

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR SOB UM ASPECTO JUSECONÔMICO

The application of the fundamental right of consumer defense under the economic and juridical analysis

Vívian Amaro Czelusniak

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com estágio de Pós-doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil; Mestra em Tecnologia ênfase em Propriedade Intelectual pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR. É Advogada na Pauls Advocacia, Professora do Ensino Superior no Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba e Coordenadora de equipe do Instituto Brasileiro de Pesquisas Aplicadas em Prevenção e Mediação de Conflitos Empresariais - IBCEMP. Tem experiência na área Direito Empresarial, Propriedade Intelectual, Direito Econômico e Direito e Tecnologia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0429-1664>

Recebido: 21.12.2018 | Aprovado: 03.07.19

RESUMO: Com a produção em larga escala e o consumo em massa, observou-se, no âmbito econômico e jurídico, a desigualdade existente entre os fornecedores e os consumidores de produtos e serviços. Essa circunstância levou várias legislações mundiais e, também, a Constituição Federal Brasileira a estabelecer a defesa do consumidor. A evolução e a consolidação do Direito do Consumidor como ramo autônomo, desvinculado do Direito Empresarial, criou verdadeiro microsistema jurídico, mas que influencia no modo como o mercado desenvolve suas atividades. O objetivo deste estudo, então, é discutir sobre a aplicação da defesa do consumidor a partir de uma visão jurídica e, também, da economia. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica e a documental, utilizando-se da análise da jurisprudência. Como resultado, ressaltou-se que o direito fundamental da defesa do consumidor deve ser aplicado somente aos vulneráveis e, portanto, se pessoas jurídicas, somente àqueles empresários que adquiram ou utilizem bens e serviços sem o vínculo com sua atividade econômica própria, sob pena de se desvirtuar as relações no mercado de consumo.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa do Consumidor, Livre Iniciativa, Direitos Fundamentais, Direito Econômico, Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT: With large-scale production and mass consumption, the inequality between products and services suppliers and the consumers was observed in the economic and legal spheres. This circumstance led several world legislations and also the Brazilian Federal Constitution to establish consumer protection. The evolution and consolidation of Consumer Law as an autonomous branch, unrelated to Business Law, has created a true legal microsystem, but that influences how the market develops its activities. The purpose of this study, then, is to discuss the application of consumer protection from a legal and economy view. The methodology used will be the bibliographical and documentary research, using jurisprudence analysis. As a result, it was emphasized that the fundamental right of consumer protection should be applied only to the vulnerable, and therefore legal entities, only to those entrepreneurs who acquire or use goods and services without the link with their own economic activity, under pain of relations in the consumer market.

KEYWORDS: Consumer Defense, Free Market Economy, Fundamental Rights, Economic Law, Economic Analysis of Law.

Sumário: 1 Introdução; 2 O Direito fundamental da defesa do consumidor e seus fundamentos jurídicos e econômicos; 3 O nexu entre a assimetria informacional e o Código de Defesa do Consumidor; 4 Aplicação da defesa do consumidor pelo Superior Tribunal de Justiça; 5 Análise dos julgados frente ao princípio da defesa do consumidor; 6 Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

No capítulo destinado à ordem econômica e financeira, a Constituição Federal de 1988, no artigo 170, inciso V, prevê o princípio da defesa do consumidor como um valor a ser observado ao lado da livre iniciativa e da livre concorrência, como corolários da economia de mercado brasileira. Nossos legisladores optaram pelo sistema econômico capitalista, no qual se protege a liberdade da competição entre os agentes econômicos, para que assim, aumentando-se a oferta de produtos aos consumidores, induza-se os fornecedores a produzirem e comercializarem bens de boa qualidade e de bons preços no mercado. A ideia é que o próprio mercado se autorregule, na medida em que os consumidores selecionem os melhores agentes econômicos, quando adquirem produtos e serviços.

Contudo, o sistema capitalista não é perfeito e várias falhas na estrutura de mercado já foram identificadas por economistas, como por exemplo, externalidades negativas, poder econômico, monopólio, assimetria informacional. Daí a necessidade de uma regulamentação específica pelo Estado que venha trazer harmonia ao sistema. O papel do Estado nessa economia de mercado não é de participar de modo imperativo, mas interferir somente em situações excepcionais, quando se percebe que há alguma falha no mercado que não é possível de ser sanada sem a sua intervenção. O Estado pode agir de forma disciplinadora e até mesmo punitiva para resguardar o equilíbrio das relações dos agentes no mercado.

Nesse estudo, foca-se nas falhas de mercado que contribuíram para a criação do sistema da defesa dos consumidores, como a assimetria informacional, falha essa que contribui para o desequilíbrio entre os fornecedores e os consumidores de produtos e serviços e pede a intervenção do Estado para a mitigação de seus efeitos. Nesse sentido, o Estado prevê normas para a proteção dos consumidores, como o direito fundamental da defesa do consumidor e o princípio da defesa do consumidor presente no capítulo da Constituição Federal: da Ordem Econômica e Financeira. Deste princípio derivam várias outras regras e princípios que fazem parte de uma política pública de defesa dos consumidores, que visa trazer condições equitativas para as partes atuarem no mercado, como o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Entretanto, ao se estabelecer no CDC, artigo 2º., que as pessoas jurídicas também podem ser consideradas consumidoras, houve uma repercussão desta norma no âmbito do Direito Empresarial, principalmente na questão dos contratos empresariais. Três teorias passaram a ser defendidas pelos doutrinadores e pela jurisprudência a fim de se estabelecer parâmetros para considerar os empresários consumidores e, ainda, se discute algumas situações que podem desembocar em uma insegurança jurídica, já que os parâmetros utilizados se fundam em conceitos abertos e subjetivos, como o da vulnerabilidade.

Tendo em vista esse cenário, o objetivo deste estudo é discutir a aplicação da defesa do consumidor a partir de uma visão jurídica e, também, da economia. A metodologia a ser utilizada neste estudo é a bibliográfica e a documental, na qual será realizada uma pesquisa

sobre as decisões dos Tribunais e também discussões doutrinárias referentes ao tema.

