma, uma busca efetuado pelo intérprete no conteúdo do contrato certamente encontrará suas devidas reduções, limitações ou até mesmo alargamentos, se realizada em cotejo com as próprias bases da Ordem Econômica Constitucional e com os Direitos Fundamentais.

O pós-positivismo, desta forma, representa a alternativa que reconhece a subjetividade negada pelo positivismo. Com ela outros horizontes se descortinam à disposição da jurisdição para a solução dos problemas e dos conflitos contemporâneos.

Essa incapacidade do positivismo, é analisada por Albert Calsamiglia:

La teoría positivista como teoría del derecho es incompleta porque necesita una teoría de la adjudicación que enfoque cómo deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que ha prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles. Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre el derecho y la moral no se lo permite. Ahora bien, el postpositivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos. Algunos son escépticos acerca de la posibilidad del conocimiento práctico, pero en líneas generales se podría afirmar que existe un esfuerzo por la búsqueda de instrumentos adecuados para resolver estos problemas. (CALSAMIGLIA, 2005, p.212.)

Se a partir da estratégia pós-positivista os princípios atuam como luminares para a atuação da jurisdição, e sendo o consumidor dignitário da *proteção* do Estado, por princípio, a meta então será alcançada tanto quanto melhor e maior se puder concretizá-lo.

Dentro dessa linha, conhecer para além da lei, conhecer o sujeito consumidor, suas agruras e motivações e, de outro lado, conhecer o fornecedor, suas táticas e propensões, enfim, o fenômeno da sociedade de consumo em todo o seu calidoscópico de possibilidades, representa um caminho que deve ser percorrido pela jurisdição na contemporaneidade. A partir dessa caminhada é que a construção da decisão justa decorrerá.

Portanto, dentro uma ótica pós-positivista, o contrato não se legitima como fonte de obrigação, porque, embora o Código de Defesa do Consumidor lhe tenha atribuído esta condição, a grande verdade é, em geral, que os consumidores não leram, não compreenderam, bem como não desenvolveram qualquer tipo de escolha. Os que eventualmente leram, podem não ter compreendido, e os que leram e compreenderam, o que representa um contingente realmente minoritário, em nada podem aproveitar essa situação, já que irão contratar do mesmo modo, de qualquer maneira, porque o imperativo da necessidade falará mais alto.

Destarte, se o contrato de consumo for analisado como fonte de obrigação, essa interpretação jurisdicional estará fadada ao equívoco cognitivo e a consequência será a imposição de obrigações ao consumidor que nunca corresponderam à sua vontade.

O pior de tudo é que esta situação grotescamente injusta, está ampara na lei. Daí porque o toque pós-positivista destinado a pensar a força obrigatória do contrato mais ligada ao atendimento das necessidades dos consumidores do que ao próprio instrumento contratual em si, vem a ser a proposta mais realista e capacitada a fazer justiça.

4 O PARADIGMA JURISDICIONAL DE TUTELA CONSUMERISTA

Tal como ocorreu quanto aos negócios jurídicos, a atuação do Estado-Juiz durante todo o século XX, no que concerne aos conflitos decorrentes dos contratos celebrados pelos particulares, neles presentes os contratos de consumo (ainda que com feições diferentes dos contratos da contemporaneidade), foi arquitetada dentro da lógica liberal-positivista ou seja: os contratantes são iguais (princípio da igualdade formal) e livres (princípio da liberdade). Na visão de Luiz Guilherme Marinoni,

A igualdade, que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. O Estado Liberal tinha preocupação com a defesa do cidadão contra eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. (MARINONI, 2008, p.29).

Essa ótica de atuação jurisdicional, se caracterizou, portanto, pela busca dos indivíduos à jurisdição e pela resposta jurisdicional também voltada para o espectro individual daqueles que estavam sob a tutela do Estado-Juiz.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, embora o Estado tenha sinalizado para um compromisso social, o mecanismo instrumental de atuação da jurisdição nas questões contratuais, o processo civil, permaneceu programado substancialmente ao desiderato da tutela individual, com efeitos e repercussões individuais.

Ao lado do aspecto referente ao processo civil, a cultura jurídica do individualismo preconizado pelos ideais liberais, influenciou e ainda influencia a jurisdição em matéria contratual.

Em obra interessantíssima,²⁶ José Renato Nalini, aborda a cultura jurídica predominante na jurisdição brasileira, para quem:

O núcleo comum de todas as Escolas de Direito é um conjunto de pressupostos presentes no chamado paradigma liberal-legal e que Horácio Wanderlei Rodrigues enumera exemplificadamente: "a ideia de contrato social como fato político fundamental, que dá origem ao Estado e através do que se delega a ela uma série de direitos e deveres, que passa a controlar

²⁶ *A rebelião da toga*, descrita nas referências, é um verdadeiro diagnóstico da jurisdição brasileira, em vários aspectos, principalmente porque seu autor é juiz e, não obstante, corajosamente desnuda as mazelas de sua própria carreira, de seus colegas e da própria estrutura a que pertence.

ou tutelar; b) a aceitação d sujeito de Direito, individual, livre e capaz de exercer autonomamente a sua vontade, como protagonista do pacto social e de todas as relações jurídicas; c) o Estado de Direito, oriundo dessa vontade livre, como realizador e garantidor da democracia, da justiça e da segurança; e d) o direito estatal como instrumento fundamental de gerência de todas as atividades , tanto públicas, quanto privadas". A constatação mais lógica é a de que a falência do paradigma de Estado é também a falência do Direito e vice-versa. Para Horário Wanderlei Rodrigues, " essa identidade entre Direito e Estado é reproduzida epistemologicamente pelo positivismo e está presente no senso comum teórico dos juristas no próprio imaginário social". (NALINI, 2008, p.21)

Até aqui tem-se tentado demonstrar o quanto o positivismo é letal para as pretensões tutelares dos contratos de consumo. No entanto, a grande realidade é a de que a jurisdição, forjada em tal concepção, não obstante os novos ventos constitucionais e os brados da academia, continua substancialmente vinculada ao modo positivista de entender e, principalmente, de fazer acontecer o Direito. Nesse sentido, Nalini afirma que:

A cultura formal e conservadora do juiz brasileiro transmitida através das gerações com fidelidade ao modelo coimbrão de um direito onipotente quanto à regulação de todas as facetas da vida e de uma justiça inerte agindo apenas quando provocada explica a dificuldade na aceitação de um projeto consistente de modernização institucional. (NALINI, 2008, p.23)

Desta forma, importa o estudo das principais características do problema jurisdicional, no tocante à cultura positivista, o que reclama uma abordagem do paradigma jurisdicional fundado no individualismo, da tensão entre o público e o privado, que se estabeleceu com a publicização da proteção ao consumidor e na jurisdição inerte, neutra e meramente reativa.

4.1 Individualismo

Constituiu meta liberal proteger a pessoa e tudo aquilo que lhe interessava individualmente, por isso é que se diz acerca do individualismo pregado pelo Estado Liberal. Portanto, o individualismo, nesse tópico, significa ou se refere à postura de decidir apenas com foco nos limites *subjetivos da lide*, a partir da neutralidade positivista.

A proteção do indivíduo, de sua liberdade e de seu patrimônio, sempre foram a tônica do positivismo.

Mesmo reconhecendo importância em tal concepção, o pensamento jurisdicional, todavia, deve ser contextualizado na contemporaneidade, quando o assunto for tutela, especialmente, no que concerne a ótica do julgador em relação ao conflito que está sob seu crivo.

Consequentemente, na tutela dos contratos de consumo, a jurisdição, amparada tanto no processo civil, quanto na sentença dele decorrente, deve, para além de resolver a questão particular dos litigantes, manter atenção e foco constantes em suas repercussões no ambiente em que atua.

Ainda que dentro do ambiente processual das demandas individuais, a visão da jurisdição *para fora do processo* e, de consequência, para fora, do exclusivo desiderato das partes, deve ser desenvolvida no escopo de que ela possa fazer face aos novos contornos do Direito e da sociedade contemporânea, ou seja, a tutela do consumidor e dos contratos de consumo representam, não apenas ambição individual, mas interesse social.²⁷

Cada demanda levada à jurisdição representa um ícone e uma oportunidade de justiça social.

Não se pretende romper com a lógica processual civil²⁸ de que os efeitos da sentença alcançam somente as pessoas que participam da relação processual, não prejudicando ou beneficiando os que do processo não participaram, enquanto partes.

Na verdade, o sentido da proposta é o de que no instante em que um consumidor, através da atuação jurisdicional, se vê tutelado, se vê indenizado, se vê restituído ou mesmo alforriado de qualquer violência econômica ou moral decorrente de um contrato, os efeitos desta sentença ou decisão judicial projetem benefícios para além das partes e para além do próprio processo, passando a ser referência de conduta social.

Quando a jurisdição tutelava o contrato privado do século XX via ali uma subjetividade relacional, que já não existe mais nos ambientes contratuais de consumo. Portanto, a jurisdição tem a missão de bem operar a ferramenta

27 Segundo o artigo 1º Código de Defesa do Consumidor, sua natureza é o de uma norma "de ordem pública e interesse social". (BRASIL, 1990).

28 Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. (BRASIL, 1973).

processual, como verdadeiro instrumento que possibilite a realização dos fins da tutela protetiva. Logo, cada atuação jurisdicional que se concretiza no ambiente processual deve ser entendida como uma oportunidade de realizar a missão estatal prevista no artigo 5º, inciso XXXII²⁹, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Oportuno, destarte, o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco:

Mas a ordem processual mostra-se ordinariamente mais lenta que a Constituição, na sua evolução gradual segundo a interpretação dinâmica (sociológica) dos textos. A causa mais aguda desse retardamento é o preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado. Essa neutralidade ideológica é, na realidade, sobreposição de posturas ou intuítos conservadores. Disse-se até que ela "incorpora e perpetua o liberalismo do século XIX", o que talvez constitua um exagero mas seguramente denuncia a sobrevivência de níveis intoleráveis de prevalência do princípio dispositivo, em pleno Estado intervencionista. (DINAMARCO, 2009a, p.39)

Assim, a jurisdição passa a funcionar não como estrutura burocrática a serviço de pretensões pontuais, mais como força estatal, que promove em cada demanda individual os fins sociais da ordem jurídica, especialmente, aqueles previstos na Constituição. Sem isso, a jurisdição não dá azo à realização prática do Direito .

Contemporaneamente, a jurisdição tem o papel de não apenas dirimir os conflitos nos limites subjetivos da lide, mas também, como assinala Dinamarco, "interferir na vida da própria sociedade e nas relações entre seus membros, em nome da chamada *paz social*." (DINAMARCO, 2009a, p.187).

Assim sendo, o individualismo, ao contrário, é a visão reducionista do papel jurisdicional nesta quadra da história.

4.2 A tensão entre o público e o privado

Para Hannah Arendt o homem vivia em sociedade por imperativos biológicos de sobrevivência. Argumenta, no entanto, que esta forma de associação primitiva, geralmente fundada no lar e na família passou a dividir espaço com outra forma de organização social: a cidade-Estado.

29 Art. 5º [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Desta forma, cada pessoa passa a ter duas formas de existência, sendo uma privada e outra política. Na primeira, vive segundo o que lhe é próprio (*idion*), e, na segunda, daquilo que é comum (*koinon*). Desta forma, nas cidades (*pólis*), as decisões e condutas eram regidas pelo discurso e pela persuasão. Ao contrário disso, anteriormente à *pólis* ou fora dela, na família, por exemplo, imperavam a violência, a força, enfim, o despotismo. (ARENDR, 2013. p.28-32).

Vale a pena lembrar que o conceito existencial na *pólis* estava intimamente ligado à relação do ser humano com a propriedade. A propriedade do homem representava o seu *lugar no mundo*.

Todavia, o conceito moderno de propriedade, está mais ligado a uma condição de acumulação de riqueza do que propriamente de uma condição de legitimação. Como expõe Arendt, em citação, "o governo pertencia aos reis e propriedade aos súditos, de sorte que era dever do rei governar no interesse da propriedade de seus súditos". (ARENDR, 2013, p.83).

Importa notar que a mulher e os escravos, por exemplo, tinham função limitada à esfera do privado, do lar, mas, ao ocuparem o ambiente externo, toda a noção do que era privado foi sendo modificada.

As atividades econômicas e as relações sociais delas decorrentes, como o comércio de produtos e o trabalho, provocaram uma nova concepção do que é público, político: a sociedade.

Para Tercio Sampaio,

A homogeneidade da esfera pública só pode ser garantida, então, como um conjunto - a sociedade - que se opõe a outro conjunto de um só elemento o - indivíduo - que caracterizará a esfera privada. Como, porém, a esfera privada também é social, a diferença entre ambas exigirá um elemento caracterizador novo, capaz de conformar o que é público e o que é privado. Esse elemento novo é um artifício, um ente artificial, como os produtos do trabalho, do fazer humano: o Estado. (FERRAZ JUNIOR, 1994, p.136)

Essa divisão de cenários passa a ter influência no Direito, especialmente, na relação do indivíduo com o Estado e dos indivíduos com outros indivíduos. Mas é preciso antes compreender que o Estado passa a exercer sua autoridade, sua soberania, em um passo da história, pela força e pelos regimes absolutos. Em outro passo pela lei (*jus imperii*), como expressão, pelo menos teórica da vontade de todas a sociedade.

Atentando-se ao segundo caso, o do *jus imperii*, as vertentes pública e privada vão se relacionar, a partir de comandos jurídicos que serão aplicados, considerado a natureza do *interesse* em questão. O apogeu dessa formatação ocorre com as aspirações de liberdades individuais iluministas, que viram no Estado organizado pela lei, uma possibilidade de garantir segurança à propriedade e aos negócios que a ela serviam (e ainda servem), evitando o atos de arbítrio do próprio Estado.

Roberto Senise Lisboa, nesse ponto, define interesse como sendo:

[...] a noção de subjetividade identificada, que encontra seu pressuposto no *poder* do seu titular (e não necessariamente do titular do direito subjetivo), outorgado pela norma jurídica representativa da *vontade geral*, que passa a vigorar por determinação do Poder Público. (LISBOA, 2012, p.39)

É daqui que a pretensão de partida para a análise da influência decorrente da dicotomia público-privado para a atuação da jurisdição.

O tema dos contratos sempre foi alçada da esfera privada. Assim, a vontade das partes não poderia ser *invadida* pelo poder do Estado, fosse pela lei, ante ao princípio da segurança jurídica, fosse pela própria jurisdição, sob vedação deste mesmo princípio e também do que pregava cogência às regras contratuais (*pacta sunt servanda*). Nessa hipótese, tocava à jurisdição, tão somente, garantir o cumprimento da lei particular estabelecida pelos contratantes, já que o interesse em questão era privado, portando, afeto à tutela do Direito Privado.

O fato é que, na seara dos contratos de consumo, essa lógica tem relevante impacto, na medida em que os conflitos decorrentes de tais negócios passam a receber tratamento eminentemente privatista.

É tanto verdade, que ainda na contemporaneidade, soa bastante comum atribuir-se vedações à jurisdição em prol da tutela consumerista, com base na *disponibilidade* de direitos, ou seja, se o direito em litígio é de índole privada, desconhece-se abertura para a interferência jurisdicional.

Esse é um problema cultural decorrente da influência liberal-positivista, mas também é um problema conceitual-jurídico. Isso porque, a tutela do consumidor, ao ser alçada à condição de meta estatal, com envergadura de Direito Fundamental, garantido constitucionalmente, passou a exigir da jurisdição uma função interventiva,

partidária em prol do consumidor e da sua proteção, em todos os sentidos, desde o econômico, até os que transcendem a esfera da segurança patrimonial.

Dentro de tal ótica é que Pietro Perlingieri argumenta a respeito do interesse público pela tutela dos negócios particulares, sob diversas perspectivas e em diversas de suas fases. No seu entender:

A incidência mais imediata do interesse público sobre a negociação se realiza mediante o controle da licitude e de valor do negócio e, em particular, com a verificação da não contrariedade a normas imperativas, à ordem pública e ao bom costume. (PERLINGIERI, 2002, p.289)

Afinal, em tempos constitucionais e estabelecido o próprio Direito Privado dentro de um contexto cada vez mais social (função social da propriedade, do contrato, do trabalho, etc.) acontece a miscigenação dos domínios jurídicos público e privado de tal forma, que não se pode mais traçar linhas divisórias seguras entre ambos.

A divisão acadêmica que, por exemplo, situa o Direito Penal e o Direito Administrativo, no campo das disciplinas afetas ao Direito Público e o Direito Civil e do Consumidor, no campo das disciplinas afetas ao Direito Privado, não indicam mais algum sentido realmente útil, dado o tronco constitucional comum a todas elas, bem como, o interesse do próprio Estado em atuar em todas as áreas alcançadas pelo estudo de tais disciplinas.

Portanto, a jurisdição deve libertar-se dos efeitos da divisão entre o público e o privado, passando a atuar, efetivamente, no âmbito dos negócios consumeristas como condição necessária, para desincumbir-se de seu papel constitucional protetivo.

4.3 Jurisdição meramente reativa

Ainda com olhos postos na dicotomia público-privado, é da tradição processual civil brasileira a jurisdição que atende aos conflitos dentro de uma série de limites à sua atuação.

Classicamente a jurisdição somente pode atuar em razão dos pedidos formulados, não podendo responder a mais, muito menos fora das pretensões formalmente constantes na petição inicial. Logo, a jurisdição apenas *reage* a uma

provocação, não tendo possibilidades de explorar o conflito para além do que foi promovido pelas próprias partes. Essa realidade é aqui tratada sob o signo de *jurisdição meramente reativa*.

