

O fornecedor na ordem econômica contemporânea: a necessária análise do código consumerista sob a perspectiva do empresário

Autore: Debora Camargo de Vasconcelos

In: Diritto civile e commerciale

SUMÁRIO: 1 introdução 2 Aspectos econômicos e relevantes do código de defesa do consumidor à luz da liberdade de iniciativa: a defesa do consumidor como princípio fundamental na ordem econômica 2.1 A liberdade de iniciativa e livre concorrência como princípios fundamentais na ordem econômica 3 O fornecedor à luz do código de defesa do consumidor 3.1 O aparente conflito entre o direito do consumidor e do fornecedor 4 A tendência paternalista do código de defesa do consumidor 5 A boa-fé nas relações de consumo 6 Conclusão 8 Bibliografia.

PALAVRAS-CHAVE: 1 Fornecedor 2 Consumidor 3 Equilíbrio 4 Paternalismo 5 Boa-fé 6 Empresário.

RESUMO: Apesar do Código de Defesa do Consumidor tratar sobre os interesses do consumidor, observou-se que tanto o direito deste, como o do fornecedor (livre iniciativa) foi elevado ao mesmo patamar de importância pela Constituição Federal. Apesar de aparentemente o direito do consumidor se contrapor ao direito do fornecedor, gerando um conflito de interesses, ambos buscam os mesmos objetivos: harmonia, equilíbrio e pleno desenvolvimento. Considerado o consumidor como vulnerável nas relações de consumo, mesmo nas hipóteses que age consciente e de maneira informada, demonstra a tendência paternalista do Código de Defesa do Consumidor que é falho por possibilitar ao consumidor não ser responsabilizado por seus atos mesmo tendo manifestado sua vontade. Notadamente, o paternalismo pretoriano que refere-se a postura do magistrado na apreciação do caso concreto que rompe com o binômio liberdade e responsabilidade do consumidor, não contribui para a harmonização do mercado de consumo. Isto demonstra como o fornecedor fica desprotegido e quicá vulnerável perante as decisões dos magistrados que muitas das vezes são favoráveis ao consumidor mesmo que este não apresente conduta honesta, transparente, pautada na boa-fé, prejudicando com isso a atuação do empresário no mercado de

consumo. Inobstante o entendimento paternalista do Judiciário, tem se verificado uma mudança de postura, de modo que nas decisões individuais, os tribunais estão analisando a figura do fornecedor como uma peça chave para o crescimento e desenvolvimento econômico do país, em especial, aquele que cumpre o seu mister na atividade econômica, contribuindo para o desenvolvimento pleno. Na verdade, só haverá o equilíbrio nas relações consumeristas quando o CDC e os magistrados acabarem com o protecionismo absoluto em favor do consumidor.

1 INTRODUÇÃO

A defesa do consumidor foi elevada à categoria de princípio geral da atividade econômica pela Constituição Federal, com status de direito fundamental, juntamente com a liberdade de iniciativa e livre concorrência.

A relevância da defesa do consumidor e da liberdade de iniciativa, aqui entendida como o direito do fornecedor no presente trabalho, serem reconhecidos constitucionalmente como princípios fundamentais da Ordem Econômica, se dá pelo antagonismo de suas finalidades.

O ensaio proposto irá delinear como a doutrina e a própria Constituição Federal solucionam o conflito de direitos que ocupam posição idêntica no Ordenamento Constitucional e são imprescindíveis para se alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O trabalho também traz uma crítica à tendência paternalista do Código de Defesa do Consumidor ante a sua aplicação irrestrita e suas consequências na Ordem Econômica.

Também aponta soluções para a tutela do fornecedor face a conduta do consumidor que viola preceitos da legislação de regência, bem como o posicionamento da jurisprudência contemporânea a respeito.

2. ASPECTOS ECONÔMICOS E RELEVANTES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição Federal, consoante preceitua o artigo 170, elevou à categoria de princípios gerais da atividade econômica a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte.