Para tanto, este estudo está dividido em mais cinco tópicos. No tópico seguinte, o estudo tratará sobre o direito fundamental da defesa do consumidor e seus fundamentos jurídicos e econômicos. O terceiro tratará os conceitos de consumidor, fornecedor, produtos e serviços no CDC, abordando-se as diversas interpretações de correntes doutrinárias a respeito dos institutos jurídicos, discutindo-se o princípio da vulnerabilidade nas relações de consumo. O quarto tópico apresentará algumas decisões dos Tribunais Brasileiros sobre a aplicação da defesa do consumidor para as pessoas jurídicas profissionais, intentando-se ilustrar a problemática deste estudo. No quinto tópico, será feita a discussão sobre como é visto o conceito de consumidor pela jurisprudência, fazendo um contraste com a teoria econômica e jurídica tratada no início deste estudo. No último tópico, serão apresentadas as considerações finais sobre os temas discutidos no corpo do artigo.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR E SEUS FUNDAMENTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS

Já dizia John Kennedy que “consumidor somos todos”. Assim, percebe-se que a defesa do consumidor extrapola o âmbito de proteção de um indivíduo, mas perpassa pela proteção dos direitos relacionados às pessoas, que transcendem os indivíduos. Nesse sentido, observa-se a necessidade de um alargamento do sistema de defesa do consumidor. Ao lado da defesa do meio ambiente, proteção da criança e do adolescente, é um exemplo dos chamados direitos difusos: “interesses dispersos por toda a comunidade e que apenas a comunidade, enquanto tal, pode prosseguir, independentemente de determinação de sujeitos” (MIRANDA, 2017, p. 99).

A Constituição Federal brasileira estabelece a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica constitucional em seu art. 170, inciso V. Dentro desse sistema econômico previsto, o Estado é compelido a proteger a parte mais vulnerável, que são os consumidores. Observando a classificação dos princípios constitucionais de Canotilho (2003, p. 1166-1167), Grau (2010, p. 253) afirma que este se trata de um princípio constitucional impositivo. Os princípios impositivos são aqueles que “impõe aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”, são “preceitos definidores dos fins do Estado” (CANOTILHO, 2003, p. 1167).

A defesa do consumidor é direito fundamental expresso, pois previsto na Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, XXXII, que diz: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Considerando a classificação dos direitos fundamentais em gerações, a defesa do consumidor é classificada como direito fundamental de terceira geração, inserida no rol dos direitos econômicos, sociais e culturais, previstos nos Títulos VII e VIII da Constituição Federal (LOBATO, 1996, p. 97), “que reclamam do Estado prestações legislativas e materiais em ordem à proteção de bens das pessoas e tendo em vista a promoção da dignidade humana individual. Neste caso, está em causa a vulnerabilidade dos consumidores, tendo em conta a desigualdade em que eles se encontram em face do profissional” (MONTEIRO, 2007, p. 301).

Em uma classificação mais recente, a que se refere às dimensões dos direitos fundamentais, a defesa do consumidor é integrante do rol dos direitos de terceira dimensão que, “também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota

distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, [...] e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa” (SARLET, 2007, p. 58 e 80).

Sendo direito fundamental, a defesa do consumidor deve ser implementada de imediato, por força do § 1º, art. 5º, da Constituição Federal, que prevê: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Dessa forma, Hachem (2013, p. 627) discorre que as chamadas normas “jusfundamentais” compelem o Estado a fomentar as condições necessárias e efetivas para que os cidadãos possam realmente usufruir dos bens jurídicos a que têm direito, agindo positivamente.

Contudo, no âmbito econômico, vários estudos foram e são realizados para se entender a mecânica do funcionamento da defesa do consumidor. Estes estudos trazem subsídios para se entender a necessidade e os limites das normas jurídicas em geral, mas também referente à proteção do consumidor. Estes estudos se debruçaram, principalmente, na identificação e na percepção das conseqüências das chamadas falhas de mercado. Existem vários tipos de falhas, como o monopólio, o poder econômico. Mas, no caso da defesa do consumidor, se destaca a assimetria informacional. George Akerlof (1970) foi o autor precursor no estudo deste tema. Akerlof (1970) analisou o mercado de venda de carros usados, justificando a sua escolha pela facilidade de compreensão do caso. Segundo o autor, encontra-se no mercado carros bons e carros ruins, que podem ser tanto novos quanto usados, mas a probabilidade de existirem carros usados ruins é maior do que de carros usados bons. Entretanto, percebe-se que o comprador só vai saber se o carro que adquiriu é bom ou ruim depois que passar um tempo com o veículo. Por isso, deriva-se a constatação de que o vendedor possui mais informações sobre a qualidade do veículo do que o comprador.

Sobre essa teoria da assimetria de informação dos contratos, Betti Junior (2010, p. 62-63) nos esclarece que tem por base a “constatação de que os agentes econômicos possuem diferentes graus de acesso às informações relevantes e, também, diferentes possibilidades de processamento dessas informações”. Cooter e Ulen (2010) se referem às assimetrias de informação, ou informacional, como um desequilíbrio no teor e na quantidade de informações que ocorre entre duas partes envolvidas numa troca ou intercâmbio (contrato). No âmbito das relações empresariais, Williamson (1985) afirma que o agente econômico possui uma racionalidade limitada e deve se preparar para as más surpresas que terá na vida contratual. Isso porque é difícil prever todas as situações que podem vir a ocorrer no momento da contratação.

Mas, segundo Ribeiro e Galeski Junior (2009, p. 211), essa diferença de informação entre as partes contratantes se apresenta em todas as relações contratuais, geralmente, pois é “da essência da relação de mercado que haja disparidade de informação entre os contratantes”. Pode ocorrer no âmbito empresarial, civil ou do consumidor, por exemplo. Inclusive, o fato de existir assimetria de informação entre dois agentes econômicos pode ser motivo para gerar contratos de transferência de tecnologia ou contratos de *franchising*, que são baseados no conceito de *know-how*, ou seja, troca de informações e conhecimentos (RIBEIRO e GALESKI JUNIOR, 2009). No caso dos comerciantes, a habilidade de reconhecer a qualidade das mercadorias que adquirem pode ser considerado um diferencial de mercado, fazendo com que aquele empresário obtenha mais lucro, pois otimiza o seu capital.

Entretanto, no caso dos consumidores não se pode exigir as mesmas habilidades. É impossível para o consumidor avaliar as qualidades de todas as mercadorias que adquire todos os dias. Assim, para neutralizar os efeitos da incerteza do mercado para os consumidores, existem algumas instituições criadas, por exemplo: a) a estipulação de garantia pelo

vendedor; b) o bom nome da marca (pode garantir qualidade e possibilitar retaliação futura por parte dos consumidores); c) A criação de cadeias de estabelecimentos, como de restaurantes, hotéis; d) licenças, obtenção de títulos, certificações (AKERLOF, 1970).