O liberalismo pretendendo a neutralidade por diversas vezes já enumerada nesta obra e que pode também ganhar os sentidos de *imparcialidade* e *impessoalidade*, tem no positivismo legalista o ambiente perfeito: é que o juiz, através da atividade de subsunção, observa o fato rigorosamente como está descrito na lei, pretendendo enquadrá-lo no tipo legal. Esta lógica atende aos comandos da *inércia*³⁰, da *demanda*³¹ e da *adstrição* ou *congruência*³², previstos no Código de Processo Civil e altamente enraizados na cultura e na prática forense.

Mas como acomodar esses dogmas dentro do contexto de um Estado interventivo onde o juiz e, por decorrência lógica, a própria jurisdição, devem sim tomar parte em prol da tutela protetiva do consumidor?

Primeiro, é importante esclarecer, que não há pretensão de construir um modelo jurídico em que a parte não necessite deflagrar o andar da jurisdição, mas, ao ser deflagrada a *inércia* jurisdicional, o Estado-Juiz passa a tomar parte do problema e daí por diante, tem o dever constitucional de realizar a tutela, especialmente, a tutela dos contratos de consumo, objeto maior do presente estudo.

Certamente, romper com os postulados da vinculação do juiz aos limites da lide é condição *sine qua non* para que o Estado brasileiro, consiga cumprir sua missão constitucional em prol do consumidor contratante e, de um modo geral, em prol da concretização da justiça no âmbito de toda a ordem econômica.

Cândido Rangel Dinamarco, a propósito das mudanças que necessitam serem implementadas no seio da jurisdição brasileira, aponta para uma necessária renúncia aos dogmas, e, além disso, sugere uma postura para além do conforto que os postulados tradicionais do processo civil e da própria jurisdição, sempre proporcionaram:

30 Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. (BRASIL, 1973)

31 Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. (BRASIL, 1973)

32 Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. (BRASIL, 1973)

De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um princípio-síntese e o objetivo final, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um *processo justo*, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*. Que toda causa seja conduzida e decidida por um *juiz natural*; que o juiz seja imparcial e trade as partes e suas pretensões de modo isonômico; que todo processo seja realizado com a marca da publicidade; que os litigantes tenham amplas oportunidades de defesa de seus interesses conflitantes, [...] - esses são os modelos pelos quais, segundo a experiência multissecular, com mais probabilidade se poderá propiciar a quem tiver razão o efetivo acesso à justiça. É preciso, no entanto, não se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver na obcecada imposição de todos e cada um a chave mágica da justiça, ou do modo infalível de evitar injustiças. Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis. (DINAMARCO, 2003, p.12)

Tais observações contribuem para uma visão mais dinâmica da jurisdição, que passa a ser parte da solução e da própria criação de soluções para o caso concreto, não apenas analisando os estritos contornos da lide, mas vendo nela, em toda a sua dimensão subjetiva, uma oportunidade de construir a justiça contratual, com soluções e argumentos, não necessariamente fornecidos apenas pelas partes.

Conforme será esmiuçado em tópico próprio, impera a superação da jurisdição meramente reativa em prol de uma jurisdição, que protagonize a tutela do consumidor contratante, não apenas, para um ou outro caso, mas visando uma transformação social, porque não se pode negar que, sendo a jurisdição uma das expressões em que se manifesta o poder estatal, não há porque reduzir o seu papel aos formalismos processuais. A jurisdição é também um mecanismo de promoção de todas as metas do Estado.

A partir da definição proposta por Cândido Rangel Dinamarco é possível verificar a largueza que adequadamente, deve se dar ao conceito de jurisdição:

A jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um *poder*, uma *função* e uma *atividade*. Na realidade, ela não é *um poder*, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como *função* a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar - notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios. (DINAMARCO, 2009, p. 303)

Portanto, e considerando, especialmente, que as questões relacionadas ao mundo consumerista fazem parte de um ideal constitucional de proteção que precisa ser levado a cabo pelo Estado e, frise-se, pela própria jurisdição, não seria exagero dizer que a jurisdição deve desempenhar muito mais do que um papel meramente técnico-processual de solução de demandas, mas, ao contrário, deve sim protagonizar um grandioso papel político, que parece não estar exercendo na plenitude, salvo casos isolados, ante aos recalques semeados ao longo da cultura jurídica brasileira, de índole positivista-liberal, sempre acenando para um papel reduzido e limitado de seu agir.

4.4 O paradigma protetivo em crise

O Direito do Consumidor está situado em uma fase da histórica brasileira que coincide com a instituição constitucional de um Estado democrático voltado, dentre outras coisas, para debelar as desigualdades sociais. Essas desigualdades foram construídas ao longo da história por diversos fatores, tais como, a escravidão dos negros, o desalojamento hediondo dos povos indígenas (embora a Ministra da Agricultura, Kátia Abreu³³, pense o contrário), o êxodo rural, o fluxo dos povos nordestinos que, fugindo da fome e da sede, rumaram para as regiões industrializadas, sem, é claro, esquecer o próprio fracasso do Estado brasileiro em promover medidas de emancipação, ao longo de sua história, especialmente, de sua história republicana.

No que toca principalmente, aos consumidores, a tradição liberalista que influenciou e ainda influencia o Direito e, conseqüentemente, a jurisdição, deve promover uma guinada destinada a conciliar os mecanismos jurídicos com a realidade social do consumo e das contratações massificadas, bem como da forte dominação de que padece o consumidor, em todos os quadrantes da relação contratual com o fornecedor.

33 Para a Ministra, os índios é que "saíram da floresta e passaram a descer nas áreas de produção". (Não existe mais latifúndio no Brasil, diz nova ministra da Agricultura. **FOLHA DE S. PAULO**, São Paulo. Mônica Bergamo, 01 jan 2015. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/01/1570557-nao-existe-mais-latifundio-no-brasil-diz-nova-ministra-da-agricultura.shtml>>. Acesso em 10 jan 2015.

Lenio Streck, de forma bem contundente expõe sua preocupação com a postura jurisdicional, que são decorrentes, de uma forma geral, das mesmas causas aqui apontadas. Assim provoca:

O que significa *pacta sunt servanda* em um conflito sociojurídico entre excluídos e excluídos (socialmente)? Nesse sentido, não é difícil ou temerário dizer que os paradoxos originários da sociedade repleta de conflitos e contradições acabam sendo, exatamente, diluídos no interior desse *corpus* denominado por Warat de *sentido comum teórico do saber jurídico*.

Segundo Warat, o *sentido comum teórico* é instrumentalizado por uma racionalidade positivista, que atua como fetiche de sua razão cotidiana, além de atuar como mediadora dos conflitos sociais. Exatamente por isso, que os "operadores" (*sic*) do Direito trabalham em uma instância de julgamento e censura - uma espécie de "superego da cultura jurídica" - *que os impede de produzir decisões autônomas em relação a esse nível censor*. Não conseguem se dar conta do *fumus* ideológico que, de forma inexorável, está por detrás de cada interpretação da lei, de cada sentença, enfim, de cada discurso acerca do Direito.

Assim, o jurista tradicional, inserido nesse *habitus*, não se dá conta dessa problemática. E o Judiciário e as instituições encarregadas de aplicar e administrar a justiça a ela não escapam. Tem o Judiciário (e o Direito), uma função social, nesse contexto? (STRECK, 2011, p.84).

Nesse sentido, Streck avalia que a situação de crise do paradigma jurisdicional está situado em três aspectos ("crises"), quais sejam as estruturais, ante à "deficiência de juízes", os de funcionalidade, pela "inadequação das leis, problema de acesso à justiça" e a "*crise individual*", que pode ser chamada de "crise de imaginário".(STRECK, 2011, p.84).

Em relação a última crise, salienta que:

Essa crise de imaginário é fortíssima, porque, de certo modo, faz uma amálgama das outras duas. Cada vez que a crise do Judiciário se agudiza - através da inefetividade, inaccessão à justiça, lentidão da máquina, etc., - o *establishment* responde com soluções *ad hoc* do processo civil, a lei dos juizados especiais cíveis e criminais e o efeito (de poder) representado pelas súmulas vinculantes. (STRECK, 2011, p.85).

É de fato o ser humano por trás da jurisdição, o principal ponto a ser trabalhado. A ação humana é que concretiza o sentido da tutela jurisdicional, mas, essa ação humana de quem se espera mobilidade e capacidade de compreensão do fenômeno social dos contratos de consumo, em uma perspectiva dissociada do absolutismo formal, está completamente aculturada e moldada no *habitus dogmaticus*. (STRECK, 2011, p.87).

A jurisdição se alimenta da lógica formal, porque nela estão todas as soluções *postas* para realidades também *postas*. Enquanto o contrato de consumo é visto como realidade que pressupõe um ato de vontade e de consequente vinculação obrigacional do consumidor, a realidade diz o contrário. Já não basta mais a subsunção (se é que um dia bastou). O paradigma jurisdicional está em crise e reclama mudanças substanciais.

A jurisdição, na visão desta obra, deve passar de aplicadora de soluções pré-concebidas, formal e objetivamente, para os problemas dos contratos a articuladora de tais soluções, que serão erguidas a partir do problema e de sua compreensão

5 JURISDIÇÃO E TUTELA CONTRATUAL NA CONTEMPORANEIDADE

Como afirma Perelman,

O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável. (PERELMAN, 1998, p.238)

A ordem sistemática a que se refere Perelman, pode ser entendida, no caso do Brasil, como um Estado *Democrático de Direito*, cuja matriz jurídica está assentada no princípio da legalidade, tanto que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;". (BRASIL, 1988).

Dentro dessa matriz jurídica, é possível verificar, a propósito das questões de consumo, uma inclinação para a tutela do consumidor e para a ordenação do mercado capitalista. Logo, o Estado é obreiro da tarefa tutelar, constitucionalmente ambicionada.

Ainda imerso no cenário estrutural do Direito, a que Perelman chama de ordem jurídica, deve ser considerada a existência, por mandamento constitucional, do Código, que se destina à proteção do consumidor. Esse Código anuncia diretrizes jurisdicionais de tutela, e também contempla um manancial onde a jurisdição pode se alimentar de elementos para a consecução de sua metas. Esse manancial se situa na abertura que o próprio Código de Defesa do Consumidor realizou ao permitir o *diálogo de fontes*, que, não necessariamente, devem ser apenas as da lei, tal como prevê artigo 7º, transcrito no item 3.2.3.1.

Claudia Lima Marques, nessa linha, argumenta:

Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microrecodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É a denominada "coerência derivada ou restaurada" ("*cohérence dérivée ou restaurée*"), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo. (MARQUES, 2004, p.43)

Assim, podemos compreender que tanto a ordem jurídica quanto a pragmática, indicados por Perelman, se aproximam com o exercício jurisdicional

fundado no pluralismo do diálogo das fontes, tal como afirma Cláudia Lima Marques, ao tratar da procura por uma "eficiência funcional".

A importância pragmática da jurisdição, não está em simplesmente julgar processos segundo a ordem jurídica, mas, principalmente, julgar processos segundo a ordem jurídica, tendo por escopo a proteção e a melhoria da sociedade, a partir da compreensão do fenômeno social. Por esta razão é que Perelman rejeita o positivismo e propõe uma postura mais dinâmica e comunicativa da jurisdição a partir do conhecimento do ambiente, em que sua atuação se dará:

Como o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger. É porque o direito, em todas as suas manifestações, insere-se no meio social, que a sociologia do direito adquire, em nossa concepção do direito, uma importância crescente. Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação. Esta visão do direito, e do lugar que ocupa na sociedade, é indissociável de uma concepção do papel do Estado e das relações estabelecidas e desejáveis entre o poder e aqueles sobre os quais se exerce. Se nem todos os poderes emanam de Deus, mas da nação, é a esta que devem presta contas os que o exercem em seu nome. (PERELMAN, 1998, p.241)

É plenamente possível afirmar que a jurisdição, não apenas exercerá uma função formal diante dos casos que surgirem, a partir dos conflitos contratuais entre consumidores e fornecedores, mas, primordialmente, uma função finalística que a reposiciona factualmente como coautora das metas estatais, entre elas a proteção do consumidor.

5.1 Superação da jurisdição meramente reativa

De acordo com o que expõe Ricardo Luis Lorenzetti, "A verificação de que o contrato tem um impacto que transcende a "privacidade" das partes nos leva a outra mudança de enfoque". (LORENZETTI, 1998, p.541).

Nessa conjuntura em que se encontra o direito material afeto aos negócios jurídicos e, especialmente, aos contratos de consumo, a jurisdição deve proceder de forma a realizar a meta de tutela contratual, objetivando alcançar a justiça negocial, que não interessa, apenas aos contratantes, postos como partes no processo, mas ao próprio Estado-Juiz.

Portanto, é importante sempre ressaltar, que a jurisdição, na contemporaneidade, deixa de lado, o papel de neutralidade, para intervir não apenas reagindo, mas, para bem além disso, protagonizando modificações importantes no cenário econômico, o que pode acontecer, tanto nas demandas individuais, quanto nas coletivas.

Não importa em qual ambiente processual e qual tipo de procedimento se está a seguir no caso concreto. Independente de tecnicismos processuais, o alvo da jurisdição, deve ser mais abrangente do que o próprio objeto material do processo, que é determinado pelo pedidos.

A tutela jurisdicional dos contratos de consumo, especialmente realizada nas demandas individuais, onde ainda impera o reducionismo de suas possibilidades de atuação, deve partir da compreensão de que o conflito individual não é um acontecimento isolado e casual, na vida dos contratantes e partes do processo. Ao contrário, o conflito individual, deve ser sempre, observado como uma parte, um fragmento de um todo, que é o mercado de fornecimento e consumo, a quem o Estado brasileiro e a própria jurisdição se obrigaram a intervir, especialmente, em prol do mais fragilizado: o consumidor.

Essa visão decorre do entendimento, sobre o qual:

O contrato atual não é um assunto individual, mas que "tem passado a ser uma instituição social que não afeta somente os interesses dos contratantes. À sociedade, representada pelo Estado e outras entidades soberanas, atribui-se o controle de uma parte essencial do Direito Contratual". (LORENZETTI, 1998, p.541).

Destarte, não há argumentos lógicos capazes de afastar ou reduzir a jurisdição de cumprir o seu papel social, político e também, por sua própria natureza, seu papel jurídico, na defesa do consumidor e da sociedade³⁴ de consumidores. Dentre os argumentos ilógicos, é possível tomar como exemplo, o da separação dos poderes, como pressuposto de prevenção e de combate ao arbítrio jurisdicional, bem como, o da impessoalidade, neutralidade, etc., que tentam encaixotar a atuação da jurisdição, dentro do formalismo e da vinculação ao texto da lei.

34 O termo aqui representa a qualidade de consumidores que toda pessoa ostenta. Daí dizer acerca de uma sociedade de consumidores e de um interesse social na tutela das questões que lhes são afetadas, a exemplo dos contratos entre consumidores e fornecedores.

Contudo, Luís Roberto Barroso, analisa a o papel jurisdicional de forma mais abrangente:

De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. (BARROSO, 2009, p.8).

De fato, não há dúvidas, de que as possibilidades de atuação formal e material de quaisquer dos Poderes não são absolutas. Mas, de outro lado, não há também, qualquer dúvida de que a Constituição Federal não tenha deixado a jurisdição alheia à missão de protagonizar, juntamente com os demais Poderes e dentro das possibilidades operacionais de atuação de cada um, no caso da jurisdição o *due process of law*, a proteção do consumidor e, de um modo geral, a construção de uma Ordem Econômica justa, dentro do que é possível no capitalismo.

Para Habermas "o esquema clássico de divisão dos poderes perde sua atualidade, à medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos." (HABERMAS, 2012, p. 232).

No caso do Direito do Consumidor, analisado sob uma perspectiva do texto legal, é possível constatar que está estabelecido em um sistema que almeja não apenas, a proteção ao consumidor, pontualmente, tal como nos contratos aqui tratados, mas também contribuir para uma finalidade maior, a exemplo do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, qual seja a de fomentar ações visando:

"[...] o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo[...]" (BRASIL, 1990).

Ainda dentro da perspectiva da lei, convém destacar que o Código de Defesa do Consumidor não distingue a quem tocará a promoção e realização das finalidades anteriormente descritas. Apenas diz, na alínea "c", inciso II, do artigo 4º, que dentre vários princípios a serem levados em consideração, um deles é a "ação

governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor", o que se fará "pela presença do Estado no mercado de consumo". Obviamente, a noção de Estado tratada no texto legal é ampla e não excludente. Pelo contrário: sem qualquer traço de dúvida, inclui a jurisdição como agente promocional da defesa do consumidor. (BRASIL, 1990).

Levando-se em conta esse aspecto, algumas propostas de realização são decisivas para a comprovação de que é possível, para além de imaginar, concretizar o papel da jurisdição na contemporaneidade.

Essa proposta encontra âncora no pensamento de Habermas, no momento em que propõe uma abertura de possibilidades e métodos de realização do Direito, que ao invés de negar e rejeitar modelos, tenta integrá-los:

A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixa fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante *versus* observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos etc.). (HABERMAS, 2012, p. 23).

Na linha da proposta de Habermas, a reflexão sob diversos prismas e as propostas que visam delinear o papel da jurisdição na contemporaneidade, serão desenvolvidas no contexto de pluralidade e diálogo entre diversos modos de pensar e fazer.

5.1.1 *Ativismo judicial*

O *ativismo judicial* tem ocupado a pauta dos debates jurídicos, notadamente, em função de um arraigado pensamento positivista, ainda dominante, especialmente, entre os profissionais do Direito, os dirigentes do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo, que consiste em uma incompreensão generalizada, quanto à definição do conceito de ativismo, muitas vezes, sendo este confundido com posturas que, na verdade, não passam de expressão do arbítrio e do estado de exceção.