Em especial o primado da defesa do consumidor ainda está previsto no artigo 5º, inciso XXXII, 24, inciso VIII, 150, § 5º e 48 ADCT.

Tudo com a finalidade de assegurar a todos existência digna, pautada nos ditames da justiça social, para assim, alcançar o desenvolvimento pleno e sustentável do país.

O Código de Defesa do Consumidor foi promulgado para concretizar um dos princípios da atividade econômica - a defesa do consumidor.

A sua institucionalização ocorreu em grande parte devido ao crescimento e desenvolvimento econômico das empresas, que provocou o distanciamento do fornecedor com o consumidor e segundo a exposição de motivos do CDC deixou o consumidor em situação de desvantagem e desequilíbrio nas relações consumeristas.¹

Ademais, a intenção do CDC foi proteger a parte considerada mais fraca nas relações de consumo, expondo que é mais fácil o consumidor ser lesado em seus direitos que o fornecedor, por ser mais vulnerável que este, diante de formação de monopólios, oligopólios, carência de informações sobre a qualidade dos produtos, serviços, preços dentre outros, encontrando-se desprotegidos frente à organização das empresas.

Deste modo, a proteção do consumidor veio com o fim de reequilibrar a relação de consumo, assim como proibir e limitar determinadas práticas consideradas abusivas de mercado.

Assevera Beyla Esther Fellous² que:

O direito do consumidor avançado contribui não apenas para a atribuição de uma proteção adequada do consumidor, a quem este procura proteger, mas também porque colabora com o próprio desenvolvimento do mercado em questão, que se torna mais competitivo e eficiente, capaz de oferecer produtos com grau de qualidade superior, a preços inferiores.

Neste sentido aduz Adalberto Simião Filho³ que:

Destarte, a defesa do consumidor deve ser assegurada pelo Estado, que também deverá assegurar, por outro lado, a livre concorrência empresarial, cujos limites se encontram na tutela dos destinatários finais de produtos e serviços.

Não se pode olvidar que sua introdução no Ordenamento Jurídico Pátrio trouxe imensurável mudança de paradigma, tendo em vista que até então, as relações jurídicas eram reguladas pelo Código Civil de 1916, que por sua vez priorizava a plena liberdade das partes e o ‘pacta sunt servanda’

A possibilidade de intervenção do Estado de forma incisiva e direta nas relações de consumo, com a finalidade de assegurar o equilíbrio entre as partes e os direitos do consumidor, renovou por completo aquela antiga autonomia privada, rompendo definitivamente com o dogma da vontade, que trazia uma igualdade meramente formal.

Frise que a importância do CDC não se dá apenas no âmbito das relações de consumo, mas como um microsistema com cláusulas gerais, abrange todas as relações contratuais.

O CDC realmente é um mecanismo eficiente para assegurar os direitos do consumidor, garantindo a igualdade material de tratamento entre fornecedor-consumidor, proporcionando o efetivo desenvolvimento econômico, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal.

No entanto, como será demonstrado, a defesa do consumidor não pode inviabilizar a liberdade de iniciativa, eis que tais dispositivos constitucionais encontram-se em igualdade de posição, não havendo hierarquia entre eles, até porque todos os princípios elencados no artigo 170 da Constituição Federal são meios para atingir o desiderato constitucional, qual seja, alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

2.1 A LIBERDADE DE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM ECONÔMICA

Com previsão na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso IV e artigo 170, caput, a livre iniciativa é considerada fundamento da ordem econômica. Elevada à condição de princípio fundamental, juntamente com valores sociais do trabalho, conforme se verifica:

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:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

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, (...):

O eminente José Afonso da Silva⁴ ensina que a livre iniciativa significa liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo.

Com efeito, a liberdade de iniciativa se manifesta entre outros pela livre concorrência e ambas se complementam.

Celso Bastos, citado por Eros Grau⁵, ensina que:

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito a ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.

Nas pertinentes palavras de Celso Bastos⁶, a livre concorrência consiste:

Na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, da procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário de livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambos situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência.