Outras instituições também podem ser criadas a partir da intervenção do governo no mercado, isso poderia corrigir as assimetrias informacionais e induzir uma contratação mais eficiente (COOTER e ULEN, 2010). Um meio de se fazer isso seria o Estado, por meio de leis e regulamentos, exigir que os vendedores divulguem suas informações sobre o produto ou serviço aos compradores, por exemplo. Nesse caso, haveria sanção pelo não cumprimento da lei, tendo que o vendedor se responsabilizar pela correção dos defeitos que porventura viessem a se manifestar.

Sobre o tema, Pinheiro e Saddi (2005, P. 32-33) afirmam que “[...] a Economia revela-se extremamente útil para o direito em sua formulação”, pois “se o Direito é visto como um conjunto de incentivos para determinar o comportamento humano por meio de incentivos econômicos, sua atuação equivale à de um indutor de condutas”. Segundo esses autores, é nesse ponto específico que o direito se torna aliado das políticas públicas, conferindo “eficácia, garantia de segurança e estabilidade ao sistema” (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 32-33).

No caso do exemplo citado acima, do mercado de carros, Akerlof (1970) ainda destaca uma percepção interessante: tanto no caso dos carros novos quanto usados, os carros ruins podem expulsar a venda de carros bons, desde que seja impossível para o comprador saber a diferença entre um carro bom e o ruim. Como os compradores não conseguem avaliar a qualidade dos carros, o mercado vai sendo tomado pelos carros ruins. O autor chama esse fenômeno de seleção adversa. Nesse aspecto o autor analisa, também, o custo da desonestidade. A tendência é que as pessoas desonestas acabem afastando do mercado as pessoas honestas e o custo do mal negócio, portanto, não será arcado apenas pelo comprador, mas por todo o mercado, que sofre as consequências de ser reconhecido como um ambiente inseguro para as contratações. Portanto, a atuação do Estado em minimizar os efeitos negativos da assimetria de informações é importante para estabelecer um ambiente seguro para os consumidores, na medida em que são partes mais vulneráveis nos contratos que tecem com os fornecedores de produtos e serviços no mercado. Dessa forma, uma das ações já tomadas pelo Estado brasileiro foi a edição do Código de Defesa do Consumidor.

3 O NEXO ENTRE A ASSIMETRIA INFORMACIONAL E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Uma relação de consumo exige a existência de elementos de ordem subjetiva: fornecedor e consumidor, e de ordem objetiva: um produto ou serviço. Segundo Nery Júnior (1997, p. 47), “entende-se por relação de consumo a relação entre ‘fornecedor’ e ‘consumidor’ tendo como objeto o ‘produto’ ou o ‘serviço’”. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece o que é o consumidor em seu artigo 2º, que assim prescreve: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Há uma discussão na doutrina sobre qual a real intenção da norma ao redigir o termo “destinatário final” e, então foram criadas três correntes interpretativas para o conceito de destinatário final: Teoria Finalista, Teoria Maximalista e Teoria Finalista Mitigada. Tendo em vista que o objetivo deste artigo não é discutir as correntes interpretativas, será tratada apenas a Teoria Finalista Mitigada, adotada pelo STJ, para as discussões deste trabalho, pois esta é que aplicada agora pelos Tribunais.

Para a Teoria Finalista Mitigada, ou Finalismo Aprofundado, o destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurí-

dica. O destinatário final não adquire o produto para uso profissional, somente para o uso privado, como o faz a Teoria Finalista. Entretanto, propõe uma interpretação mais abrangente, aceitando a possibilidade do Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de pessoas jurídicas ou profissionais, considerá-las como consumidoras, se forem parte mais fraca na relação empresarial. Marques (2005, p. 304) considera que: “observando-se o conjunto de decisões de 2003, 2004 e 2005, parece-me que o STJ se apresenta efetivamente mais ‘finalista’ e executando uma interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor”¹.

Além do conceito de consumidor do “caput” do artigo 2º do CDC, expresso por esta variedade de interpretações, ainda existem as figuras do consumidor equiparado presente no parágrafo único do art. 2º, no artigo 17 e 29 do CDC. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, reforçando a ideia de defesa de direitos coletivos. Almeida (2009) considera esse dispositivo “enigmático”, dizendo que o intento do legislador era, com esse parágrafo, emprestar a uma coletividade de pessoas a legitimidade processual do consumidor entendido como indivíduo, mas o fez desordenadamente, confundindo os sujeitos da relação jurídica.

Sobre o consumidor vítima, do artigo 17 do CDC, Cavalieri Filho (2009) afirma que não faz sentido que o fornecedor disponibilize no mercado produtos seguros somente para o consumidor, mas deve se responsabilizar com terceiros que possam vir sofrer danos pelo fato do produto ou serviço. Em relação ao consumidor exposto às práticas, conceito do artigo 29 do CDC, Efig (2008, p. 68) diz que o CDC considera consumidor qualquer pessoa exposta às práticas comerciais, como: “oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, bancos de dados e cadastros de consumidores (arts. 30 a 44)” e, também, “qualquer indivíduo abrangido pela proteção contratual quanto às cláusulas abusivas e aos contratos de adesão (arts. 46 a 54)”.

A figura do fornecedor, outro polo da relação de consumo, elemento subjetivo, assim como a do consumidor, é abrangente. O conceito vem expresso no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, [...] ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

O critério indispensável para caracterizar o fornecedor é o exercício das atividades mencionadas no art. 3º do CDC de forma habitual, porque a pessoa pode ter praticado um ato de comércio apenas uma vez e, nesse caso, não será fornecedor segundo o CDC. Ainda, o §2º do artigo 3º do CDC, quando fala em remuneração, não exclui aquelas atividades de consumo gratuitas para o consumidor, como, por exemplo, viagens-prêmio, coquetéis etc. Entende-se que essas atividades estão sendo remuneradas indiretamente, pela compra do produto para que o consumidor possa concorrer à viagem-prêmio, por exemplo. Assim entende Marques (2005, p. 39) sobre a falta da remuneração: “[...] gratuidade dos serviços não significa falta de remuneração. [...] É justamente o movimento da análise econômica nos Estados Unidos que nos alerta para a falácia ‘econômica’ dos chamados ‘serviços’, ‘utilidades’ ou promessas ‘gratuitas’, o que não passaria de uma superada ficção jurídica”.

Os §§ 1º e 2º, do artigo 3º do CDC, conceituam os elementos objetivos da relação de consumo, o produto e o serviço, sendo o produto “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Cretella Junior (1992, p. 14) afirma que produto, é “toda coisa que, por ter valor econômico, entra no campo jurídico, sendo objeto de cogitação, pelo homem, quando parte integrante de relação jurídica”. Para serviço, esse autor utiliza o seguinte conceito: “é a ação de servir” (CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 15). Dessa forma, observa-se que produto e serviço nas relações de consumo são considerados da mesma forma como o são nas relações cíveis ou empresarias.