Luís Roberto Barroso, no entanto, apresenta um conceito que bem retrata a concepção aqui adotada. Para o jurista:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p.5).

O próprio Barroso, no entanto, obtempera a expansão do ativismo, ponderando limites para que o fenômeno, ao avesso da solução, não se torne um problema:

[...]o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2009, p.14).

Maria Cecília Máximo Teodoro, por seu turno, elabora o conceito com os seguintes contornos:

Por ativismo entende-se a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização dos direitos fundamentais. [...] Pelo ativismo judicial o magistrado se mostra um protagonista e sua decisão cria a norma adequada para o caso concreto. (TEODORO, 2011, p.150).

A exemplo de Barroso, a autora adverte que:

De fato, o ativismo judicial engendrado por um juiz sem formação e ética e desvinculado dos valores da justiça social e democracia poder usar desse instrumento para moderno para extrapolar seu poder. O ativismo judicial no jogo político, por exemplo, poder servir de instrumento para a manutenção de privilégios e atendimento de interesses privados. (TEODORO, 2011, p.153).

Entretanto, a autora reconhece que "[...] o ativismo judicial é um fenômeno irreversível e necessita de limites claros e democráticos." (TEODORO, 2011, p.153).

Mas o ativismo judicial em matéria de consumo e, mormente, em matéria de proteção contratual do consumidor, não suscita os riscos advertidos pelos autores que, por exemplo, traria o ativismo, no contexto de uma decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, com efeito *erga omnes*.

Na verdade, o ambiente mais amiudado das demandas relacionadas aos contratos de consumo são as varas cíveis e os juizados especiais. Quando muito, estas demandas alcançam os tribunais e, diante dos atuais filtros recursais e do rigor do tecnicismo empregado em matéria recursal, dificilmente chegam ao Superior Tribunal de Justiça ou ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Além disso, a matéria consumerista não tem o potencial de invadir as competências afetas ao Poder Executivo, justamente, porque o cenário contratual não permite tais reflexos. Ademais, nem mesmo, quanto ao Poder Legislativo, pode ser calculado qualquer risco concreto, posto que, o próprio sistema de cláusulas gerais (Código de Defesa do Consumidor, no Código Civil e, de uma forma geral, em leis especiais voltadas para determinadas relações simbióticas com as de consumo, como aquelas que regem os beneficiários de planos de saúde, torcedores, idosos, criança e adolescente, portadores de necessidades especiais), já permitem um amplo lastro de liberdade para a atividade jurisdicional.

Nessa abertura é que se acomoda muito bem, o ativismo judicial como pressuposto de uma atuação mais proativa em prol da tutela do consumidor contratante. Destarte, proatividade é um dos papéis vitais que a jurisdição deve desempenhar na contemporaneidade.

Postura contrária a tal protagonismo jurisdicional, representa um contrassenso diante da complexidade experimentada pela sociedade de consumo, especialmente, quando necessita de dinamismo por parte da jurisdição.

A proposta de Alexandre de Moraes parece bastante razoável, na medida em que preconiza:

O bom-senso entre a "passividade judicial" e o "pragmatismo jurídico", entre o "respeito à tradicional formulação das regras freios e contrapesos da Separação dos Poderes" e "a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima *efetividade*" deve guiar o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a expressão de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente afastando sua aplicação em questões estritamente políticas[...]. (MORAES, 2013, p.786).

O modelo formal-positivista enrijece a atuação do juiz e limita, por consequência, seu poder e suas possibilidades de tutela contratual do consumidor. Essa pretensão de neutralidade positivista, ainda bem viva na comunidade jurídica, é combatida por Carlos Maximiliano, ao advertir que

A tendência racional para reduzir o juiz a uma função puramente automática, apesar da infinita diversidade dos casos submetidos ao seu diagnóstico, tem sempre e por toda parte soçobrado ante a fecundidade persistente da prática judicial. Em tempos de anarquia, magistrados ímpolutos decidem, de preferência, pela autoridade; tranquilizados os espíritos, os homens de igual inteireza de caráter interpretam os mesmo textos no sentido da liberdade. (MAXIMILIANO, 2003, p.39).

Deve ser considerado que a jurisdição é força do Estado e, como tal, lhe cabe também, a missão de realizar os Objetivos Fundamentais previstos constitucionalmente, como destaque para construção de uma sociedade justa e redução das diferenças, que tão explicitamente se manifestam nas relações contratuais entre consumidores e fornecedores.

Reduzir a atuação da jurisdição, silenciá-la para o que é político, tal como é o Direito do Consumidor, enquanto política de Estado, em nome da separação dos poderes, do modelo republicano e democrático, não passa de um extremo contrassenso, na medida em que o monopólio do que é político significa, isso sim, uma ruptura à pluralidade desejável em qualquer democracia que se preze. A respeito do tema:

Embora o princípio da divisão dos poderes, observado sem restrições, o que, aliás, se não pratica em país nenhum, extinga o antigo papel criador do Direito, atribuído à jurisprudência; o dever de decidir os litígios, sejam quais forem as deficiências da lei escrita, força a magistratura a reivindicar, em parte, a sua velha competência e assim tornar-se, de fato, uma dilatadora e aperfeiçoadora das normas rígidas. (MAXIMILIANO, 2003, p.40).

Quando a jurisdição atua, está também, concretizando funções e metas democraticamente estabelecidas. Cada Poder, por assim dizer, com as ferramentas que lhes são próprias, não só repartem funções, mas primordialmente, as compartilham.

Quem pode dizer que não é meta do Poder Legislativo a melhoria das Universidades Federais, de forma que um Professor venha a ter um vencimento pelo

menos igual ao de um policial rodoviário federal? Quem pode dizer que o Poder Executivo não pode ter como meta a construção de uma determinada lei ou que o Poder Judiciário não tem interesse em resolver o passivo tributário? Não há como negar, que todas essas metas exemplificadas são do Estado brasileiro e que, portanto, são compartilhadas, em maior ou menor grau por todos os Poderes.

Nesse sentido, o consumidor é credor do Estado quanto a uma *prestação positiva* de sua proteção, conforme decidido constitucionalmente. (ALEXY, 2011, p.450).

Imagine-se, portanto, que o Poder Executivo, sujeito às pressões econômicas, conforme anota Sabino Cassese (CASSESE, 2010, p.45), decida flexibilizar a fiscalização ou a regulação de determinado setor da atividade econômica e, com isso, elevar os custos dos preços ao consumidor ou reduzir-lhes direitos em suas relações com o fornecedor (v.g. setor aéreo, planos de saúde, serviços públicos prestados por companhias privadas, etc.). Na hipótese, o Estado estaria atuando contrariamente, à sua inclinação constitucional, agindo na mitigação da proteção, quando deveria maximizá-la.

Desta forma, suscitado em um conflito, individual ou coletivo, a jurisdição poderia corrigir os rumos da atuação estatal e declarar diversos comandos inconstitucionais ou mesmo ilegais, à luz da legislação infraconstitucional, ou como melhor ainda se defende, à luz de um construto plural de diversas fontes, inclusive a própria fenomenologia das relações de consumo.

Essa possibilidade de atuação jurisdicional representa uma cidadela para o consumidor. Sem isso, ironicamente, é que se degrada o ideal de democracia. Quando os Poderes atuam nessa interligação e, até mesmo no sentido de oposição crítica e ações de contramedidas, a democracia frutifica.

A proposta do ativismo, aqui defendida, em matéria de relações e contratos de consumo, vai bem no sentido da democracia crítica de que trata Gustavo Zagrebelsky quando afirma que:

A multiplicação das instituições, a garantia de duração, sua diferenciação funcional (proposta, decisão, contradecisão, controle) e seu equilíbrio são exigências imprescindíveis, até do ponto de vista da manutenção psicológica da democracia crítica, que consiste no estado de tensão para o melhor e de insatisfação em relação ao que existe. (ZAGREBELSKY, 2011, p.148)

De fato, a defesa do consumidor no Brasil, um país em desenvolvimento econômico emergente, caracterizado nas últimas décadas pelo acesso de classes trabalhadoras ao mercado de consumo, fragilizadas pela avidez capitalista e por sua própria avidez consumista, e ainda pelos baixos índices de educação e de consciência de seu papel no Estado de Direito, situa-se em uma quadra da história que enseja, sem sombra de dúvidas, uma jurisdição protagonista.

Não custa, porém, fazer uma digressão para se encontrar a razão de ser e a característica basilar da jurisdição, que é a de *substitutividade*.(CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p.146).

Através dela, o Estado retira do particular a possibilidade de fazer justiça à mercê de suas vontades e possibilidades. Nesse momento, é que a jurisdição atua com mediadora do conflito dizendo o Direito dentro do ambiente processual. Na relação processual, portanto, é que se revelam situações que reclamam uma substitutividade não apenas formal, mas capaz de concretizar o que o consumidor se vê impossibilitado: fazer frente à magnitude do fornecedor, com quem contrata e com quem litiga.

O ativismo judicial, com todas as suas características de modo de atuação e postura, enquanto contribua para o desiderato da proteção do consumidor, dentro do devido processo de índole constitucional, faz com que a jurisdição desempenhe seu papel, como força a serviço do Estado Democrático de Direito.

5.2 Tutela individual

A tutela jurisdicional individual representa o meio pelo qual, mais frequentemente, a jurisdição enfrenta os conflitos contratuais em matéria de consumo.

Vale registrar, a propósito desta argumentação, o pensamento de Eduardo Cambi:

Na perspectiva instrumentalista, a tutela jurisdicional não é, meramente, a tutela de direitos, já que não basta, ao processo civil, a concretização do escopo jurídico (ou da atuação da vontade concreta da lei), devendo, a fim de legitimar-se socialmente, proporcionar maior qualidade de vida e melhores condições de felicidade as pessoas. Com efeito, o processo tutela, sobretudo, as pessoas, sendo possível afirmar que o réu também tem direito a tutela jurisdicional, quando tiver razão (isto é, quando a ação for

julgada improcedente) ou quando o autor não preencher os pressupostos de admissibilidade do provimento de mérito. (CAMBI, 2001, p.39).

Por mais que as questões consumeristas envolvam toda uma sociedade, os fenômenos dos conflitos tocam inicialmente à individualidade do ser, porquanto tem referência com suas necessidades inarredáveis. Por isso é que a propensão imediata é a tutela do caso individual como forma de se colocar em prática o ideal das "normas programáticas" de proteção dos interesses do consumidor, no mercado de fornecimento e consumo. (CAVALIERI FILHO, 2011 p.340).

No campo negocial há, como já abordado nas primeiras linhas deste trabalho, uma situação de dominação que situa o consumidor na condição de elemento vulnerável ao poder econômico do fornecedor. Essa relação contratual é marcada por uma fragilização do consumidor no tocante à forma e ao conteúdo do contrato. Mais que isso, a (in)execução do contrato torna viva a necessidade de tutela, com o objetivo de salvaguardar aquele que buscou contratar, porque não tinha alternativas.

Considerada a situação de vulnerabilidade do consumidor, cabe à jurisdição uma atuação sob medida para não somente concretizar o ideal de proteção do ponto de vista material, mas, antes disso, zelar para que o processo seja um ambiente que torne possível essa realização.

Caberá à jurisdição optar por caminhos descritos nas leis processuais, ciente de seu papel protagonista, ativo, mas também utilizar com desenvoltura o sistema de cláusulas gerais e todos os subsídios que possam contribuir para a construção da melhor solução possível dentro do caso concreto.

Conforme assinala Enzo Roppo, eis a chamada "atividade valorativa do juiz" como pressuposto de regulação contratual, fundada em uma discricionariedade conferida pela abertura típica dos sistema de cláusulas gerais. (ROPPO, 2009. p.167).

Com olhos projetados para a tutela jurisdicional individual do consumidor, serão traçados caminhos indispensáveis a serem observados pela jurisdição e que também constituem seu papel na proteção contratual do consumidor na contemporaneidade.

5.2.1 Acesso à justiça

A *capacidade postulatória* é, ao mesmo tempo, um entrave e uma medida de garantia ao litigante de que sua atuação perante a jurisdição será desenvolvida, a partir de conhecimentos técnico-jurídicos que, a rigor, se restringem aos que militam junto à jurisdição.

No atual cenário constitucional brasileiro, são quatro as Funções Essenciais à atividade jurisdicional: O Ministério Público (artigo 127³⁵), a Advocacia Pública (artigos 131³⁶ e 132³⁷), a Advocacia (artigo 133³⁸) e a Defensoria Pública (artigo 134³⁹). (BRASIL, 1988).

Como visto, somente estão vocacionados, constitucionalmente, para a tutela individual privada, a Advocacia e a Defensoria Pública.

Como a Advocacia é função essencial à justiça, exercida substancialmente, em caráter oneroso⁴⁰, até porque de todas as Funções Essenciais é a única não remunerada pelo Estado, e considerando a *hipossuficiência econômica* de milhares de consumidores, especialmente, aqueles que emergiram das classes pobres e hoje encontram-se endividados pelos próprios contratos que pretendem ver repaginados pela tutela jurisdicional, ou por circunstâncias outras, não dispõem de meios para contratar um Advogado.

35 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

36 Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

37 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

38 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

39 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

40 Conforme o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em seu artigo 22, "A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.". (BRASIL, 1994).

Em outras circunstâncias, o consumidor poderá estar no dilema entre pagar o Advogado ou pagar as custas do processo, que nada mais são do que espécies tributárias⁴¹, odiosamente vigentes num país com tanto *déficit* social como é o Brasil!

Outra hipótese também possível, é a de que o consumidor tenha sido atendido pela Defensoria Pública, mas não venha a ser enquadrado no perfil de beneficiário da gratuidade dos atos processuais, o que geralmente ocorre por indeferimento judicial. Explica-se: como a Defensoria Pública detém autonomia funcional e também administrativa, ela pode decidir, segundo critérios próprios da Instituição, por contemplar determinado consumidor dentre seus assistidos. Esse consumidor, porém, não necessariamente será contemplado aos olhos da lei tributária de cada Estado ou até da União, no caso da Justiça Federal, ou ainda por critério judicial.

Portanto, a primeira missão a cargo da jurisdição é a de democratizar o acesso aos seus serviços, porque isso constitui a primeira tarefa a cargo do Estado. Sem esta abertura e, considerando o apego que tradicionalmente o Poder Judiciário tem ao sistema de pagamento de custas processuais como *pressuposto processual*, a tutela jurisdicional do consumidor contratante já se encerra prematuramente, se é que pelos menos chega a começar.

O acesso à Defensoria Pública, constitui um outro fator decisivo para a tutela jurisdicional, mas como o projeto dessa obra tende ao estudo do papel da jurisdição na tutela contratual, por certo não cabe aqui, um imersão aprofundada no tema do fortalecimento das Defensorias Públicas.

De qualquer forma, dos problemas referentes ao acesso, o da Defensoria Pública parece ser o que exprime melhor cenário, uma vez que as Emendas Constitucionais nº 45, de 2004, nº 74, de 2013 e nº 80, de 2014, trataram de construir bases sólidas para a sua concretização e operacionalidade, o que repercute, favoravelmente, em favor da tutela consumerista, não apenas no ambiente jurisdicional, mas também da orientação jurídica e do esclarecimento. (BRASIL, 1988).

41 Conforme a Constituição Federal, nos termos do artigo 24 " Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:[...] IV - custas dos serviços forenses; e conforme o artigo 98, " A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:[...] § 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça"

5.2.1.2 Gratuidade processual

O problema das despesas processuais é apontado por Mario Cappelletti e Bryant Garth em popular obra, onde os autores afirmam que "torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-los, constituem uma importante barreira no acesso à justiça." (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.6).

Uma visão pós-positivista aplicada à questão das custas pode chegar à conclusão de que tais demandas consumeristas devem ser poupadas de qualquer incidência tributária, porque a lógica do Direito do Consumidor é a da facilitação de sua atuação em juízo, bem como de seu reconhecimento como sujeito mais frágil da relação com o fornecedor.

Basta imaginar, de início, que o Direito do Consumidor e a proteção ao sujeito consumerista têm *natureza fundamental*, especialmente, ante à expressa previsão constitucional. Além disso, é também Direito Humano, consagrado na Declaração Universal, que prevê a tutela dos Direitos Sociais e Econômicos, segundo previsão do artigo XXII:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Ademais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já em seu preâmbulo anuncia:

[...]em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do medo e da miséria, não pode ser realizado a menos que sejam criadas condições que permitam a cada um desfrutar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966)

Após, veio à lume a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, a exemplo da própria Declaração Universal,

trouxe em seu preâmbulo a repetição dos preceitos do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos:

Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

O Brasil ratificou todos esses pactos internacionais, razão pela qual eles têm eficácia e seu conteúdo deve ser realizado pela jurisdição consumerista, já que os Direitos Sociais e Econômicos são destinados a proporcionar justiça econômica que é pressuposto da dignidade da pessoa humana.

Esse papel jurisdicional, no tocante aos textos de envergadura humanitária, foi especialmente destacado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, conforme trecho adiante transcrito:

HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 96772, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183).

Portanto, nas questões de consumo, estas compreendidas como expressões de Direitos Humanos, o olhar da jurisdição deve ultrapassar as barreiras da estrita legalidade - as quais impõem o pagamento de tributos como condição de acesso à justiça -, para afirmar o preceito constitucional protetivo, facilitando tal acesso.

Não apenas o Direito do Consumidor tem natureza humanitária, mas também, o próprio acesso à justiça, é, em si mesmo, um Direito Humano que deve ser promovido e concretizado pela jurisdição.