Entretanto, há críticas sobre a escolha dessa nomenclatura pela CDC. Cavalieri Filho (2009) diz que seria melhor se o legislador tivesse utilizado a expressão “bens” ao invés de “produto” e “serviço”, entendendo que o primeiro termo é mais abrangente que os demais, o que já excluiria os bens indisponíveis e as coisas fora do comércio da apreciação pelo CDC. Definida a relação de consumo como aquela ocorrida entre um consumidor e um fornecedor, entende-se que há um desequilíbrio maior quando se compara, por exemplo, uma relação entre dois empresários, ou entre dois particulares. Ainda, considera-se que o consumidor é a parte mais fraca da relação. Mas qual será o motivo que faz com que o consumidor seja assim reconhecido? Há várias causas, e uma delas perpassa o fenômeno da assimetria de informações e da racionalidade limitada, que será neste tópico esclarecida.

Ribeiro e Galeski Junior (2009) analisam em sua obra se a assimetria de informação seria suficiente para classificar uma parte “em déficit” como vulnerável no aspecto jurídico. Na opinião desses autores, o consumidor pode ser considerado vulnerável por ser a parte menos informada sobre o produto ou serviço adquirido em relação ao fornecedor. Para esses autores, o consumidor seria vulnerável por ser atingido por duas falhas de mercado, além da assimetria de informação, o poder econômico.

Dessa feita, considerando que em todos os tipos de contratos podem haver assimetrias de informações, nas relações de consumo essa situação é mais evidente, o que faz com que legislações de vários países venham reconhecer e proteger a parte mais fraca da relação, o consumidor. Na legislação de consumo brasileira há o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor para que se possa dar o nivelamento necessário na relação entre ele e o fornecedor, pois pressupõe-se o poder econômico e a assimetria de informação como diferenciais do fornecedor (RIBEIRO e GALESKI JUNIOR, 2009).

Opensamento de Nogueira (1999, p. 34) é de que “deve ser notado que a vulnerabilidade é característica inerente a todos os consumidores, independentemente de idade, condição social, econômica e cultural”. O autor se posiciona dessa forma, pois entende que, senão sempre, na grande maioria das vezes, o consumidor estará em desvantagem em relação ao consumidor.

Esse entendimento é compartilhado por grande parte da doutrina, como Efing (2002) que ressalta que a vulnerabilidade decorre da evidente situação do consumidor de submissão em face do fornecedor, pois o consumidor, embora possa escolher, essa escolha estará sempre limitada ao que é oferecido no mercado pelo fornecedor. Diz, então, que “a vulnerabilidade se configura pelo simples fato do cidadão se encontrar na situação de consumidor, independentemente de grau cultural, econômico, político, jurídico etc.” (EFING, 2002, p. 90). Marins, também entende que a vulnerabilidade independe do grau cultural ou econômico do consumidor e diz expressamente que não se admite “prova em contrário, por não se tratar de mera presunção legal” (MARINS, 1993, p. 37-38).

Em relação aos contratos de consumo, Marques (2005, p. 318) entende que há um desequilíbrio evidente de forças entre os contratantes, “em que uma das partes é vulnerável

(art. 4º, I), [...] pois não pode discutir o conteúdo do contrato: mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção, ‘pegar ou largar’”. Marques (2005, p. 320-329), entretanto, considera que há quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. Essa distinção, segundo a autora, é também utilizada para determinar quando se presumiria a vulnerabilidade ou quando ela deveria ser demonstrada. Essa autora, portanto, não considera que a vulnerabilidade seja sempre presumida para as partes, mas que em algumas circunstâncias (pessoa jurídica ou profissional) ela deverá ser provada ou demonstrada pela parte para que possa ser beneficiada com a proteção do CDC.

A vulnerabilidade técnica do consumidor se dá em face da hipótese na qual o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que adquire ou utiliza em determinada relação de consumo. [...] as técnicas de fabricação e as características do produto presumem-se ser do conhecimento do fornecedor. [...] A vulnerabilidade jurídica, a nosso ver, se dá na hipótese da falta de conhecimentos, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que estabelece, assim como a ausência de compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra. [...] A vulnerabilidade fática é espécie ampla [...]. A mais comum, é a vulnerabilidade econômica do consumidor em relação ao fornecedor. [...] A vulnerabilidade informacional [...] colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, *a priori*, de atestar a veracidade dos dados, bem como suscetível aos apelos do marketing dos fornecedores (MIRAGEM, 2014, p. 123-124).

Nishiyama e Densa (2010) consideram que a vulnerabilidade informacional pode ser considerada como a maior responsável pelo desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor na relação de consumo, pois o fornecedor é o único verdadeiramente detentor da informação. Segundo Tokars (2011) a vulnerabilidade técnica é uma das facetas da assimetria informacional. A vulnerabilidade é reconhecida como a fragilidade do consumidor frente ao fornecedor, podendo se dar pela assimetria de informações e também pelo poder econômico. O artigo 4º do CDC prescreve expressamente o reconhecimento dessa vulnerabilidade nas relações de consumo quando prescreve que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, atendidos o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Já foi mencionado neste trabalho que alguns autores, como Ribeiro e Galeski Junior (2009), consideram que a assimetria de informação é um dos elementos para o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. Betti Junior (2011, p. 80-81) sobre o tema afirma que a vulnerabilidade do consumidor advém mais da assimetria de informações do que da diferença de poder econômico². Por isso, a preocupação do CDC a respeito da informação. Nesse caso, o ordenamento jurídico do CDC estabeleceu a necessidade da parte mais informada transmitir informações sobre seus produtos e serviços para os consumidores, sob pena de responder pelos danos causados pela falta dessas informações. Assim, percebe-se que a assimetria informacional são os principais fatores que fazem com que seja reconhecida a vulnerabilidade do consumidor, apesar dela poder se derivar de outros aspectos, como o econômico.

O artigo 4º., inciso IV do CDC, que trata da política nacional das relações de consumo, prescreve que devem ser atendidos os princípios da “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado

de consumo”. Sobre o princípio da informação no CDC, Efig (2002, p. 91) assevera que o “princípio da informação pode ser interpretado de várias formas, todas elas percutientemente alentadoras da efetivação dos interesses do consumidor”. Pode ser tanto a informação de cunho educacional, como as específicas, que influenciem em relações de consumo coligadas, como é o caso dos arquivos de consumo.