Portanto, a questão da gratuidade como pressuposto do acesso, não deve passar pela realização de uma operação cognitiva e interpretativa para saber se há ou não uma *hipossuficiência financeira* por parte do consumidor. Essa é uma visão extremamente distorcida acerca do papel da jurisdição no contexto da tutela do consumidor.

Boaventura de Sousa Santos, analisando o problema de acesso à justiça, a partir de estudos realizados na Inglaterra, Alemanha e Itália, afirma o seguinte:

Estes estudos revelam que a justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas revela sobretudo que a justiça civil é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis. É que são eles fundamentalmente os protagonistas e os interessados nas acções de menor valor e é nessas acções que a justiça é proporcionalmente mais cara o que configura um fenómeno de dupla vitimização das classes populares face a administração da justiça. (SANTOS, 1999, p.147)

Ora, se os custos judiciais são um problema de acesso no cenário europeu em países altamente desenvolvidos, com excelentes índices sociais, o que dizer então dos efeitos das cobranças das custas processuais no cenário brasileiro, com índices sociais tão desfavoráveis?

A visão adequada é aquela que concebe o consumidor como sujeito a ser protegido e que observa o conflito de consumo como interesse do Estado e não como um *interesse disponível* da parte. Esse é o ponto central da questão do acesso. As demandas de consumo são de ordem e de interesse públicos!

Outro ponto a ser considerado é o de que os Direitos Humanos foram concebidos, especialmente, para a proteção do ser humano em função das ações ou omissões do Estado, mas não pode ser desconsiderado que os Direitos Humanos também têm por essência a incumbência de impedir ou fazer cessar qualquer forma de opressão. Aqui a relação econômica entre o fornecedor contratado e o consumidor contratante, constitui, na contemporaneidade, um exemplo terrível de tal opressão.

Há, portanto, uma necessária e urgente mudança paradigmática a que Boaventura muito bem se refere quando diz que:

É necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida. Por um lado, ela reivindicará o aumento de poderes decisórios, mas isso como se viu vai no sentido de muitas propostas e não apresenta perigos de maior se houver um adequado sistema de recursos. Por outro lado, ela atenderá a subordinar a coesão corporativa à lealdade a ideais sociais e políticos disponíveis na sociedade. (SANTOS, 1999, p.157).

Esse rompimento paradigmático, no que se refere à mitigação (e porque não o término) da jurisdição onerosa ao consumidor, esbarra, como citou Boaventura, principalmente, em questões estruturais do Poder Judiciário que vê nos fundos financeiros criados pelas leis que instituem custas processuais, uma válvula que alivia o peso da estrutura da justiça no seu quinhão orçamentário, permitindo aumentos salariais e instituição de vantagens pecuniárias aos magistrados.

De outro lado, a recalcitrância do Poder Executivo em repassar ao tempo e nas quantidades devidas os recursos do orçamento geral ao Judiciário, faz com que se instale entre os juízes uma *pressão* exercida, em muitos casos, pelos órgãos diretivos, que os levam à condição humilhante de *arrecadadores de impostos*, quando deveriam exercer a atividade finalística e fundamental de proteção do consumidor.

A proteção jurisdicional da qual é credor o consumidor contratante, passa, em primeiro lugar, pela abertura das portas dos tribunais aos seus reclames. Estando o consumidor em um Estado Democrático de Direito, não há como, especialmente, o aspecto *democrático* da expressão, ser alcançado, sem que o consumidor possa ter a "*possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual", conforme Habermas propõe. (HABERMAS, 2012, p.159).

Para Rui Portanova, sendo o Judiciário "um poder com anseios democráticos, está aberto a todos, inclusive aqueles que não podem pagar seus custos operacionais. (PORTANOVA, 2011, p.62).

Portanto, o papel da jurisdição na contemporaneidade é o de promover a máxima abertura de suas portas, fato que vem a reclamar a elevação do preceito constitucional protetivo para o afastamento da cobrança de custas processuais, como condição de acesso à justiça do consumidor contratante.

Ou a jurisdição é protetora, como lhe determina a Constituição, ou é mercenária, como sugere engenharia jurídica da leis de índole liberal.

5.2.2 Facilitação da atuação do consumidor em juízo

Vencida a barreira do acesso à jurisdição o consumidor não pode ser deixado à sua própria sorte dentro do processo civil. Considerando que o comparecimento do consumidor em juízo pressupõe, inexoravelmente a presença⁴² de um Defensor Público ou de um Advogado, poder-se-ia imaginar que sua atuação processual se realizaria na plenitude de uma relação equilibrada para com o fornecedor.

No entanto, nem o mais hábil representante jurídico do consumidor conseguiria, ordinariamente, segundo as regras e a interpretação processuais clássicas, contribuir para a realização da tarefa protetiva a cargo da jurisdição.

É que o consumidor, em sua relação com o fornecedor, já acumulou na fase pré-processual, inúmeras desvantagens, notadamente aquelas ligadas às questões probatórias.

No ambiente jurisdicional, as questões processuais são resolvidas a partir das *matérias de fato* ou *de direito*. Pode haver até o somatório das duas ou até mesmo a presença de apenas uma, como no caso das matérias de direito. Pois bem, as matérias de fato reclamam provas e as matérias de direito, por óbvio, reclamam fontes. Tradicionalmente, conforme abordado em linhas anteriores, o contrato é classicamente reconhecido como fonte de direito.

Mas na seara das disputas contratuais, o consumidor geralmente não detém as provas de que precisa ou não pode, por força própria, produzi-las, como nos casos das perícias e provas que envolvem custos financeiros e emprego de alta técnica. Mais que isso, são constantemente negados aos consumidores contratantes recibos, comprovantes, vias de contratos, declarações sobre as ocorrências de fatos importantes para sua tese processual. Essas são as questões de fato.

Do outro lado, nas questões de direito, voltando-se os olhos para o contrato e à luz do que estudado nos tópicos 2 e 3, chega-se à conclusão que tais questões também não tendem ao benefício do consumidor.

⁴² É sabido que nos procedimentos jurisdicionais afetos aos Juizados Especiais Cíveis das justiças dos Estados e da União, a atuação de Advogado ou de Defensor Público é facultativa nas causas de valor até vinte salários mínimos. Portanto, não obstante a injustificada exceção legal, o texto considera a expressão como sendo a situação recomendável para maior concretização dos direitos do consumidor.

Cláusulas predispostas, ausência de diálogo, incapacidade de reflexão por conta da rapidez e da superficialidade do relacionamento - a propósito de debelar uma fila de outros consumidores ou de atingir uma meta de maximização de contratações -, bem como a própria incapacidade de compreensão do texto contratual, tudo isso se convola em um ambiente pré-jurisdicional que reduz as chances de sucesso do consumidor em juízo, em qualquer um dos polos da relação processual.

Certamente, uma ambientação jurisdicional que não reorganize a posição das partes e suas capacidades, dentro do processo civil, não se mostra adequada à tutela do consumidor. Nessa hipótese, Robert Alexy suscita a existência de um "dever de tratamento desigual", pois, "Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório". (ALEXY, 2011, p.410)

Essa razão pode ser comodamente sustentada considerando a desigualdade fática vivente entre o consumidor e o fornecedor, bem como, também, uma desigualdade jurídica que acena em prol do consumidor. Essa desigualdade jurídica está pronunciada na própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, de onde derivam diversos outros espécimes legais tendentes à proteção do consumidor. (BRASIL, 1988).

Não por outra razão, o próprio Código de Defesa do Consumidor, tratou de estabelecer, como *cláusula geral de proteção*, aquela disposta no artigo 6º, inciso VIII, que está a garantir como direito básico do consumidor, a "facilitação da defesa de seus direitos".(BRASIL, 1990).

Esse tratamento desigual, passa, conseqüentemente, pela capacidade da jurisdição em assimilar a missão de desigualar as partes dentro da relação processual, com adoção dos mecanismos jurídicas formuladas nos três itens seguintes.

5.2.2.1 Privilégio de foro

As ações de consumo são, em regra, voltadas para o tratamento de direitos obrigacionais ou para direitos reais de natureza móvel. Logo, considerando que não há previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor acerca do foro

competente para a solução dos litígios de consumo, natural caminho seria o de socorrer-se no que estabelece o Código de Processo Civil. Para ele:

Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.

[...]

Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

[...]

Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes. (BRASIL, 1973).

Considerando os contratos de consumo e toda a sua ambientação já tratada nesta obra, comumente há a previsão de cláusulas que estabelecem a competência da justiça do foro de domicílio do fornecedor. Não é preciso maiores argumentos para se inferir que na condição de autor ou réu, o consumidor estará extremamente prejudicado, porquanto deverá empenhar recursos financeiros e tempo para fazer face a um eventual descolamento.

Trata-se de uma situação processual que tem por efeito causar imensas dificuldades à atuação do consumidor em juízo.

Como os contratos de consumo são considerados contratos de natureza privada, muitas demandas capitaneadas por fornecedores argumentavam acerca da impossibilidade de que a jurisdição pudesse reconhecer eventual incompetência de foro em favor do consumidor. O argumento positivista tem sua lógica, máxime à luz da Súmula nº 33, do Superior Tribunal de Justiça, a qual enuncia que "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 33, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/1991, DJ 29/10/1991, p. 15312).

Com a crescente percepção de que os litígios de consumo, não são exatamente, expressão de uma relação privada, onde se situam interesses meramente patrimoniais disponíveis, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ponderou, conforme se vê no aresto seguinte:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL EM AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - AÇÃO DECLARATÓRIA - CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - NULIDADE - PREJUÍZO À DEFESA DA PARTE HIPOSSUFICIENTE.

1 - [...]

2 - [...]

3 - Uma vez adotado o sistema de proteção ao consumidor, reputam-se nulas não apenas as cláusulas contratuais que impossibilitem, mas que simplesmente dificultem ou deixem de facilitar o livre acesso do hipossuficiente ao Judiciário. Desta feita, é nula a cláusula de eleição de foro que ocasiona prejuízo à parte hipossuficiente da relação jurídica, deixando de facilitar o seu acesso ao Poder Judiciário (REsp nº 190.860/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJ de 18.12.2000; AgRg no Ag nº 637.639/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ de 9.5.2005).

4 - Recurso não conhecido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 669.990/CE, Rel. MIN. JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 289)

De outro lado, a incidência da aludida Súmula nº 33, foi afastada para as questões jurisdicionais relacionadas ao âmbito das relações de consumo, conforme exemplifica o acórdão de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, ao decidir que "Segundo entendimento desta Corte, tratando-se de relação de consumo, a competência é absoluta, podendo ser declinada de ofício. Afastamento da súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. CC 106.990/SC, Rel. MIN. FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 23/11/2009).

Mesmo considerando a importante tomada de rumo da jurisprudência, o fato é que a consolidação dessa forma de facilitação, ou seja, o estabelecimento de uma prerrogativa de foro, ainda continua, sendo uma tarefa que depende fundamentalmente do intérprete.

Consolidar a perspectiva protetiva nesse grau de evolução é uma tarefa que deve ser implementada para se evitar retrocessos. Ingo Wolfgang Sarlet, a propósito, sustenta que

[...] o artigo 5º, parágrafo 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança. Portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento,

concretização e proteção eficiente dos direitos fundamentais[...] (SARLET, 2008, 24-25)

Assim, sob as perspectivas de que a proteção do consumidor é dever do Estado e do Estado-Juiz, bem como, que esse dever estatal corresponde a um Direito Fundamental do consumidor e da sociedade de consumo, o papel facilitador, nesta seara, está em se consolidar o privilégio de foro para benefício do consumidor, como *conditio sine qua non* da facilitação de sua atuação no âmbito da jurisdição.

5.2.2.2 Inversão do ônus da prova

O código de Defesa do Consumidor garante a relativização da chamada *teoria estática do ônus da prova*, onde o referido ônus é distribuído entre as partes litigantes de forma que cada qual, se desincumba da missão de levar à jurisdição o conhecimento (daí porque processo de conhecimento) da verdade fática. É o que se extrai do seguinte comando:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, 1990).

Não obstante, o convívio paralelo do sistema estático previsto no Código de Processo Civil, faz com que a relativização do ônus probatório seja enfrentada pela jurisdição como fenômeno excepcional, sendo a teoria estática do ônus da prova a regra a ser seguida.

Quanto ao sistema estático, Luiz Guilherme Marinoni, anota que

Segundo o art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo e ao réu em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Essa regra, ao distribuir o ônus da prova, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito que afirma, mas não a não existência daqueles que impedem a sua constituição ou determinam a sua modificação ou a sua extinção.(MARINONI, 2008, p.324).

Essa realidade presume uma situação formal de igualdade, o que não se verifica nas relações de consumo, muito menos nas lides delas decorrentes.

A igualdade substancial, portanto, é a meta a ser seguida, no tocante à inversão do ônus probatório.

Importa mencionar que a igualdade substancial é que consolida o ideal da *paridade de armas* e faz com que o consumidor possa realmente participar da atividade jurisdicional, no âmbito do processo civil, podendo dele extrair a utilidade prática de que precisa para sua tutela contratual.

A jurisdição, no contexto dos litígios sobre contratos de consumo, deve assumir duplo papel, no que se refere à questão probatória: protagonizar a prova, determinando medidas probatórias *ex officio*, sob o fundamento de que se trata de um verdadeira questão de ordem pública, e transferir, sempre que possível, como é o caso da inversão do ônus probatório, esse ônus ao fornecedor, o qual, via de regra, se encontra em condição de dominância (contratual, econômica, jurídica, etc.).

Essa postura da jurisdição rompe com um código de conduta passiva, de índole liberal, privada, que pressupunha uma lógica de neutralidade como pressuposto de tratamento igual. Nada disso faz sentido numa relação que, antes mesmo da atuação jurisdicional, já era, de toda desigual.

Portanto, José Roberto dos Santos Bedaque aponta que:

Criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso de que qualquer iniciativa sua possa torná-lo parcial. A escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifesta a sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário. Essa mentalidade necessita ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual. Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. (BEDAQUE, 2009, p. 114).

Vale ainda mencionar que o tempo em que a verdade formal satisfazia o caráter cognitivo do processo civil, ha muito se foi, pois é a busca por uma verdade real que traduz o sentimento mais próximo de uma efetiva justiça material.

Objetivando chegar à verdade real muitas vias podem ser percorridas, tantas quantas forem as exigências reclamadas pelas dúvidas surgidas no processo civil, bem como pela dificuldade de se atribuir ao consumidor o ônus de elucidá-las.

Tome-se, como exemplo de tais exigências, o quanto é oneroso, para o consumidor, em matéria de tempo e de dinheiro propriamente dito, obter uma certidão de algum mecanismo de proteção ao crédito. Como é também custoso,

para o consumidor, obter documentos em cartórios extrajudiciais e, até mesmo, nos judiciais, ante ao caráter empresarial dos primeiros e ante à burocracia dos segundos, sem esquecer das famigeradas custas e taxas judiciais. Como é penoso, para o consumidor, conseguir do fornecedor as gravações telefônicas de seus incontáveis diálogos realizados via *call centers*, na busca por atendimento a uma demanda ou na intenção de formular uma reclamação, e, de uma forma em geral, em tantos outros outros casos de abusos contra os consumidores, onde há retenção dolosa de papéis e outros objetos que constituem ou constituiriam prova a favor do consumidor e do esclarecimento dos fatos.

Somente com a tutela jurisdicional de caráter protagonista e interventivo, aplicando-se com maior frequência a inversão do ônus probatório, é que realmente a jurisdição transformar-se-á num ambiente propício ao esclarecimento, como pressuposto de justiça contratual nas relações de consumo.

5.2.2.3 Interpretação mais favorável ao consumidor das cláusulas contratuais

Enquanto mecanismo legal, a interpretação das cláusulas contratuais em favor do consumidor está disposta no artigo 47, do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o texto legal "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor." (BRASIL, 1990).

Mais ainda que não existisse a referida previsão legal, a tarefa hermenêutica a cargo da jurisdição, deveria encarregar-se de tal interpretação, posto que ela configura um pressuposto inarredável de justiça contratual, na medida em que repara, afina e molda os contornos das cláusulas que o consumidor sequer, teve a capacidade de construir.

Portanto, considerar o contrato, a partir da força obrigacional de suas cláusulas, seria o mesmo que dar abrigo ao processo de dominação que é realizado pela indústria capitalista, dadas as necessidades do consumidor e a ausência de qualquer possibilidade de diálogo e de rejeição do pacto, por parte do consumidor. Na verdade, "*Apenas a existência de uma argumentação, que não seja coercitiva nem arbitrária, confere um sentido à liberdade humana, condição de exercício de uma escolha racional.*" (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005. p. 581).

De consequência, o contrato é construído pelo fornecedor e para os seus interesses econômicos, o que enseja atuação jurisdicional de forma a temperar os efeitos contratuais em busca de sua justiça.

Não é possível negar que "quem parte e reparte fica com a maior parte". É a tendência natural, quase irresistível, daquele que tem o poder de estabelecer as regras", diz Sérgio Cavaliere Filho, ao exemplificar a questão. (CAVALIERI FILHO, 2011, p.156)

Sendo assim, todo sentido faz, em homenagem ou não ao preceito legal disposto no início deste tópico, a interpretação contratual de maneira mais favorável ao consumidor.

Cláudia Lima Marques afirma que essa "hermenêutica mais favorável ao consumidor" é algo especial dentro dos contratos e das normas de consumo. Tal como esclarece, "Trata-se de uma tendência mundial, originada da constitucionalização do direito dos contratos." (MARQUES, 2011, p.904).

Não se pode perder de vista o fato de que a atividade interpretativa das cláusulas contratuais representa a espinha dorsal da tutela contratual do consumidor.

Enquanto a atividade jurisdicional de acesso e facilitação da defesa do consumidor encerraria os meios para se chegar à realização da tutela, a atividade de interpretação do conteúdo contratual é o próprio fim perseguido pelo consumidor e que deve, nos termos do mandamento constitucional presente no artigo 5º, inciso XXXII, ser materializado pela jurisdição. (BRASIL, 1988).

A tutela contratual, portanto, tem na interpretação dos contratos a carga da jurisdição, a justiça propriamente dita sendo realizada.

Como assinala Cláudia Lima Marques, "[...]a interpretação pró consumidor é uma regra geral do sistema brasileiro (direito privado e público), que no microsistema do CDC consubstancia-se através da norma do art. 47, mas nela não se exaure[...] (MARQUES, 2011, p.907).

Outro aspecto relevante, no que pertence à tutela contratual do consumidor, é que a interpretação mais favorável deve levar em conta a finalidade do contrato.

Determinados contratos que visam regular a aquisição de produtos ou serviços, os quais, dentro do modelo de vida contemporâneo, podem ser mais ou menos importantes a depender de inúmeros contextos, ensejam uma atenção especial. Há contratos que se justificam para viabilizar a compra e venda de um

relógio importado. Mas há outros que visam garantir a saúde do consumidor e de toda a sua família. Há contratos que se destinam a viabilizar uma viagem de turismo, outros, porém, têm por escopo regular a oferta de água, energia, telecomunicações, fornecimento de um produto eletrônico qualquer e outros objetivam realizar o direito à moradia.

Portanto, inegavelmente, o direito contratual e a tutela dos contratos de consumo, atingem um nível protetivo que não estão apenas relacionados a objetos patrimoniais, mas, muito além disso, estão intimamente ligados com a própria consecução prática de Direitos Fundamentais.

Como já defendido aqui, tutelar o contrato de consumo não é apenas resolver uma questão que diz respeito a meras expressões econômicas, conforme concepção clássica liberal. Logo, o compromisso da jurisdição para com a tutela do consumidor eleva-se do plano negocial e passa ao plano das prestações positivas de Direitos Fundamentais a cargo do Estado e do Estado-Juiz. Embora sejam inúmeras as hipóteses, serão destacados nos tópicos seguintes quatro casos relevantes em que a tutela contratual é também a tutela de Direitos Fundamentais.

5.2.2.3.1 Tutela contratual como pressuposto do Direito Fundamental à saúde

O direito à saúde é pressuposto essencial ao direito à própria vida. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, prevê no artigo XXV, que " Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar[...]"(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Constituição Federal, nessa linha, assegura que a saúde é um Direito Social, ao prevê-lo no artigo 6º. (BRASIL, 1988). Mas importa destaque o fato de que a saúde representa para o Estado um verdadeiro dever, senão vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Especialmente importante para o estudo desse tópico é o fato da saúde ser também um campo de exploração econômica do capitalismo, cujas portas foram

franqueadas pelo texto constitucional, no artigo 199, em cujo texto " A assistência à saúde é livre à iniciativa privada." (BRASIL, 1988)

Ao permitir a exploração econômica da saúde o Estado brasileiro, automaticamente passa a regular essa atividade sob dois pontos de vista: o da interferência na Ordem Econômica e o do interesse na promoção finalística da saúde.

O mercado privado de saúde no Brasil tem importante relevância, vez que o Sistema Público não consegue fazer face às necessidades da população.

Descrente com os serviços do Estado, o cidadão consumidor, sem alternativas, migra para o setor privado, e nele, na maioria dos casos, é vinculado a um *plano de saúde*.

Esse tipo de contrato tem rendido para os tribunais e para os órgãos de regulação do Estado enormes desafios, porque neles, além da própria condição econômica desvantajosa do consumidor, uma recalcitrância contratual por parte do fornecedor, tem o potencial de implicar não só, em questões financeiras, mas, primordialmente, em ofensa ao direito à saúde e não muito raro, à própria vida.

A jurisdição deve dispensar um olhar especial para os contratos que vinculam consumidor e fornecedor, tendo por objetivo receber e prestar, respectivamente, serviços relacionados à área de saúde, pois é justamente no momento de maior vulnerabilidade do consumidor, o momento da doença, que as maiores injustiças são praticadas.

Cláudia Lima Marques entende que tais contratos são essencialmente finalísticos e que reclamam serem cumpridos fielmente, dentro dos devidos padrões de qualidade e adequação. (MARQUES, 2011, p.518).

Por essa razão é que o contrato que visa a aquisição de serviços de saúde seja imediatamente ou aleatoriamente, deve ser tratado pela jurisdição com a máxima prioridade, sob pena de impor ao consumidor o perecimento de direitos, da própria vida, inclusive, o sofrimento, o desamparo e, de uma forma geral, a indignidade.

Na tutela do contrato em questão, está a própria tutela do Direito Fundamental à saúde. Dentro dessa visão, apequenam-se cláusulas e o formalismo ordinário dos contratos, tudo em prol da defesa consumerista.

5.2.2.3.2 Tutela contratual como pressuposto do Direito Fundamental à moradia

As famílias brasileiras que não são beneficiárias de políticas de moradia gratuitas, o que abarca a grande maioria das classes econômicas, dentre elas, a classe média, optam pela aquisição do imóvel, que lhes servirá de moradia, contratando financiamento para tanto.

Esses contratos, tradicionalmente celebrados, com Instituições Financeiras públicas, a exemplo da Caixa Econômica Federal, passou a ser difundido por todo o sistema financeiro privado, inclusive, sob a forma de consórcios imobiliários administrados pelos bancos e por empresas do ramo.

Uma particularidade desses contratos é que eles não apenas são de longa, mas de longuíssima duração, assumindo substancialmente um *caráter vitalício*! É que tais contratos são baseados no pagamento do preço financiado em parcelas mensais, as quais demandam, não raro, dez, vinte, trinta anos para serem quitadas.

Durante todo esse período, muitos acontecimentos na vida econômica em geral e na vida econômica do próprio consumidor, ensejam toda espécie de inconvenientes e circunstâncias que podem vir, sob um olhar meramente formal do contrato, determinar a violação do Direito Fundamental de moradia em homenagem ao caráter obrigacional do contrato.

Daí a afirmação de que o contrato e sua tutela passam a ter efeito imediato sobre o direito à moradia. Paradoxalmente, tanto o contrato como o próprio objeto, ou seja, a propriedade imóvel, interligam suas funções sociais numa simbiose que deve ser objeto de tutela jurisdicional.

Para Ricardo Luiz Lorenzetti, o acesso à casa própria constitui um "princípio cardeal" que deve ter a proteção dos "três Poderes do Estado", observando que deve ser evitado "tudo aquilo que impeça um "real acesso" à casa própria, como por exemplo, dificuldades na obtenção de créditos[...]" (LORENZETTI, 1998, p.100).

Conseqüentemente, estando o contrato já instalado e operando efeitos concretos que impliquem em prejuízo ao direito à moradia, a interpretação deve estar atenta à relevância do bem jurídico em questão e de sua magnitude para ordenamento civil e constitucional.

Não deve ser perdida a noção, de que a jurisdição pode atuar no remodelamento do pacto considerando circunstâncias que permitam ao consumidor

readquirir o máximo das condições iniciais que o levou a contratar. E não se deve também perder de vista, na conformidade do artigo XXV, que "Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, [...] habitação". (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Portanto, a aplicação dos institutos da *modificação* e da *revisão* contratual (artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor) são elementos vitais para o estabelecimento de uma ponderação adequada, sopesando-se, no caso concreto, todas as circunstâncias que melhor favoreçam o consumidor e que de uma forma equilibrada lhe garanta a preservação do contrato, que nada mais será do que a preservação do próprio Direito Fundamental à moradia. (BRASIL, 1990).

5.2.2.3.3 Tutela contratual como pressuposto do Direito Fundamental à educação

Tal como acontece com a saúde, a educação está aberta à exploração econômica e também se configura como um Direito Fundamental descrito no *caput* do artigo 6º, da Constituição Federal, dentro dos Direitos Sociais. Ainda no mesmo compasso do que ocorre com a saúde, "O ensino é livre à iniciativa privada,[...]", de acordo com o texto do artigo 209, da Constituição.(BRASIL, 1988).

O propósito da educação é muito maior do que apenas garantir uma formação profissional que alavanque a pessoa a melhores condições de emprego. Para além disso, a educação é uma propulsora de cidadania e de integração da pessoa ao contexto participativo na vida social.

Por tal razão os contratos destinados a reger a prestação de serviços educacionais, deve receber especial atenção da jurisdição, e algumas casuísticas são também relevantes em tais contratos merecendo destacada atenção. É que tanto os alunos da rede particular de ensino fundamental quanto os da graduação e porque não dizer também da pós-graduação, são alvos em potencial de coações morais, que não raro, se materializam em punições de caráter pedagógico, como a proibição de acesso às bibliotecas, negativa de acesso ao histórico e outros documentos escolares ou acadêmicas, chegando até mesmo à proibição de realização e avaliações, atividades escolares ou acadêmicas, e também a proibição de acesso às dependências, por meio de catracas eletrônicas, o que configura meios de coação contra os estudantes contratantes ou beneficiários do contrato.

Neste passo, garantir a maior razoabilidade possível, entre o caráter econômico de tais contratos e a fundamentalidade de seu objeto, representa o ponto de equilíbrio necessário como garantia de que a educação não seja, apenas uma mercadoria a serviço do capital.

Há um compromisso brasileiro para com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que a respeito da educação a tem como elemento preambular das liberdades que pretende construir, senão vejamos:

A PRESENTE DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A cargo da jurisdição, portanto, está a proteção ao contrato educacional, como sendo a própria proteção ao direito à educação, até porque, conforme Lembra Cláudia Lima Marques, a respeito da teoria do diálogo das fontes proposta por Erik Jayme, "o fio condutor do direito na pós-modernidade, do direito do século XXI, serão os direitos humanos. (MARQUES, 2011, p.613).

5.2.2.3.4 Tutela contratual como pressuposto do Direito Fundamental à propriedade dos bens necessários à uma vida digna

De uma forma geral, a dignidade humana confunde-se com o próprio modelo de dignidade capitalista, fundado no acesso e no gozo da propriedade de bens e serviços. Afora a saúde, moradia e educação já citados, há uma miríade incontável de determinadas propriedades de bens, sem os quais seria impensada a vida contemporânea.

Considerando a absorção estatal do modelo econômico capitalista, a atividade de produção dos bens de consumo tornou-se, ao mesmo tempo, um privilégio da indústria e, de uma forma geral, de todos aqueles que detêm o

comando das estruturas fabris, bem como, o privilégio⁴³ e a proteção jurídica dos projetos, fórmulas, inventos, nomes e símbolos dos produtos e, até mesmo, o monopólio de matérias-primas, como as prerrogativas de exploração de jazidas, inclusive de água.

O ciclo fabril desenvolve-se impulsionado pela demanda, mas, nem por isso, a demanda exerce sobre o fabrico qualquer tipo de poder ou qualquer tipo de recusa.

Parece que as estruturas da indústria ganharam vida própria e que, do outro lado, no campo consumerista, evidenciou-se, principalmente na contemporaneidade, uma dependência substancial da sociedade de consumo, quanto àquilo que a indústria pode lhe oferecer. De remédios a vestimentas, de mobilidades a meios de comunicação, de alimentos a água, de entretenimento a habitação, tudo isso, compõe o liame de dependência contratual entre o consumidor e a indústria.

Até mesmo as artes, os museus, os concertos, a música, o esporte, próprio leito de morte e até depois dela, tudo que cerca a sociedade e seus indivíduos parece, necessariamente, passar pelo que a indústria tem a oferecer.

A lógica do capital se apoderou das expressões da alma, da criação, estipulando valor financeiro para tudo. É pontual Fábio Konder Comparato, em referência ao capitalismo contemporâneo, quando afirma que "instituiu-se a propriedade sobre as matrizes da vida" (COMPARATO, 2013, p.555).

Se o postulado da propriedade está em sua essência produtivo-econômica, há uma séria dificuldade em se promover um pensamento que concilie o acesso de todos à tal direito, máxime em relação àqueles que não se encontram em vias de preenchimento do requisito econômico.

Nesta senda, Ricardo Sayeg e Wagner Balera, afirmam ser:

[...] inaceitável o posicionamento de quem precifica a dignidade da pessoa humana, sustentando-se tratar-se de um direito-custo. Forçoso é concluir, então, que o direito humano corresponde naturalmente à dignidade da pessoa humana, e, por desdobramento, à dignidade planetária - síntese dos direitos subjetivos inatos de liberdade, igualdade e fraternidade do homem todo e de todos os home, imanentes ao planeta - vigente, eficaz e independente de positivação, uma vez que o "direito inato é aquele que pertence a todos por natureza" (SAYEG; BALERA, 2011, 116-117).

⁴³ Pondera, entretanto, Leonardo Macedo Poli, acerca da necessidade de uma "funcionalidade" do direito autoral, razão pela qual tal direito pode ser relativizado de forma a contribuir para uma ação transformadora e útil individual e socialmente (2008, p.163).

Com acerto, a visão dos autores remete-nos a um dimensionamento da condição humana, para bem além dos valores pregados pela teoria econômica, mas essa afirmação levaria à prevalência do ideal do humanismo, sem considerar a realidade marcante do mercado.

Embora não se possa aquilatar, na mesma medida, humanismo e economia, não é também correto desconsiderar o segundo em privilégio do primeiro. Seria o mesmo que fechar os olhos e a razão para o mundo real. Essa é a missão da jurisdição na contemporaneidade, na medida em que se deparar com o contrato e através dele, mirar consequências, que remetem à relação do consumidor com aquilo que lhe é indispensável à sua dignidade.

Por isso é que Robert Alexy propõe um modelo de não exclusão, que possa acomodar, em matéria de Direitos Fundamentais, propostas colidentes ou aparentemente colidentes, como o postulado do Direito Fundamental de acesso à propriedade de bens de consumo no contexto da onerosidade de tais patrimônios à luz do princípio da Livre Iniciativa e do próprio direito de propriedade dos fornecedores em relação aos bens que têm a oferecer (ALEXY, 2011, p.93-94).

Assim, podemos identificar que, na verdade tudo gira em torno do Direito Fundamental à propriedade. A diferença está na perspectiva subjetiva de tal direito: se em face do consumidor ou se em face do fornecedor.

Na seara do fornecedor a tendência é a de se invocar a prevalência dos valores da livre iniciativa e da ordem econômica. Já na esteira consumerista busca-se a dignidade humana e a função social da propriedade.

Para Alexy a questão se resolve não pela exclusão de quaisquer dos princípios, mas sim pelo peso que cada um tem no caso concreto. Assim o princípio ou princípios de maior ponderação irão prevalecer. Essa será uma análise eminentemente casuística que deverá fazer a jurisdição contratual. (ALEXY, 2011, p.94).

Nunca é demais lembrar que os direitos dos consumidores estão alocados na Declaração Universal dos Direitos Humanos como Direitos Sociais Econômicos. É a previsão do texto do artigo XXII:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos

econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

E a acomodação das tensões resultantes dos interesses de fornecedores e consumidores, à luz dos Direitos Humanos, encontra um direcionamento proposto por Ricardo Sayeg e Wagner Balera:

Estamos convencidos, outrossim, de que a melhor resposta ao capitalismo liberal se dá por meio da concretização do capitalismo com direitos humanos, jamais pela negação do capitalismo ou, menos ainda, ceifando as liberdades negativas - parte da essência humana e asseguradas pelo direito subjetivo natural de propriedade que compreende, afinal, os direitos humanos exteriores de primeira dimensão. [...] o Direito Econômico Humano Tridimensional estabelece o equilíbrio reflexivo entre o regime capitalista e a fraternidade, em favor de todos e de tudo, em especial dos economicamente excluídos e do planeta (SAYEG; BALERA, 2011, p.214).

Pietro Perlingieri, abordando o papel da propriedade anota que:

Em um ordenamento que se caracteriza pela socialidade e que legitima a superação individualista do indiferente jurídico (cfr. *retro*, cap. 5º §62), o próprio regime jurídico - ainda que representado por princípios e não por normas regulamentares - deve concernir às utilidades individuais e sociais. Isso permite considerar juridicamente relevantes não somente os bens patrimoniais, mas também aqueles que são protegidos prescindindo da própria relevância econômica. A relevância pode-se configurar também no regime de circulação do bem, das modalidades de acesso, ou seja no regime de vicissitudes que lhe interessam (PERLINGIERI, 2007, p. 236).

A partir de tais visões, portanto, o Estado, como centro agregador das forças individuais e sociais, dentro da ideia de fraternidade, ou seja, o todo por todos, se torna o devedor⁴⁴ do Direito Fundamental de propriedade dos bens de consumo, numa tarefa multifacetária de não apenas prover diretamente o acesso dos consumidores a tais bens, como seria em programas sociais humanitários ou emergenciais contra a fome e a miséria, mas também assegurar jurisdicionalmente os meios contratuais justos para tanto.

⁴⁴ Ricardo Luis Lorenzetti, afirma que o Estado é o sujeito passivo "obrigado principal e tradicional" dos direitos fundamentais (LORENZETTI, 1998, p.157).

5.2.3 Poder geral de cautela

Sem pretender uma imersão mais profunda no estudo das medidas judiciais tecnicamente apropriadas para a salvaguarda das emergências da vida, na conformidade do rigor processual civil, o poder geral de cautela deve passar por uma outra compreensão quando destinado à proteção contratual do consumidor.