Nesse sentido, o CDC estabelece vários dispositivos sobre a necessidade de informar o consumidor como medida para diminuir a assimetria entre as partes contratantes. O artigo 6º, por exemplo, trata do direito do consumidor de obter informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, bem como sobre os riscos que apresentem. O artigo 9º descreve a necessidade de informar o consumidor a respeito da nocividade ou periculosidade de produtos e serviços. Além de todos os textos expressos no CDC sobre a necessidade de informação, ainda, como medida aplicável a todos os consumidores, tem-se o princípio da vulnerabilidade, como forma de devolver-se o equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor³.

4 APLICAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na prática, quando os Tribunais precisam decidir a respeito da aplicação no caso concreto das normas do CDC, a tarefa de reconhecer ou não a aplicação do CDC ao caso não parece tão simples. Apesar do STJ estabelecer o critério da vulnerabilidade como padrão, percebe-se que há outros parâmetros também utilizados, como a especialidade ou não de uma determinada legislação frente ao CDC, o que pode trazer insegurança no mercado tanto para os empresários, quanto para os consumidores, que não sabem se serão aplicadas ou não as regras do CDC. Essas dificuldades fizeram com que o STJ se debruçasse várias vezes sobre casos relacionados aos consumidores para proferir decisões a respeito.

Esta pesquisa relaciona três decisões do STJ que examinam o quesito assimetria informacional, pois analisam a obrigatoriedade de o fornecedor esclarecer informações sobre os produtos e serviços que colocam no mercado, além de decidir sobre a aplicação, subsidiária, ou não, do CDC. Além disso, algumas dessas decisões chamam a atenção para os hipervulneráveis e os limites para a qualificação desses como incapazes de se autodeterminarem no mercado de consumo.

4.1 PRIMEIRA DECISÃO

A primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça a ser analisada se refere a acórdão em Recurso Especial 1515895-MS (SUPERIOR..., 2017), Rel. Humberto Martins, DJe 27/09/2017. No julgamento deste caso levado ao STJ por meio de uma ação coletiva, foi reconhecida a necessidade de complementação de informações na rotulagem de produtos que contém a substância glúten. Segundo a decisão proferida, o artigo 1º. da Lei 10.674/2003, conhecida como a Lei do Glúten, estabelece apenas que os alimentos industrializados devem trazer em seu rótulo e bula, conforme o caso, a informação sobre a existência de glúten, podendo ser utilizadas as expressões “não contém glúten”, ou “contém glúten”. Entretanto, o STJ entendeu que esta informação é apenas “informação-conteúdo”, que deve ser complementada por uma “informação-advertência”. Segundo o ministro, a superveniência da Lei 10.674/2003 não esvazia o comando do artigo 31, caput, do CDC, que determina que o fornecedor de produtos ou serviços deve informar “sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

Considerou, então, que para que a informação seja correta, clara e precisa, torna-se

necessária a integração entre a Lei do Glúten, que é uma lei especial, e o CDC, lei geral ao caso. Destaca que no fornecimento de alimentos e medicamentos, ainda mais a consumidores hipervulneráveis, não se pode contentar com o standard mínimo, e sim com o standard mais completo possível.

4.2 SEGUNDA DECISÃO

A segunda decisão do Superior Tribunal de Justiça a ser analisada se refere a acórdão em Recurso Especial 1358057-PR (SUPERIOR..., 2018), Rel. Ministro Moura Ribeiro, da 3ª Turma, DJe 25/06/2018, em que se discutia a alegação de que a sistemática contratual de cartão de crédito sênior favorece o superendividamento de idosos. A divergência versava sobre o financiamento automático no caso de não pagamento da fatura, o que poderia fazer com que os idosos se submetessem ao pagamento de juros bem maiores do que em um financiamento normal. Além disso, discutia-se se essa modalidade não seria a de um crédito consignado, já que o valor mínimo da fatura era automaticamente cobrado na conta corrente do contratante.

No julgamento houve divergência entre os ministros, contudo, consignou-se na decisão que deve prevalecer a liberdade de contratação, inclusive pelos idosos, não sendo “idoso sinônimo de tolo”, segundo os ministros. Disseram ser a sistemática do cartão compatível com as determinações de leis especiais, não se configurando em prática abusiva. Afastaram a configuração de crédito consignado à sistemática do cartão de crédito sênior. Também, observaram que não havia comprovação da abusividade das taxas de juros cobradas.

4.3 TERCEIRA DECISÃO

A terceira decisão do Superior Tribunal de Justiça a ser analisada se refere a acórdão em Recurso Especial, REsp 1605489-SP (SUPERIOR..., 2016), Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, da 3ª Turma, DJe 18/10/2016. Nesta ação civil pública se discutia a obrigatoriedade, ou não, de se inserir nos rótulos de vinhos informações acerca da quantidade de sódio ou de calorias (valor energético) presente nos produtos. A alegação do recorrente, uma vinícola brasileira, era a de que não havia nas leis especiais sobre o tema, Lei 8.918/1994 e o Decreto 6.871/2009, a obrigatoriedade de que essas informações constassem nos rótulos dos vinhos, argumentando que as bebidas alcoólicas estão excluídas, pela Anvisa, do Regulamento 360/2003, que trata da rotulagem de alimentos.

No mérito o STJ entendeu que é importante se conhecer os ingredientes nutricionais dos produtos alimentícios, mas que, no caso do vinho, a legislação retira tal obrigatoriedade, como se afere da Lei 8.918/1994, que, segundo o ministro: “afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, haja vista o princípio da especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*)”. Afirmou que a recorrente cumpre com a legislação específica e que antes do consumidor adquirir o vinho já recebe a informação adequada e completa exigida por lei específica, “suficientemente apta a cumprir com a finalidade de prevenção de danos à saúde”. Traz exemplos da legislação europeia, a qual também não traz essa obrigatoriedade, afirmando que o vinho possui características próprias e que seria inviável aos fabricantes descreverem esses dados em todos os seus rótulos.

Afirma que tais informações poderiam desencadear o contrário: no incentivo aos consumidores em adquirir vinho, pois teriam a ideia de que é salutar e benéfica à saúde a ingestão excessiva de bebidas alcoólicas. Diz que o homem médio “sabe que alguns produtos e serviços têm inerente nocividade ou periculosidade, de modo que ao consumi-los, sem moderação, assume o risco que se afiguram absolutamente previsíveis”. Encerra dizendo

que, se a decisão fosse aplicada apenas à vinícola recorrente, esta poderia estar em excessiva desvantagem no mercado em face da concorrência.