Na visão de Kasuo Watanabe:

Uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sociojurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos –, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sociojurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao instrumentalismo que se denominaria substancial em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal. (WATANABE, 2012, p.19)

Na contemporaneidade, as necessidades são, em regra, todas urgentes. Um consumidor com o nome inscrito em um banco de inadimplentes está fadado à exclusão econômica e de acesso a bens de consumo que lhe são essenciais. A ocorrência de um corte indevido de serviços públicos, tais como água, energia e até mesmo de serviços de telecomunicação, determinam condições extramente desfavoráveis ao consumidor e a sua dignidade existencial, reclamando, por consequência uma ação enérgica e pronta da jurisdição.

Isso não significa que as garantias processuais do fornecedor serão olvidadas ou mesmo relativizadas ou desconsideradas, em prol do pronto atendimento aos declames consumerista.

Por exemplo, o princípio do contraditório e da ampla defesa, certamente, confere a principal característica do processo civil, qual seja a de que qualquer tipo de medida judicial de conteúdo decisório dependa, em regra, do esclarecimento prévio da verdade. Esse fato é descrito por Marinoni e Arenhart:

Perceba-se que o verdadeiro obstáculo para o juízo antecipatório sempre foi a possibilidade de arbítrio do juiz; por isto e que se pensou em garantia de participação das partes (contraditório). Contudo, a doutrina antiga, para não falar diretamente na possibilidade de arbítrio do juiz e na necessidade de preservação do contraditório, preferiu aludir a busca da “certeza jurídica” (ou da verdade) como pressuposto para a execução. (MARINONI; ARENHART 2010, p.210).

Entretanto, para os autores,

As novas exigências de tutela jurisdicional célere e pronta - responsáveis, inclusive, pela transformação da tutela cautelar em técnica de sumarização do processo de conhecimento — *transformaram o princípio da nulla executio sine titulo em mito*. Em outros termos: os novos conflitos, por sua própria natureza, deixaram clara a necessidade de tutela antecipatória, ou seja, de realização do direito no curso do processo de conhecimento. (MARINONI; ARENHART 2010, p.210).

Com acerto, o Código de Defesa do Consumidor determinou, de acordo com o artigo 84, que " Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento."

Através desse mecanismo de índole geral (cláusula geral de processo) e finalística, a jurisdição foi municiada com o poder acautelatório, conforme § 3º, do mesmo artigo, para o qual, em "Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu." (BRASIL, 1990).

Nas argumentações de Marinoni, temos que:

Aliás, os arts. 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor não se prestam apenas para a tutela das obrigações de fazer e de não fazer ou para a tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer. Tais artigos estabelecem técnicas processuais (sentenças e meios executivos diferenciados) que servem para a prestação de várias tutelas, entre elas a tutela específica da obrigação contratual inadimplida e a tutela inibitória (por exemplo). (MARINONI, 2011, p.71)

Desta forma, a adoção de medidas acautelatórias, sejam de viés cautelar ou antecipatório de mérito, deve ter foco na finalidade material de sua realização e não nos aspectos processuais liberais típicos do Código de Processo Civil, ainda incrustados no imaginário jurisdicional.

É preciso, portanto, que a jurisdição se liberte dos dogmas de sua atuação, no tocante à concessão de medidas acautelatórias, máxime no ambiente do contrato

de consumo, considerando-se que a urgência lhe é da própria natureza, visando determinar, com a maior rapidez possível, todas as medidas que possam se consubstanciar em efetiva tutela contratual do consumidor.

O principal é que a jurisdição se atente para a realidade de que dispõe de um verdadeiro poder geral de cautela em matéria de litígios consumeristas e, passe, por decorrência, a utilizá-lo para a maximização da proteção contratual do consumidor.

5.2.4 Matéria contratual de consumo como questão de ordem pública

Pensar o Direito do Consumidor como Direito Privado pode implicar, à primeira vista, em uma consequência interpretativa que conduz a uma tutela projetada para levar em conta a disponibilidade de direitos e a atuação da vontade dos litigantes.

Embora os contratos de consumo sejam celebrados, na maioria dos casos, por particulares (empresas fornecedoras e consumidores pessoa física, profissionais liberais e consumidores pessoa física, empresas fornecedoras e empresas consumidoras, profissionais liberais e empresas consumidoras) a relação jurídica é de interesse social e as leis que a regem, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, são de ordem pública.

O entrelaçamento entre o Direito Privado e o Direito Público é uma das consequências da participação do Estado, inclusive do Estado-Juiz, nas relações entre particulares, notadamente, pelo modelo constitucional, que pressupõe a intervenção do Estado, como mediador de conflitos e como promotor da igualdade substancial entre as pessoas e classes. Claus-Wilhelm Canaris, argumenta que:

[...]o direito privado é apenas direito “ordinário”, e esta, enquanto tal, na estrutura hierárquica da ordem jurídica, num plano *sob* a Constituição. Constitui, pois, um imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior* (CANARIS, 2009, p.27-28).

A compreensão do Direito Privado como um direito que não pertence ao livre desiderato dos particulares é de crucial importância para a tutela do contratual do

consumidor, que, como visto ao longo deste trabalho, de fato não exerce qualquer ato de liberdade ou de autonomia.

Para a atuação jurisdicional, a compreensão das questões consumerista como sendo questões de ordem pública, define a postura a ser seguida e impõe ao juiz a visão de que ele é parte da solução e, principalmente, parte da construção da solução, não estando vinculado apenas ao que as partes lhe oferecem em matéria processual e em matéria cognitiva.

Nas questões de consumo, o juiz não pode ser um autômato reproduzidor e aplicador do texto legal ou, pior, do texto contratual, porque ele está predisposto ao fornecedor, no mais das vezes.

Essa postura é também defendida por Canaris:

Com efeito, independentemente de todas as controvérsias em tomo da questão da natureza *normativa* do “direito dos juízes”, pelo menos sob o ponto de vista *fático* e, em grande medida, apenas a jurisprudência que confere as leis pleno conteúdo, criando, portanto, *law in action* em contraposição a *law in the books*, e que, assim, influencia decisivamente as consequências práticas da legislação para as posições jurídicas fundamentais dos cidadãos (CANARIS, 2009, p.40).

Projetando-se essa lógica para a tutela contratual do consumidor, a jurisdição pode e deve, a propósito do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, protagonizar todas as medidas necessárias para a realização do seu compromisso tutelar, o que inclui a declaração de nulidades, a modificação do pacto e seu realinhamento com o razoável e com o justo.

E desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, o qual logo no seu primeiro artigo textualizou que estaria a estabelecer “normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública[...]”, a doutrina e a jurisprudência sempre evoluíram nesse mesmo sentido. (BRASIL, 1990). Para Cláudia Lima Marques, cabe,

[...] ao Poder Judiciário, no âmbito do processo em curso, e à administração pública assegurar a efetividade das normas de defesa do consumidor, inclusive conhecendo de ofício a sua violação[...] (MARQUES, 2011, p.907-918).

Mas, incrivelmente, o Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se de forma absurdamente contrária ao fluxo evolutivo posterior ao advento do Código de Defesa do Consumidor, negando a possibilidade da atuação jurisdicional de ofício, no

tocante à vedação de conhecimento de abusividades, que não estejam expressamente pleiteadas pela parte interessada.

O assunto é o tema do item seguinte, que, na linha da missão constitucional do Estado na proteção ao consumidor, questiona a constitucionalidade do posicionamento do Tribunal sobre a questão.

5.2.5 A inconstitucionalidade da Súmula 381, do Superior Tribunal de Justiça

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem pelo édito da Súmula de nº 381 com o seguinte texto: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 05/05/2009) .

A razão para tanto, veio dos procedentes que entendiam que, ao conhecer de ofício de cláusulas abusivas, o julgador estaria violando o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, pela prática de julgamento *extra petita*, já que conheceria de pedidos e matérias não suscitados na postulação ou até mesmo na defesa.

Importa notar, que, não obstante o argumento de índole meramente processual civil, do qual se utilizou o Superior Tribunal de Justiça, a redação do verbete faz referência expressa à qualidade dos contratos alcançados, quais sejam os contratos bancários.

Não é, portanto, coincidência o fato de serem os contratos deste jaez os que maiores dissabores causam à sociedade de consumo, justamente pela abusividade de cláusulas que determinam o flagelo da onerosidade excessiva aos consumidores.

Assim, é possível supor o imenso impacto negativo da referida Súmula 381, na tutela do consumidor contratante, na medida em que os problemas relacionados às relações negociais e contratuais de natureza bancária, ocupam destaque substancial, máxime na economia brasileira, onde o crédito tomado de instituições

bancárias ou congêneres representa um dos pilares da economia e do acesso aos bens de consumo⁴⁵.

Por vários ângulos que se possa imaginar a atividade interpretativa de que se utilizou o Superior Tribunal para o édito da Súmula 381, nenhum traço de racionalidade é possível ser encontrado. De início, ao realocar o ser humano para o centro da proteção jurídica do Estado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, não deixou sem vez a questão consumerista, fazendo menção expressa à sua proteção, o que se seguiu em outros importantes pactos internacionais já tratados nesta obra.

Resta claro, que todas as macroconvenções internacionais aqui relacionadas, se concentram no modelo de liberdade econômica, com a funcionalidade de promover a dignidade da pessoa humana, através do seu acesso aos bens que lhe possam proporcionar uma existência digna.

É nesse sentido que se conformam os Direitos Sociais e Econômicos, destinados a proporcionar à pessoa humana a justiça econômica, acesso e distribuição dos recursos financeiros e de bens de consumo, retirando ou evitando qualquer tipo de marginalização ou situação de pobreza, conforme salienta Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2013, p.162).

Não há como negar, que as questões afetas ao Direito do Consumidor, como é o caso dos contratos bancários e os contratos em geral, devem ter tratamento e envergadura de questões afetas aos Direitos Humanos. Por assim ser, a matéria suscita um olhar diferenciado da jurisdição, porquanto elas passam a ser metas de Estado e não apenas conflitos restritos aos interesses e disponibilidades das partes envolvidas no processo. Logo, ao retirar do julgador a possibilidade de intervenção, em favor do consumidor, no tocante ao reconhecimento das abusividades nos contratos, o entendimento, mitiga, por óbvio, as forças e a operacionalidade do Estado brasileiro, naquilo que ele, por mais de uma vez e em mais de um pacto internacional se comprometeu a cumprir.

45 A expansão do crédito no Brasil se deu de forma excepcionalmente rápida nos últimos 10 anos. De maneira concomitante ao aumento expressivo na demanda por crédito tem ocorrido o endividamento das classes de renda mais modestas, com crescimento significativo da participação do cartão de crédito, modalidade que apresenta o maior indicador de inadimplência (SBICCA; FLORIANI; JUK, 2012, p.6).

A Súmula 381, portanto, é violadora de direito humano fundamentalizado a receber uma prestação positiva do Estado. É o que se destaca das observações de Robert Alexy, ao tratar dos direitos a ações positivas:

Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação [...] Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações são relações triádicas entre um titular do Direito Fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva (ALEXY, 2011. p. 433-445).

Sem dúvida alguma, um dos fundamentos do verbete sumular situa-se na disponibilidade dos direitos tratados nos contratos, revelando sua contaminação com os ideias liberais. Sobre isso, convém trazer à colação o pensamento de Pietro Perlingieri acerca do olhar que se deve ter quanto às concepções patrimoniais, especialmente quando se rompe o paradigma do individualismo egoísta, rumando a uma sociedade mais social:

Em um ordenamento que se caracteriza pela socialidade e que legitima a superação individualista do indiferente jurídico (cfr. *retro*, cap. 5º §62), o próprio regime jurídico - ainda que representado por princípios e não por normas regulamentares - deve concernir às utilidades individuais e sociais. Isso permite considerar juridicamente relevantes não somente os bens patrimoniais, mas também aqueles que são protegidos prescindindo da própria relevância econômica. A relevância pode-se configurar também no regime de circulação do bem, das modalidades de acesso, ou seja no regime de vicissitudes que lhe interessam (PERLINGIERI, 2002, p. 236)..

Dessa forma, a Súmula 381 viola direito humano, na medida em que afasta o Estado de sua tutela, deixando de levar em conta a natureza irrenunciável de que são revestidas as questões consumeristas.

Na esteira dos discursos humanistas e das projeções internas dos pactos celebrados pelo Brasil, voltados, dentre outras coisas, para a tutela dos Direitos Sociais e Econômicos, a Constituição Federal de 1988, em matéria de Direito do Consumidor, destinou especial atenção ao tema, especialmente ao colocar a tutela jurídica das relações entre consumidores e fornecedores como dever do próprio Estado.

Logo, ao contrário do entendimento sumular, por força constitucional, o Estado, inclusive o Estado-Juiz, deverá tomar partido das questões afetas à proteção do consumidor, o que alcança também os contratos, já que não houve

qualquer restrição ao preceito protetivo, que é geral, por excelência. Relembre-se que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[*omissis*]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL, 1988)

Com efeito, a remissão constitucional à proteção do estatal nos termos da lei foi levada bastante a sério pelo constituinte originário, tanto, que fez prever no artigo 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o prazo de cento e vinte dias para elaboração de projeto do que viria a ser o Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1988). A partir do mandamento constitucional, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi alçado ao ordenamento jurídico brasileiro por obra da Lei nº 8.078/90, que já no seu artigo inaugural deu a tônica de sua envergadura e natureza, afirmando-se como lei de ordem pública. (BRASIL, 1990).

A partir da interpretação gramatical do texto do referido Código, já seria possível coroar de absurdo o entendimento externado pela Súmula 381, na medida em que, em se tratando os contratos celebrados entre consumidores e bancos como questão jurídica de ordem pública, o julgador está autorizado a conhecer de ofício de questões que não foram suscitadas pelas partes. O próprio Tribunal assim o faz quando invalida de ofício a cláusula de eleição de foro diverso do domicílio do consumidor, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CORRETORA DE BOLSA DE VALORES. COMPETÊNCIA. FORO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. REVISÃO. SÚMULA 5 E 7 DO STJ.

1. Nos contratos de adesão, o foro de eleição contratual cede em favor do local do domicílio do devedor, sempre que constatado ser prejudicial à defesa do consumidor, podendo ser declarada de ofício a nulidade da cláusula de eleição pelo julgador. Precedentes.

2.[*omissis*]

3. Agravo regimental não provido.

(Brasil, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 476.551/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 02/04/2014)

Ainda, no tocante às questões de ordem pública, temos que, segundo o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COISA JULGADA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EFEITO TRANSLATIVO. APLICABILIDADE AOS RECURSOS ORDINÁRIOS.

1. .[omissis]

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que as instâncias ordinárias podem conhecer ex officio de matéria de ordem pública, em respeito ao efeito translativo dos recursos ordinários e ao princípio da economia processual, possibilitando, inclusive, a extinção do feito principal sem resolução do mérito.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Brasil, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1306712/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 10/09/2014)

Porque então o mesmo Tribunal que enfrenta a questão da abusividade da cláusula de eleição de foro sob a perspectiva de seu conhecimento de ofício edificou tratamento *sui generis* destinado aos contratos bancários?

Certamente, o enunciado sumular não faz o menor sentido, mesmo se observarmos o porquê de sua existência sob a justificativa utilizada pelo próprio tribunal. É que o centro do raciocínio do Superior Tribunal está na impossibilidade de conhecimento da abusividade de ofício, em função do que determina o artigo 515, do Código de Processo Civil, que trata do efeito devolutivo do recurso de apelação. Eis o texto do artigo: "A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada."(BRASIL, 1973).

Acontece que, nem mesmo sob tal ótica, é possível observar-se qualquer justificativa jurídica para o enunciado, uma vez que as questões de ordem pública, não só podem, mas devem ser conhecidas de ofício, máxime porque o Estado tem o poder/dever de intervir em tais questões e o juiz é o instrumento de execução da jurisdição estatal.

Olvidando-se de causas menos nobres motivadoras do enunciado 381, fica clara a tradição liberalista, individual e patrimonialista ainda impregnada na Corte Superior!

Como evidencia a melhor doutrina, a tradição do processo civil sempre apontou para uma ação individual, estando "deslocado", quando o assunto é tutela de massas (MANCUSO, 1994, p.192). E a tutela do consumidor, embora feita no âmbito de um processo individual, sempre tem tônica social, a partir da própria

noção de massificação dos contratos, ou seja, o mesmo contrato pode render para milhares de consumidores, idêntico malefício decorrente da mesma ou das mesmas cláusulas abusivas que rendeu a outro.

É também essa a observação de César Fiúza e Giordano Bruno Soares Roberto, ao analisarem que “foi a produção em massa que exigiu a comercialização em massa dos produtos, fazendo com que a contratação perdesse, sistematicamente, o caráter de livre e demorada negociação para ganhar caráter mais geral.” (FIÚZA; ROBERTO, 2002, p.56).

Mas, além disso, convém trazer à colação, o que o próprio Código Civil, já nascido num ambiente de feição constitucional, aponta quanto ao regimento das nulidades nos negócios jurídicos:

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes. (BRASIL, 2002)

Sobre o alcance de tal dispositivo, Cesar Fiúza afirma categoricamente que "cabará ao juiz pronunciá-las de ofício se delas tomar conhecimento". (FIÚZA, 2013, p. 307).

Não é demais ressaltar, nesse trilha, que as cláusulas contratuais ditas abusivas, violam a ordem jurídica, razão pela qual são expressamente proibidas pelo CDC, conforme a Seção II, Das Cláusulas Abusivas: " Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:". (BRASIL, 1990)

É preciso que o Estado-Juiz, assuma, sem medo e com prontidão, o papel de anular contratos e cláusulas, tão logo verifique seu caráter abusivo ou sua discrepância com a equivalência material, independente de apontamento específico no processo civil.