4 ANÁLISE DOS JULGADOS FRENTE AO PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Observa-se dos três julgados descritos anteriormente, que os entendimentos recentes do STJ trazem algumas indagações quanto à real aplicação da defesa do consumidor. Dá-se destaque aos fundamentos jurídicos utilizados pelos ministros do STJ em suas decisões e não aos casos propriamente ditos. Dessa forma, na primeira decisão destacada, entendeu-se que a informação-conteúdo não é suficiente, mas deve ser dada ao consumidor uma informação-advertência, alertando para os riscos que determinados produtos causam aos consumidores. Aqui também deve ser ressaltado que a proteção foi dada a um grupo específico de consumidores, que foram reconhecidos como hipervulneráveis, o grupo dos celíacos. A decisão promoveu a integração entre a norma específica que trata do tema e o CDC.

Na segunda decisão, que também se referia a um grupo de consumidores considerados hipervulneráveis, os idosos, reconheceu-se que a defesa do consumidor neste caso não poderia se sobrepor à liberdade de contratar e que poderia haver uma discriminação ao consumidor idoso, presumindo-se serem tolos, incapazes de discernir sobre o contratado. No caso, uma testemunha levada à juízo disse que sabia sobre a necessidade de realizar o pagamento do restante da fatura e sobre a incidência de juros sobre o valor que não fosse pago pelo contratante. A decisão também promoveu a integração do CDC à análise da legislação especial sobre os contratos bancários e de empréstimos consignados.

Já no terceiro julgado, observa-se o afastamento do CDC na análise do caso, sob o argumento de que normas especiais derogam leis gerais. Assim, mesmo se tratando de relação de consumo, venda de vinhos, as normas do CDC sobre a necessidade de informações sobre os produtos comercializados foram afastadas. Decidiu o STJ que, tendo o fornecedor cumprido com a legislação específica teria dado informação suficiente aos consumidores sobre os componentes do produto. Alegou a especificidade do produto e se pautou em uma análise do direito comparado para sustentar a sua decisão. Afastou, neste caso, a possibilidade de danos a um possível consumidor vulnerável, ou hipervulnerável, considerando que o homem médio é capaz de discernir sobre os efeitos deletérios do produto referido.

A primeira questão é sobre a incidência do CDC. Na terceira decisão foi afastada a sua incidência, mas conforme mencionado no tópico 3 deste trabalho, há uma relação de consumo em tela, já que existem os elementos subjetivos da relação: as pessoas do fornecedor e consumidor (pela teoria finalista mitigada, que é a adotada); e um dos elementos objetivos: produto. Nesta relação o consumidor é presumidamente o vulnerável e deve, portanto, ser protegido das práticas perpetradas pelos fornecedores. Inclusive, foi ressaltado que, embora possa escolher, essa escolha estará sempre limitada ao que é oferecido no mercado pelo fornecedor, conforme afirma Efig (2002).

Assim, o primeiro questionamento é sobre o motivo pelo qual o STJ afastou na terceira decisão a incidência do CDC ao caso, mesmo sendo relação de consumo, baseando-se no fato de existir uma lei específica, mas em outras, como na primeira e na segunda decisões, faz uma aplicação integrativa da legislação específica e do CDC. Várias já foram as decisões do STJ reconhecendo a aplicação do CDC, mesmo na existência de legislação específica, como foi o caso paradigma da incidência do CDC aos contratos bancários, que originou a

súmula 297 do STJ. Assim, não há qualquer motivo para que o STJ neste caso não pudesse realizar uma análise integrativa da legislação especial com o CDC, o que desencadeia na negação à defesa do consumidor. Ressalta-se que um dos motivos para a improcedência da ação foi o fato desta ser específica a um fornecedor e não à coletividade de fornecedores, o que é realmente plausível no caso. Contudo, este fato poderia ser analisado, mesmo reconhecendo-se a incidência do CDC.

O segundo questionamento é sobre o reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores e aqui se destacou os hipervulneráveis. Na primeira decisão do STJ a simples informação-conteúdo não era suficiente, na segunda decisão daquele órgão a informação-conteúdo era suficiente e na terceira decisão a informação não era necessária já que não havia uma lei específica que assim exigisse. Há uma incrível disparidade de interpretações. Sabe-se que devem ser analisadas as peculiaridades de cada caso, mas a interpretação das normas pelos Tribunais deve manter uma coerência hermenêutica sob pena de se causar uma desconfiança de todos no mercado, consumidores e fornecedores.

A primeira decisão parece ser a mais coerente com a defesa do consumidor, já que considera ser necessário o máximo de informação aos consumidores que integram o rol dos vulneráveis e, ainda mais, dos hipervulneráveis. Os hipervulneráveis possuem uma assimetria informacional mais elevada e, na situação dos celíacos, a falta de informação pode causar danos severos à saúde destes, o que destaca a necessidade de uma proteção maior.

A segunda decisão parece não ter levado em conta a análise das práticas mercadológicas no convencimento dos consumidores. Idoso não é tolo, isso é fato, mas as dinâmicas do mercado podem iludir até mesmo as pessoas mais instruídas, pois trabalham com suas emoções e sentimentos. Akerlof e Shiller (2015), em estudos sobre a economia comportamental, destacam, a partir de vários exemplos, a falta de aplicação prática da tese do equilíbrio do livre mercado e a necessidade da atuação do Estado para a defesa dos vulneráveis. Relatando a história das máquinas de caçar níquel, os autores mostram como as decisões dos indivíduos são tomadas a partir de emoções e como podem ser influenciadas pelas armadilhas dos “fisgadores de tolos”. Declaram-se, também, tolos, reafirmando a tese que todo mundo foi, ou um dia será, apanhado em alguma armadilha de mercado.

Destacam como, nos dias de hoje, o consumo influencia a forma de vida das pessoas e deixam os indivíduos reféns do marketing de mercado, que utiliza de argumentos baseados na importância de uma aceitação social. Mostram o quanto e até que ponto podem chegar determinados fornecedores de produtos e serviços na exploração sistemática das fraquezas psicológicas e da ignorância do público em geral para a satisfação de seus intuítos lucrativos. Destacam, portanto, que o livre mercado traz vários benefícios, entretanto, vários malefícios.

A vulnerabilidade não parece ser um conceito realmente efetivo e seguro para estabelecer o que seria o consumidor no mercado, pois lança a responsabilidade da apreciação para o julgador, que decide se há ou não vulnerabilidade, ocasionando decisões díspares, como as apresentadas. Os conceitos abertos podem ser necessários a uma maior possibilidade de interpretação judicial: “as regras criadas por leis estão sujeitas à interpretação e reinterpretação, por vezes mesmo quando disso resulta a não-execução daquilo que é chamado de ‘intenção do legislador’” (DWORKIN, 2002, p. 59). Contudo, neste caso, parece que há uma margem muito ampla para a interpretação ao juiz, o que está trazendo resultados negativos. O que não deveria acontecer, já que os consumidores são presumivelmente vulneráveis, conforme já abordado nos tópicos anteriores

Dessa forma, o juiz ao analisar o caso, pode se pautar pelo fim pretendido pelo prin-

cípio da defesa do consumidor (DWORKIN, 2002, p. 23-72) e todo o seu fundamento econômico e social, unindo dois instrumentais importantes de cunho interpretativo. O legislador constituinte, inseriu o direito fundamental no capítulo destinado à regulação da ordem econômica, não de maneira aleatória. Esse princípio dá sustentação ao nosso sistema econômico e deve ser interpretado dentro do conjunto dos demais princípios também elencados no mesmo capítulo da Constituição Federal, como a livre iniciativa, a função social. Dentro desse contexto, podem ser levadas em conta as razões, também de ordem econômica, que levam à defesa do consumidor. A teoria econômica da assimetria informacional nos fornece ferramentas concretas para a concretização das regras estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor. Coase (1960, p. 16), no mesmo sentido, afirma que seria desejável que as Cortes Judiciais “tivessem os deveres de compreender as consequências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível, sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica”. Esse entendimento resume a ótica pela qual deveria se olhar a aplicação do CDC pelas cortes superiores.

Desse modo, sabe-se que a criação deste cartão de crédito sênior pelo sistema bancário foi tentada para que fosse possível um endividamento maior pelos consumidores, do que o estabelecido para os empréstimos consignados, que são limitados a 35% dos rendimentos dos pensionistas do INSS, dentre outros beneficiários. Além disso, para “fisgar” o contratante, são usadas várias técnicas de persuasão, como abordar os pensionistas em filas bancárias. O fato do consumidor ser informado sobre o mecanismo de funcionamento do crédito não parece ser suficiente para alertá-lo eficientemente sobre as consequências do eventual não pagamento da parcela que veio a assumir. Dizer que incorre juros e não demonstrar por meio de cálculos qual será a repercussão do valor não pago nas demais faturas não parece ser prestação de informações suficientes por parte do fornecedor. O hipervulnerável idoso, neste caso, não parece ter sido protegido, já que muitas vezes se encontra em situação de insegurança financeira.

Akerlof e Shiller (2015, p. xiii) destacam que mesmo nos países ricos, “a maioria dos adultos vai para a cama à noite preocupada com como pagar as contas”. Muitas vezes, não gastam por má-fé, mas por impulsos, ou por algum acontecimento importante, como um casamento, um nascimento, ou até mesmo um funeral. Nesse sentido, pode ser que o idoso abordado na fila do caixa em um banco, esteja realmente preocupado em como pagar as suas contas e, mesmo sabendo informações como a incidência de juros, subestima aquela situação e aceita o contrato não pensando nas consequências futuras.

Na terceira decisão apresentada no tópico 4 deste trabalho, observa-se uma situação ainda mais confusa sobre a falta de informações ao consumidor. Se uma lei especial não obriga o fornecedor a prestar certas informações, então é possível deixar os consumidores sem saber exatamente o que há nos produtos que adquire. Como, também, em vários países europeus não são necessárias aquelas informações específicas sobre os mesmos produtos, não há que se falar em defesa do consumidor e na aplicação do CDC ao caso. Parece que foi essa a decisão do STJ no caso.

O Poder Judiciário não é mesmo o órgão que deveria estabelecer a regulamentação sobre a rotulação de produtos, como a necessidade de se informar o teor de sódio presente no produto, ou as calorias, pois estaria usurpando competência do Poder Executivo. Contudo, a decisão proferida pelo STJ, ao invés de se ater a este fato, traz em sua fundamentação argumentos que contrariam uma boa aplicação integrativa das normas do CDC.

No caso da produção de vinhos, há incidência de compostos químicos conservadores, como os sulfitos, dos quais se destaca o dióxido de enxofre. Muitos rótulos da bebida trazem

essa informação, mas trazem esta informação em forma de sigla (INS220) e não alertam sobre os malefícios que podem causar em algumas pessoas sensíveis a esta substância. Mesmo na população não sensível, há um limite seguro para a ingestão dessa substância (0,7 mg/kg peso corpóreo) (Fávero, Ribeiro e Aquino, 2011). Assim, as pessoas hipervulneráveis, as que possuem sensibilidade à esta substância, deveriam ter o direito de serem esclarecidas sobre a utilização deste composto químico no produto que adquire, pois podem estar sujeitas a diversas reações, como ataque asmáticos, urticária (Fávero, Ribeiro e Aquino, 2011). Inclusive, existem muitos produtores que tem como diferencial não utilizar estes compostos químicos e fazer a fermentação natural do vinho.

Não há uma exigência da lei especial de rotulagem para que estas informações, além de outras, constem nas bebidas alcoólicas, estejam nos rótulos das embalagens de vinhos, mas deveria ser discutida a possibilidade de se realizar, em defesa da saúde dos consumidores. É uma irresponsabilidade do Poder Judiciário negar a incidência do CDC ao caso. Deveria ter sido reconhecida a sua incompetência para analisar e ter sugerido que o caso viesse a ser discutido em fórum próprio.

Tendo em vista que o conceito de vulnerabilidade decorre da assimetria informacional, conforme visto nos itens acima, a aplicação da teoria da assimetria informacional parece ser eficiente na prática. Em que pese o entendimento dos autores em se reconhecer vários tipos de vulnerabilidade, observa-se que realmente existem duas: (i) a informacional, da qual derivam a técnica e a jurídica; e (ii) a econômica, que deriva do poder econômico, outra falha de mercado. Se no caso concreto o julgador perceber alguma dessas duas assimetrias, poderá, então, decidir sobre a aplicação ou não do CDC, dentro dos limites principiológicos e de fundamentos econômicos e constitucionais. A teoria econômica poderia auxiliar o julgador na aplicação do direito fundamental da defesa do consumidor. Assim, ao se aplicar a teoria aos casos concretos geraria uma melhor padronização nas decisões, pois a assimetria informacional é reconhecida como algo presente em todas as relações contratuais, sejam consumeristas ou empresariais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de decisões do STJ ilustrou-se a dificuldade, na prática, em se aplicar o princípio da defesa do consumidor, mesmo estando claro que se trata de uma relação de consumo. Nos casos apresentados, verificou-se que o critério utilizado para aplicação do CDC naquelas situações foi o da vulnerabilidade e da incidência, ou não, de lei especial. O que foi ressaltado neste estudo é que a aplicação da defesa do consumidor pelo STJ não traz segurança jurídica para o mercado, pois sua aplicação fica a cargo da discricionariedade dos julgadores, o que ocasiona decisões discrepantes, em casos até mesmo parecidos, em que se deveria proteger os vulneráveis e os hipervulneráveis.