A meta da jurisdição é tutelar a relação jurídica como um todo, da forma mais abrangente possível. Se a proteção do consumidor está a cargo do Estado, o Estado-Juiz deve fazê-la no sentido mais eficiente que puder. Robert Alexy chega a mencionar que os princípios são mandamentos de otimização (ALEXY, 2012, p.90).

Não há que se ter tantas reservas à intervenção de ofício do juiz quando se tem claro um cenário de efetiva dominação do consumidor.

Nos contratos de longa duração, por exemplo, é preciso se verificar a quem aproveita a manutenção do pacto e se há compartilhamento justo de benefícios, pois, do contrário, a determinação do fim do pacto é medida que se impõe.

No tocante aos juros, inclusive os remuneratórios, devem ser objeto de atenção específica do Estado-Juiz, porque neles se concentram boa parte das violações aos direitos econômicos dos consumidores e a própria agressividade do mercado é neles projetada.

Os encargos da mora que determinam, muitas vezes, a onerosidade excessiva do contrato, devem ser combatidos com veemência, porque, dentre outras coisas, são materialmente injustos e sua estipulação é unilateral e impositiva, sem qualquer espaço dialógico.

Mais que isso, a finalidade dos contratos e, especificamente, dos contratos de consumo, nunca foi a de aprisionar o consumidor, por qualquer forma, máxime a econômica.

Por isso, em sentido amplo, toda forma de exercício injusto⁴⁶ de contrato deve ser combatida pela ação jurisdicional e a Súmula 381 coloca-se na contramão da evolução jurídica em nítido posicionamento de retrocesso, quanto à tutela de um direito humano!

É preciso um olhar da jurisdição que dê realce aos objetivos da ordem econômica, através de uma interpretação pós-positivista, atento ao estabelecimento de uma tutela libertária do consumidor, especialmente, quando este se encontra vinculado a pactos danosos aos seus direitos. Portanto, o pensamento do Superior Tribunal de Justiça é estritamente positivista e sua negação encontra respaldo no pensamento de Lucas Gontijo(GONTIJO, 2011, p129).⁴⁷

Por seu turno, Ricardo Luis Lorenzetti, coloca a questão do papel da jurisdição sob a ótica da justiça distributiva, para que se observe o contrato em função dos seus reflexos econômicos. Essa abordagem somente é possível no sistema pós-positivista, advertindo Lorenzetti acerca da observância da decisão sob uma conjunção de aspectos tais como a garantia de igualdade, os reflexos

46 No sentido da violação normativa ou do abuso de direito.

47 A teoria antipositivista apresentada não pretende chegar ao limite de um, por assim dizer, desconstrutivismo jurídico. Procura-se tão-somente, flexibilizar a rigidez dos métodos de conhecimento e a aplicação do direito, a fim de trazer maior aproximação deste com as pejejas humanas. Busca-se, pois, particularizar a aplicação dos métodos jurídicos e mantê-los atentos às possíveis exigências peculiares de cada caso (2011, p. 129).

contratuais sobre os demais consumidores e , por fim, a estrutura do sistema como um todo. (LORENZETTI, 1998, p.554).

Ainda segundo Ricardo Lorenzetti, desta vez em outra obra, é necessária uma série de posturas do Estado-Juiz, como por exemplo, a relativização dos pactos, a interpretação favorável das cláusulas contratuais duvidosas em favor do consumidor, a nulidade das cláusulas e pactos que, mesmo consentidas, revelem abusos, bem como, o estabelecimento de uma igualdade material subjetiva e quanto à fruição e onerosidade do objeto do contrato (LORENZETTI, 2010, p.47).

Enzo Roppo, nessa linha, observa que há uma tendência a exigir uma nova postura do juiz, perante o enfrentamento das demandas que versam sobre contratos. Para ele esse movimento:

corresponde a um fenômeno - que parece caracterizar muitos ordenamentos contemporâneos - de ampliação do poder do juiz e de exaltação de sua capacidade de valorar factos e situações de modo responsável e outónimo, à luz de princípios gerais mais do que em aplicação mecânica de previsões legais analíticas e casuísticas. (ROPPO, 2009, p.175)

E o que praticou o Superior Tribunal de Justiça e vem praticando a partir da Súmula 381, nada mais é do que uma demonstração de retrocesso e resistência do Tribunal, conforme o próprio Roppo argumenta:

A teoria política do "contratualismo" mostra, assim, à evidência como o conceito de contrato pode ser utilizado, e foi historicamente utilizado, *com uma função ideológica*, quer dizer - uma vez que é este o significado técnico de "ideologia" - com uma função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operado com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses. Mas isso resulta ainda mais claramente, e para nós mais significativa e relevantemente, se analisarmos as doutrinas e os princípios em matéria de contrato elaborados pela ciência jurídica e codificados pelos legisladores a partir do século passado, no apogeu da hegemonia política cultural da classe burguesa, e que - embora de várias formas contestados e abalados, - ainda hoje continuam a exercer a sua influência. (ROPPO, 2009, p. 29-30)

Portanto é preciso que o Estado se faça forte e não ceda aos caprichos daqueles que dominam e detém o capital, especialmente quando o entendimento de um tribunal tão importante como é o Superior Tribunal de Justiça viola a Constituição Federal e todo o sistema de proteção ao consumidor.

5.3 Tutela coletiva

Como visto até aqui, a jurisdição atuará na defesa do consumidor contratante, de modo que consiga tutelá-lo contratualmente, objetivando atender as suas necessidades e considerando todas as fragilidades inerentes à sua condição de dependência do fornecedor.

Deve ser registrada a importância da tutela individual, porque representa um espaço para o exercício pessoal da cidadania. Entretanto, o Poder Judiciário brasileiro, tem dado mostras de que sua estrutura e filosofia ainda não se modificaram o suficiente, para que através das demandas individuais, seja possível uma resposta efetiva, que tenha a capacidade de alterar os rumos dos ilícitos e dos abusos praticados contra o consumidor, numa verdadeira tarefa de transformação social.

Por outro lado, a condição de consumidor é geral e, portanto, representa um nítido caso de interesse geral de toda a sociedade, conforme descrito no próprio texto do Código de Defesa do Consumidor, quando afirma se tratar de uma lei de "interesse social". (BRASIL, 1990).

Em um país com mais de duzentos milhões de habitantes, que também são todos consumidores, e considerando o acesso ao consumo verificado nas últimas décadas, bem como, o processo de industrialização, expansão do crédito e da difusão comercial protagonizada, em grande parte, pelas tecnologias da informação; tudo isso aliado à incapacidade administrativa do Estado em regular administrativamente as atividades de fornecimento, e o estrangulamento da capacidade jurisdicional, frente as demandas individuais, tem-se um cenário que está a reclamar a proteção contratual do consumidor dentro de uma visão coletivista.

Em defesa da tutela no âmbito coletivo, Rizzato Nunes afirma que:

Com esse tipo de ação, evita-se a multiplicidade de demandas idênticas que, além de sobrecarregarem inutilmente o já carregado judiciário brasileiro, ensejaria o risco de ações conflitantes trazendo inegável situação de instabilidade jurídica. Além de tudo o que se expôs, é de se anotar que, quando está em jogo não apenas direitos individuais homogêneos, mas relevantes interesses sociais, em função do atingimento de grandes camadas de população de consumidores e produtos e/ou serviços,[...] (NUNES, 2011, p. 848)

Segundo o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, a "defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.". (BRASIL, 1990).

Mas o Código, ainda no artigo 81, anota três categorias de consumidores aglutinados coletivamente, para efeito de defesa coletiva, quais sejam:

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990).

Dentro de tais grupos, destaca-se o dos interesses ou direitos individuais homogêneos, porquanto, bem representam um fato social recorrente, ou seja, indivíduos (não propriamente um grupo, a rigor) que, na sua relação com um determinado fornecedor, encontram-se atingidos ou potencialmente atingidos pelo mesmo fato, ainda que com resultados individualmente distintos. É o caso dos prejuízos decorrentes de um contrato idêntico que através de uma ou mais cláusulas lesivas, prejudicou diversos consumidores individualmente.

Esse arquétipo é realmente o da sociedade de massa, das contratações de massa. Daí a importância de tê-los protegidos pela tutela coletiva, na medida em que um só fato, um só contrato, uma só cláusula tem o poder de atingir diversas pessoas, ensejando diversas ações judiciais individuais. Disso também decorre um legítimo interesse social do Estado na tutela sob o prisma dos interesses ou direitos individuais homogêneos.

Como anota Bruno Miragem, "[...] assim como as relações jurídicas tornaram-se massificadas, os conflitos dela decorrentes assumem este mesmo caráter, dando ensejo a conflitos de massa[...]" (MIRAGEM, 2010, p.458).

Assim, a tutela coletiva do consumidor será estudada como um fator a ser também protegido pela jurisdição, porquanto interessantíssimo aos desígnios do Estado para a proteção contratual do consumidor.

5.3.1 Maximização da legitimação ativa: o caso da legitimação da Defensoria Pública como problema de interpretação jurisdicional

Toda espécie de ação e, toda espécie de ação coletiva, poderá ser adotada para a missão tutelar dos contratos de consumo, mas, nas demandas de natureza coletiva, embora o consumidor seja o titular do direito violado ou sob iminência de violação, o direito de ação é exercido nos ditames de uma legitimação legal.

No plano coletivo, Rodolfo de Camargo Mancuso chega a abordar acerca de uma nova concepção de jurisdição que se caracterizou por se substituir `aos indivíduos, passando a "[...]instrumento de realização *efetiva* ordem jurídica[...]", o que inclui, na sua visão, "[...]os interesses de certas "massas", como os consumidores[...]." (MANCUSO, 1994, p.128).

Com o processo de abertura democrática, promovido pela Constituição Federal, e esse é o sentido da Constituição, a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/1985), veículo primordial da tutela coletiva do consumidor, sofreu diversas alterações, com destaque para a inclusão da Defensoria Pública, que passou a exercer a legitimidade ao lado do Ministério Público:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
I - o Ministério Público;
II - a Defensoria Pública;
III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios
IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
V - a associação que, concomitantemente:
a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (BRASIL, 1985).

Esse passo foi importantíssimo, porque foi somada uma força extremamente capilar, para promoção da tutela coletiva. Deve ser considerado que o Ministério Público nunca foi vocacionado para as políticas de atendimento à população. As próprias instalações físicas do Ministério Público denunciam que se trata de uma Instituição muito mais de gabinete, voltada para a titularidade da ação penal e de investigações civis no campo da administração pública, como no caso da improbidade administrativa, do que propriamente para o atendimento da população, do povo, das massas. Não que o promotor de justiça, quando suscitado, não o faça.

Mas o fato é que a Defensoria Pública eclodiu constitucionalmente, em especial após a Emenda 45 e, assim, cresceu vertiginosamente atingindo capilaridade que alcança o consumidor com maior facilidade. Além disso, a Defensoria é institucionalmente *voltada para o atendimento popular*, assim como suas instalações e todo o seu aparato administrativo de atendimentos, retornos, audiências o são.

Situação ideal seria aquela em que as duas Instituições pudessem estar o mais próximo possível dos consumidores. No entanto, pesa contra a Defensoria Pública entendimentos que reduzem sua legitimação em matéria de consumo.

Como descrito no início deste tópico a tutela coletiva do consumidor é exercida em nome de três categorias a saber, a dos direitos e *interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. Para o Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública somente está legitimada, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, ou seja, pessoas notadamente necessitadas. Eis o teor do lamentável acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES.

LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO.

1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória (CPC, art. 530).Excepcionalmente, tem-se admitido o recurso em face de acórdão não unânime proferido no julgamento do agravo de instrumento quando o Tribunal vier a extinguir o feito com resolução do mérito.

2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito.

3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que "comprovarem insuficiência de recursos" (CF, art.

5º, LXXIV), dando concretude a esse Direito Fundamental.

4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - "a defesa dos necessitados" (CF, art. 134) -, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro.

5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.

6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade.

7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado.

8. Diante do microsistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes.

9. Recurso especial provido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1192577/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 15/08/2014)

Mais uma vez, na contramão da história e fomentando o retrocesso, o Superior Tribunal de Justiça impõe redução ao âmbito de atuação da Defensoria Pública, prejudicando diretamente diversos consumidores.

O critério adotado pelo Tribunal foi apenas, única e exclusivamente o econômico. Em matéria de consumo, todavia, o aspecto econômico é apenas um de inúmeros outros aspectos e situações que colocam, até mesmo os ricos e pessoas da classe média alta, em situação de vulnerabilidade. Além disso, o olhar do Tribunal Superior foi angusto para a questão social que se entremeia aos interesses individuais de cada um dos grupos. Ao dissolver a ação coletiva de forma terminativa, o Tribunal tão somente contribuiu para que os interesses, que até então estavam sendo jurisdicionados de forma una, se multiplicassem potencialmente, já que cada um tenderá a ajuizar sua própria demanda!

Importa salientar, de outro lado, que o grande objetivo da ação e da tutela coletiva é o da racionalidade do processo e do amplo âmbito de realização material da tutela. Nesse sentido, Bruno Miragem, acerca da legitimação defensorial, mesmo antes até da inclusão da Instituição, no rol dos legitimados expressos, já defendia que "a utilidade da tutela coletiva nestes casos não apenas vem em benefício dos

representados, quanto mesmo em favor do próprio Poder Judiciário, em vista da economia processual a ser realizada. (MIRAGEM, 2010, p.474).

Se atento ao argumento do Superior Tribunal de Justiça, de que somente os carentes podem compor o grupo a ser defendido em ação coletiva patrocinada pela Defensoria, cumpre esclarecer que o papel do Direito do Consumidor e, de uma forma geral, da própria matriz constitucional fundada na igualdade substancial, é o de, nas relações individuais e sociais considerar a igualdade no caso concreto.

Abre-se, portanto, espaço para o questionamento se de fato há suficiência ou hipersuficiência financeira dos consumidores contratantes de planos de saúde, por exemplo, como foi o caso do aresto anteriormente transcrito, em relação à operadora do aludido plano? Obviamente não há! Destarte, por este ângulo, torna-se ainda mais descabido o afastamento da legitimidade defensorial de forma universal em matéria de consumo, considerando que o abismo existente entre consumidor e fornecedor foi mantido intacto. Relebrando-se Alexy, "Se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório". (ALEXY, 2011, p.410).

Assim, o papel da jurisdição na contemporaneidade é o de observar a legitimidade da Defensoria Pública em matéria de ação coletiva de consumo, especialmente, quando voltada para a tutela contratual do consumidor, como uma oportunidade de realizar materialmente a justiça social econômica sob uma perspectiva mais aberta, mais comunicativa, permitindo a compreensão do conflito e atuando em prol de sua solução, onde o dogmatismo da visão liberal de quem é pobre ou rico, não seja levada em conta, como fez o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a jurisdição não pode ser o obstáculo a atuação de nenhuma Instituição, privada ou pública, que intente a defesa contratual do consumidor. Deve, por outro lado, racionar a partir de um ideal de abertura democrática do processo jurisdicional e da participação, a mais plural possível, na defesa consumerista.

Especialmente no caso da Defensoria Pública, dada a sua importância estratégica para a proteção coletiva do consumidor, essa tarefa deve passar por uma nova compreensão dos conceitos estritos e meramente financeiros de pobreza, ainda forjados no período getulista, nos anos cinquenta, em um Brasil predominantemente rural e de industrialização iniciante.

Afinal, como expõe Edgar Morin, pobreza é "um enfraquecimento das potencialidades de escolha, como a *ausência de controle sobre sua condição e seu*

destino." Ora, isso não é outra coisa, senão, a própria ideia condição do sujeito consumidor! (MORIN, 2013, p.148). É o caso do consumidor, que é verdadeiramente pobre, sendo rico ou sendo pobre.

5.3.2 Ações coletivas como alternativa às demandas reprimidas

Um único contrato bancário, por exemplo, contendo uma ou mais cláusulas lesivas aos consumidores tem a capacidade de projetar essa lesividade por todo o tecido social, atingindo os consumidores propriamente ditos, mas também toda a sua órbita, a exemplo da família e do próprio comércio com quem se relaciona.

Por essa exemplificação, a racionalidade do uso da ação coletiva em matéria contratual de consumo já justificar-se-ia plenamente, porque implicaria em uma tutela mais ampla, do ponto de vista do quantitativo de beneficiados e do amplo e positivo efeito social que projetaria, bem como do alívio à carga jurisdicional, a qual naturalmente, seria aliviada pela solução coletiva, implicando em satisfação dos interesses e direitos pessoais. As demandas individuais seriam economizadas.

5.3.2.1 Tutela do microdano contratual

O interesse de agir, tanto do ponto de vista jurídico-legal, como da própria inclinação ou motivação do consumidor, depende substancialmente da relevância financeira ou consequencial da ação ou da omissão do fornecedor em quaisquer das fases contratuais.

Nesse contexto, há certas violações de direitos, bem como, certos abusos praticados pelos fornecedores, os quais sequer são percebidos pelo consumidor e quando são, não representam individualmente muita relevância. Tomem-se como exemplos, os descontos indevidos praticados pelos bancos e operadoras de cartões de créditos, a pretexto de taxas das mais diversas possíveis, ou até mesmo sob a rubrica para lá de lacônica de *outros serviços*. Essas práticas lesivas fazem parte do cotidiano do consumidor, mas passam longe de qualquer tutela efetiva do Estado, e do Estado-Juiz, porque sua dimensão econômica individual não justifica o movimento da máquina jurisdicional para a tutela de pequenos danos ou pequenas

cifras. O fato é que esses danos corroem a sociedade e geram, de outro lado, imensos lucros para os fornecedores. Imagine-se que se um banco descontasse indevidamente um Real apenas de cada correntista e suponha-se que tal banco (e isso não é exagero algum) fizesse isso com seus trinta milhões de correntistas, esta prática geraria trinta milhões em vantagem indevida para o banco!

Essa situação hedionda ocorre mais do que se possa pensar e nada é feito individualmente, porque não se cogita da propositura de uma ação individual para reclamar pela devolução de apenas um Real! Eis o *microdano* que enseja combate pela via da tutela coletiva de consumo.

O exemplo dos bancos pode ser ampliado para outros segmentos, como o das telecomunicações e planos de saúde ou qualquer tipo de relação contratual que se submeta ao regime de pagamento por faturas, sempre entremeadas de dados incompreensíveis e valores que não representam *a essência do contratado*.

Em tais casos o consumidor quase sempre, irá pagar a fatura, posto que a reclamação, além de ineficiente, lhe tomaria tempo e lhe renderia bem mais prejuízos.

Portanto, através da ação coletiva seria possível um único comando jurisdicional contra o fornecedor destinado à correção e a reparação de todos os prejuízos, o que dificilmente, por todos os motivos já enumerados, faria o consumidor na sua individualidade.

Nesse sentido, justifica-se, ainda mais, a legitimação defensorial de forma universal em matéria de consumo.

5.3.2.2 Inércia do consumidor

A vida contemporânea tornou-se um acontecimento cíclico, recursivo, que não oferece muitos espaços, nem muitas alternativas para qualquer reação. O indivíduo simplesmente segue, por que tem que seguir. O trabalho é para o consumo e o consumo é para o trabalho. Pouco resta além disso. E nesse caminho, solapado pelas injustiças que lhe impõe o mercado capitalista, vê-se esgotado de sua forças, pela própria estrutura do capital a que está subordinado.

Para Hannah Arendt

O último estágio da sociedade de trabalhadores, o qual é a sociedade de empregados, requer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente houvesse sido submersa no processo vital global da espécie e a única decisão ativa exigida do indivíduo fosse deixar-se levar, por assim dizer, abandonar a sua individualidade, as dores e as penas de viver, ainda sentidas individualmente, e aquiescer a um tipo de funcionamento entorpecido e "tranquilizado" de comportamento. (ARENDR, 2013, p.403).

De fato, o consumidor não dispõe de poder de reação. Em termos práticos, o consumidor deve manter seus compromissos diários, seus horários e suas metas de trabalho. Enclausurado nesse contexto, não se vê em condições de procurar a defesa de seus direitos, que além de tudo é caro, demanda tempo e algum conhecimento preliminar, que lhe permita saber, pelos menos, por onde começar.

Outro ponto relevante é a crença da sociedade e de seus membros na incapacidade das instituições, entre elas o próprio Poder Judiciário. A cultura da lentidão dos processos traduz-se em uma descrença generalizada de que *não compensa* postular por justiça. Poucos são os que tentam, poucos são os que conseguem chegar ao fim. Entretanto, os que chegam, malgrado todo desgaste que um processo judicial traz consigo, em muitos casos, redundam em parca reparação, no caso de danos morais, por exemplo, e parca reparação material também. Além disso, os juros de mora de um por cento, aplicáveis pela justiça, são um fator extremamente compensador para os fornecedores. Se um fornecedor violar o direito do consumidor, vendendo-lhe um produto viciado, a negativa em reembolsar-lhe financeiramente o preço do produto é deveras lucrativa, ainda que posteriormente o faça, por ordem da justiça ou não. O capital não devolvido ao consumidor é reiteradamente rentabilizado no mercado.

Como na jurisdição brasileira as consequências do ilícito em matéria de consumo já são previsível (indenizações pífias e de caráter uniformizado), a tática dos fornecedores de massa (bancos, financeiras, operadoras de telecomunicações, de cartões de crédito, etc.) é o da análise puramente econômica de seus atos. Não há valor ou moral a guiar qualquer ato! A lógica das ações se resume nos elementos do lucro ou do prejuízo. Talvez já esteja passando da hora da inserção de um *punitive damages* no sistema consumerista brasileiro!

Essa realidade colabora fortemente, para a inércia do consumidor e o não exercício de seus direitos, faz com que a lesão praticada em massa pelos fornecedores se consolide silenciosamente.

A ação coletiva, por enquanto, à luz de uma compreensão interpretativa que alargue a legitimação e contemple a Defensoria Pública como condutora de interesses e direitos de índole coletiva (individuais homogêneos, coletivos ou difusos), parece ser o melhor caminho para levar ao conhecimento da jurisdição as questões que, silenciosamente, degradam a sociedade e vilipendiam o consumidor, dia após dia, na contemporaneidade.

5.4 O futuro da jurisdição consumerista

A jurisdição de perfil positivista, evidentemente tem demonstrado ter fracassado em sua missão constitucional de promoção dos Objetivos Fundamentais por não conseguir fazer face à realidade que se construiu com o tempo, com a indústria, com a sociedade em mutação, com o consumismo, enfim, com os dias de *modernidade líquida* (BAUMAN, 2001, p.9) e de *pós-modernidade* (SANTOS, 2009, p.77) e (LYOTARD, 1986, p. xv).

E em meio a tais mudanças, a neutralidade proposta pelo liberalismo estatal não tem guardado sintonia com a missão protetiva⁴⁸ a que se propôs o Estado brasileiro em prol do consumidor. Com isso, deixou e tem deixado o consumidor à sua própria sorte ou, pior ainda, à toda espécie de artifícios do mercado voraz de fornecimento de bens e serviços, especialmente potencializados pelo grande poder da mídia.

Não se quer demonizar as bases em que se fundam o modelo liberal. A propósito, elementos inerentes à jurisdição, tais como a *inércia*, cujo propósito era estar à disposição da vontade livre dos indivíduos, *adstrição ou congruência*, cujo propósito era garantir a imparcialidade e a igualdade das partes, *legalidade*, cujo objetivo era o de garantir segurança e previsibilidade, têm enorme carga benéfica para o Direito. No entanto, perderam completamente o sentido (ou ganharam novos sentidos), na contemporaneidade, onde o traço marcante é a desigualdade como ponto de partida nas relações entre consumidores e fornecedores.

O que ocorreu é que a utopia do liberalismo se congelou nas formas e não chegou aos dias de hoje, senão pelas próprias velhas formas imóveis que não dialogam e, portanto, não se legitimam na contemporaneidade, ou seja, é preciso que a jurisdição busque a efetividade, tendo como missão, para tanto, a proteção ao consumidor, a esta altura repetida exaustivamente.

A utopia, portanto, significa o elemento para a correção das direções da jurisdição, que vai à deriva. É nisso que ela pode, afinal, implicar em uma mudança paradigmática da jurisdição. No estudo do pensamento de Ernst Bloch, Alysson Mascaro ressalta que

⁴⁸ Conforme artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal.

O todo da sociedade capitalista drena energias utópicas, criativas, revolucionárias. As massas, exploradoras e exploradas, ligam-se por relações imediatas de exploração e consumo, sem horizontes pessoais de superação coletiva. (MASCARO, 2013, p.579).

Consequentemente, considerando a realidade contemporânea descortinada, Mascaro afirma que "A vivência do injusto pode abrir campos de luta e de sonhos pelo justo. A utopia concreta é a tomada de consciência coletiva de tais possibilidades do agir revolucionário." (MASCARO, 2013, p.579).

Eis o significado redefinido para utopia. É nesse sentido, que Del Vecchio defende que :

[...] o estudioso do direito, que não queira ser mero exegeta ou instrumento servil da autoridade dos legisladores, ao investigar e aplicar normas jurídicas positivas, não pode eximir-se de erguer o olhar à idealidade[...] (DEL VECCHIO, 1960, p.213).

Ao contrário da jurisdição neutra, ela agora deverá efetivamente defender ideais, demonstrar pretensões, reivindicar o seu protagonismo na defesa do consumidor contratante.

Além disso, a jurisdição deve compreender que é parte do contexto social e não apenas expectadora insensível.

Logo, em meio a tantos abusos praticados no âmbito dos contratos de consumo, que oneram, atormentam, desequilibram e corroem a estrutura social, no contexto do capitalismo dominante, a redefinição do significado da jurisdição dependerá do quanto esta mesma jurisdição tenha a capacidade de ser utópica.

Há, portanto, uma crise derivada da posição desconfortável da jurisdição que ainda conserva diversos elementos do positivismo liberal, estando assentada num turbilhão de vicissitudes como é a sociedade de consumo.

6 CONCLUSÃO

A investigação acerca das características do consumidor, enquanto sujeito contratual, foi de relevante importância para demonstrar sua fragilidade em meio aos negócios da contemporaneidade.

O liberalismo difundiu a sua doutrina pressupondo uma igualdade entre as partes. Consequentemente, a partir de igualdade ideal, os contratos eram

considerados como ato de liberdade, já que, entre iguais não haveria relação de dominância.

Dessa compreensão partia a ideia de que, se as partes livremente exerceram suas vontades, manifestando-as através dos contratos, só caberia ao Estado e também à jurisdição, garantir o cumprimento do pactuado.

Essa lógica jurídica atravessou os tempos e alcançou a contemporaneidade. Todavia, o contexto dos dias atuais não permite o emprego das teorias liberais, porquanto os contratos celebrados entre consumidores e fornecedores nada mais são do que um fruto da automação industrial. Não há contrato por vontade, mas por necessidade.

Quem age por necessidade não escolhe e não é livre. Deitam-se, portanto, os paradigmas da vinculação e da força absoluta dos contratos.

Além disso, o contrato deixa de ser um pacto individual e ganha *status* coletivo, primeiro por ser realizado em larga escala, fenômeno conhecido por massificação dos contratos. Segundo, porque os contratos individuais passaram também a interessar à ordem pública e à sociedade com o implemento das normas (cláusulas gerais) de obediência à função social, boa-fé objetiva e probidade.

Como consequência, a força obrigatória dos pactos foi relativizada e a jurisdição passou à função diretiva dos contratos podendo modificá-los, invalidá-los ou adequá-los (revisão) às diversas realidade do cenário contratual de consumo.

Diante dessas novas concepções, é necessário que a jurisdição modifique seus paradigmas de atuação passando a exercer uma papel mais integrado com a sociedade, bem como desenvolvendo uma atuação protagonista de transformações e mudanças na sociedade de consumo.

A jurisdição até aqui meramente reativa, inerte e imparcial, deve passar à condição ativa de forma que possa contribuir com a construção de uma sociedade mais igual, planejada pela Constituição Federal, o que se dará por diversas políticas públicas de proteção, a exemplo das fiscalizações e regulações administrativas, das revisões legislativas, mas também, pelo papel ativo da jurisdição na contemporaneidade. A utopia é a força que anima a ação protetiva da jurisdição.

Ao cabo, muitos poderiam perguntar se a proposta de mudança dos rumos da jurisdição não reclamaria reformas estruturais, novas leis, diminuição de recursos, redução de instâncias, aumento do número de juízes, incentivo à conciliação, à mediação e às formas de solução alternativa dos conflitos, enfim, tudo aquilo que a

sociedade já está extremamente cansada de ouvir, especialmente no alvorecer das campanhas eleitorais.

Sinceramente, o discurso que prega ser hercúlea a solução, porque quase incontornável é o problema, é justamente o que leva a sociedade aceitar o fracasso da justiça brasileira.

É também esse discurso que leva os próprios juízes a não tomarem parte da solução, porque acreditam que ela deva ser exógena e verticalizada. Em resumo, tem-se a certeza de que não são parte do problema e, portanto não têm compromisso com a solução.

Como diz Alain Touraine, "É preciso refutar resolutamente todos os discursos que procuram convencer-nos da nossa impotência." (TOURAINÉ, 1999, p.158).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed., atual. de acordo com o novo Código Civil, (Lei n.10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Alexandre de Freitas. **O Mundo Globalizado**: política, sociedade e economia. 5.ed. São Paulo: Contexto, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado (REDE)**, Rio de Janeiro, n. 18, p. 71-91, abr.-jun. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2015.

BAUMAN , Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN , Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. - Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

BITTAR, Carlo Alberto. **Contratos Civis**. 3. ed. rev. atual.e ampl. por Carlos Alberto Bittar Filho, Márcia Sguizzardi Bittar; Revisão técnica Carla Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL, **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 33, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/1991, **DJ 29/10/1991**, p. 15312. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1>> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 381, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, **DJe 05/05/2009**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1178555/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, **DJe 15/12/2014**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=178555&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1445560/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, **DJe 18/08/2014**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1445560&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 669.990/CE, Rel. MIN. JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2006, **DJ 11/09/2006**, p. 289. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC5>> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. CC 106.990/SC, Rel. MIN. FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, **DJe 23/11/2009**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC2>> Acesso em 10 jan 2015.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1306712/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2014, **DJe 10/09/2014**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC2>> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1192577/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2014, **DJe 15/08/2014** Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=defensoria+e+legitima%E7%E3o+e+consumidor&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1> Acesso em 10 jan 2015.

Brasil, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 476.551/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2014, **DJe 02/04/2014**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=476551&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 96772, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, **DJe 21/08/2009** EMENT VOL-02370-04 PP-00811 RTJ VOL-00218- PP-00327 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 173-183. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000162313&base=baseAcordaos>> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL. Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 nov. 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 10 jan 2015.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm > Acesso em 28 dez 2014.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Lei nº 8.906, de 4 de Julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 11.983, de 16 de julho de 2009. Revoga o art. 60 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 - Lei de Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jul. 2009. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2011.983-2009?OpenDocument> Acesso em: 05 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm> Acesso em: 05 jan. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. In Edición digital a partir de Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 21, vol. I (1998), pp. 209-220. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/postpositivismo-0/>> Acesso em: 03 nov. 2014.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. Vol. III. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASSESE, Sabino. **A Crise do Estado**. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas, SP: Saberes, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: incusões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. - 8.ed. - São Paulo: Saraiva, 2013.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Tradução de António Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

DINAMARCO, Cândido Rangel ; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo ; GRINOVER, Ada Pellegrini . **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era no processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalheite. 40. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

GALUPPO, Marcelo C. **O Direito Civil no contexto da superação do Positivismo Jurídico: a questão do sistema**. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). *Direito Civil*: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17^a ed. rev. e atual., de acordo com o Código Civil de 2002 e com a Lei de Falências de 2005, por Edvaldo Brito, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. **Filosofia do direito**: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. e3. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**: (à luz de uma perspectiva axiológica, fonomenológica e sociológico-política. 3. ed., rev., ampl. e atualizada. - Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1994.

HUME, David. **Investigação Acerca do Entendimento Humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo: verdades e mentiras sobre por que compramos**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo: resposta a uma sociedade desorientada**. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Contrato difusos e coletivos: a função social do contrato**.4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

LYOTARD, Jean-François. **O Pós-Moderno**. Tradução de Ricardo Correia Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1986.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCUSE, Herbert. **Ideologia da Sociedade Industrial**. Tradução de Giasone Rebuá. - Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**.12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil : superação das antinomias pelo diálogo das fontes. **Revista de Direito do Consumidor (RT)**, São Paulo, vol. 51, p. 34-67, jul.-set. 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor - o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro, Forense: 2003.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORIN, Edgar. **A Via para o Futuro da Humanidade**. Tradução de Edgar de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas (SP): Milênio Editora, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Não existe mais latifúndio no Brasil, diz nova ministra da Agricultura. **FOLHA DE S. PAULO**, São Paulo. Mônica Bergamo, 01 jan 2015. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/01/1570557-nao-existe-mais-latifundio-no-brasil-diz-nova-ministra-da-agricultura.shtml>>. Acesso em 10 jan 2015.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, adotada em 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> Acesso em 10 jan 2015.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf> Acesso em 10 jan 2015.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, adotado em 16 de dezembro de 1966. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf> Acesso em Acesso em 10 jan 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Contratos; declaração unilateral de vontade responsabilidade civil. Vol. III, 1. ed. eletrônica. Revista e atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003a.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: teoria geral das obrigações. Vol. II, 1. ed. eletrônica. Revista e atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes e colaboração de Júlia Sá Carvalho da Silva e José Luiz Nogueira. Rio de Janeiro: Forense, 2003b.

PERELMAN, Chaïm ; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3.ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral**: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ROBSBAWM, Eric. **Pessoas Extraordinárias**: resistência, rebelião e jazz. Tradução de Irene Hirsch, Lólio Lourenço de Oliveira. 3. ed. - São Paulo: Paz e Terra, 1998.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **A sociedade do sonho**: comunicação, cultura e consumo. Rio de Janeiro: Mauad, 1995.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7.ed. Porto, PT: Edições Afrontamento, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>> Acesso em Acesso em: 10 jan. 2015.

SBICCA, Adriana; FLORIANI, Vinícius; JUK, Yohanna. Expansão do crédito no Brasil e a vulnerabilidade do consumidor. **Revista Economia & Tecnologia (RET)**. v. 8, n. 4, p. 05-16, Out/Dez 2012.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Vol. I e II. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

STEWART JR., Donald. **O que é o liberalismo**. 5.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Os 15 anos da Constituição e o direito civil. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 14. 2003. Disponível em <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.014.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**: 3.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOURAINÉ, Alain. **Como sair do liberalismo?** Tradução de Maria Leonor Loureiro. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WILDE, Oscar. **A Alma do Homem sob o Socialismo**. Tradução de Heitor Ferreira da Costa. - Porto Alegre: LP&M, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Mônica de Sanctis Viana. São Paulo : Saraiva, 2011.