Assim, a contribuição deste trabalho foi discorrer sobre a teoria econômica da assimetria informacional, que traz as bases econômicas e as razões da proteção dada aos consumidores pela Constituição Federal. É possível unir a interpretação dos princípios da ordem econômica e o ferramental econômico para trazer resultados mais positivos, mais estabilidade.

Foram analisadas apenas três decisões do STJ dado ao escopo deste estudo, mas já trazem bastantes indícios de como os Tribunais não vem mantendo decisões coerentes e causam insegurança jurídica no mercado. O consumidor não se exime da responsabilidade de estar bem informado sobre o que adquire e sobre as causas e consequências disso, mas

invariavelmente está em situação vulnerável na relação de consumo e, portanto, deveriam ter o tratamento previsto no CDC.

Essa situação é exatamente o que o sistema econômico como um todo não deseja, já que somente um ambiente pautado na segurança jurídica e estabilidade das instituições seria capaz de fomentar as relações contratuais e promover o desenvolvimento econômico da região. Nesse viés, o Judiciário é peça importante, porquanto suas decisões deveriam, não só dirimir a questão conflituosa das partes contratantes, mas se preocupar com as repercussões sociais e econômicas de suas decisões.

NOTAS

1. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endeverbraucher) e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar finalismo aprofundado. Observando-se o conjunto de decisões de 2003, 2004 e 2005, parece-me que o STJ apresenta-se efetivamente mais 'finalista' e executando uma interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém mais finalista e objetiva quanto à atividade ou ao papel do agente na sociedade de consumo. É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada.
2. Por isso, pode-se dizer que a intrínseca vulnerabilidade dos consumidores em face dos fornecedores decorre mais de diferenças quanto à quantidade/qualidade de informações detidas acerca dos produtos e serviços do que da diferença de poder econômico *per se* (como poderia parecer à primeira vista). É o fornecedor quem domina o processo produtivo, ou seja: projeta, fabrica, traça estratégias de marketing e detém todo o conhecimento pertinente à composição, qualidade, quantidade, forma e riscos de utilização dos produtos e serviços. [...] Assim, a transmissão para os consumidores desta ordem de informações (capazes de influir sobre suas escolhas) é instrumento de re-equilíbrio das relações de consumo, de compensação de seu déficit informacional e, nesta medida, da busca por uma maior igualdade substancial nas relações massificadas.
3. Em relação aos consumidores, a mitigação da assimetria informacional depende da obtenção de dados pertinentes à qualidade do produto (*prima facie* ocultos), o que pode ocorrer por meio da experimentação (própria experiência/teste), da procura pela opinião de outros consumidores, de pareceres de entidades de defesa do consumidor ou órgãos técnicos, da mídia, de pedidos de esclarecimento formulados junto aos fornecedores etc. Independentemente do específico meio, há que se ter em mente que o acesso a tal ordem de informações é por demais difícil em um ambiente de relações massificadas. Mesmo que determinado consumidor disponha-se a empregar esforços em sua busca, não terá quaisquer garantias de que irá, de fato, obtê-las. Tal dificuldade impõe-se tanto em virtude da "distância" entre consumidores e fornecedores na modernidade/contemporaneidade (impessoalidade das relações massificadas de mercado), quanto pelo fato de que são os segundos que detêm todas as informações acerca da concepção dos bens de consumo, suas características, qualidade, quantidade, forma e riscos de utilização etc. (e podem, eventualmente, ter interesse em não revelá-las na íntegra) (BETTI JUNIOR, 2010, p. 66).

REFERÊNCIAS

- AKERLOF, G. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**. vol. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.
- _____; SHILLER, Robert J. **Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception**. Princeton University Press, 2015.
- ALMEIDA, J. B. **A proteção jurídica do consumidor**. 7 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, R. S. **Manual de direito do consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BETTI JUNIOR, L. V. J. **A função socioambiental e a ressignificação reflexiva do direito à informação para o consumo**. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2010.
- BRASIL. Lei n 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 12 set. 1990.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- COASE, R. O problema do custo social. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **Journal of law and economics**. out. 1960.
- COOTER, R.; ULEN, T. **Direito & economia**. 5 ed. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CRETELLA JUNIOR, J. **Comentários ao código do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EFING, A. C. **Banco de Dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2008.
- FAVERO, Diego Matos; RIBEIRO, Cilene da Silva Gomes; AQUINO, Arislete Dantas de. Sulfitos: importância na indústria alimentícia e seus possíveis malefícios à população. **Segurança Alimentar e Nutricional**. 18(1), 2011, p. 11-20.
- FERRAZ, I. S. Aspectos relevantes dos contratos de assistência privada à saúde sob a tutela do código de defesa do consumidor. In: Antônio Carlos Efing (coord.). **Direito do consumo**. 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2006.
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HACHEM, D. W. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de direitos fundamentais e democracia**. v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.
- LOBATO, A. C. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista de informação legislativa**. n. 129, p. 85-98, jan./mar. 1996.
- MARINS, J. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 5 ed. rev. atual. e ampl. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MIRANDA, J. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.
- MONTEIRO, A. P. Breve nótula sobre a proteção do consumidor na jurisprudência const-

tucional portuguesa. In: MONTEIRO, A. P.; NEUNER, J.; SARLET I. W. (org.) Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

NERY JÚNIOR, N. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NISHIYAMA, A. M.; DENSA, R. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo, n. 76, p. 14-44, out./dez. 2010.

NOGUEIRA, T. L. T. **A prova no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 1999.

PINHEIRO, A. C.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RIBEIRO, M. C. P.; GALESKI JUNIOR, I. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1605489. Recurso Especial 2016/0001175-8. **Diário Oficial da União**. 18 out. 2016.

_____. Recurso Especial 1515895. Embargos de Divergência em Recurso Especial 2015/0035424-0. **Diário Oficial da União**. 20 set. 2017.

_____. Recurso Especial 1358057. Recurso Especial 2012/0262057-3. **Diário Oficial da União**. 25 jun. 2018.

TOKARS, F. L. **Assimetria informacional**. In: RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (orgs.) O que é análise econômica do direito. Uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, p. 89-95, 2011.

WILLIAMSON, O. E. **The economic institutions of capitalism**. Firms, markets, relational contracting. New York: The Free Press, 1985.