Verifica-se que há liberdade no mercado, seja para o exercício de atividades econômicas, seja na disputa para se alcançar melhor espaço nesse meio, sendo tal liberdade, nas palavras de Carlo Barbieri Filho⁷, “elemento fundamental para o democrático desenvolvimento da estrutura econômica, pedra de toque das liberdades públicas no setor econômico”.

Diante disso, constata-se que após o advento da Constituição Federal, a empresa foi elevada a nível de destaque jamais dado pelo Ordenamento Jurídico, o que só fez reconhecer a sua inquestionável função no mercado, qual seja, de ser a mola propulsora da atividade econômica ao produzir riquezas, empregar e assim contribuir para o desenvolvimento do país.

3 O FORNECEDOR À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Neste contexto, para analisar o papel do fornecedor à luz do Código consumerista, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre a figura do empresário e aspectos da Ordem Econômica.

A figura do empresário coincide com a do fornecedor do Código de Defesa do Consumidor, pois aquele exerce profissionalmente atividade econômica, organizada, para a produção ou circulação de bens e serviços, assim como o fornecedor.

Neste sentido entende Newton De Luca, citado por Fernando Büscher Von Teschenhausen Eberlin⁸ que:

Demarcado, de um lado, pelo direito comercial, com o qual se interpenetra necessariamente, não apenas pelo fato de serem os atos de consumo atos comerciais mistos, (...) mas pela simples e boa razão de que o empresário e a empresa constituem o próprio cerne do direito comercial moderno e ambos são no direito do consumidor, o principal tipo de fornecedor.

Ademais, a forma como são aplicadas as normas consumeristas pode influenciar no desenvolvimento econômico do país, na medida em que determina a distribuição dos riscos do desenvolvimento entre fornecedores, consumidores, sociedade, governo, concorrência, dentre outros fatores. Isso significa que os empresários, analisando as leis de mercado, o tratamento que as normas consumeristas dispensa aos fornecedores, os levaria a investir no mercado consumidor do país.⁹

É certo, porém, que se houver um equilíbrio quanto à responsabilidade do empresário pelo risco do empreendimento, que ele se sinta mais seguro em relação ao mercado, bem como para investir no desenvolvimento científico e tecnológico do país.

Do contrário, como pontuou Fernando Büscher Von Teschenhausen Eberlin¹⁰:

A responsabilização dos empresários pelos riscos do desenvolvimento, de forma radical e desmedida, pode elevar os custos da produção a ponto de tornar a atividade inviável, o que andaria na contramão dos princípios constitucionais da atividade econômica. A necessidade de estabelecer a interpretação jurídica adequada sobre os riscos do desenvolvimento, através da definição de regras de conduta e de deveres objetivos dos empresários, se impõe em face do igualmente necessário desenvolvimento da economia.

Neste sentido, James J. Martins de Souza¹¹, expõe que:

A hipótese extrema configurada pelo risco do desenvolvimento, se usada de modo a tornar insuportável a assunção do risco pelo setor produtivo da sociedade, trazendo eventual iniquidade na distribuição na carga de responsabilidade, pode vir em detrimento do próprio desenvolvimento social, por razões de ordem econômica, além de trazer repasse de riscos de tal ordem que possa tornar inacessível a comercialização de determinados tipos de produtos.

Valer dizer que, toda e qualquer atividade desempenhada pelo empresário/fornecedor deverá ser ponderada em seu favor, caso contrário, o desestímulo levaria a estagnação do desenvolvimento econômico, arcando com os prejuízos, a sociedade.

Ademais, sabe-se que a competição entre as empresas estimuladas pela concorrência e livre iniciativa, além de proporcionar maior segurança aos consumidores, oferecem produtos com maior qualidade, melhor preço, que os favorece.

Portanto, a concorrência é o motor que move os mercados e o fornecedor é o responsável pela sua viabilização, razão pela qual deve-se prestigiar a sua posição na Ordem Econômica, principalmente quando sua conduta estiver pautada nos conceitos éticos do desenvolvimento da atividade econômica.

Ocorre que a liberdade de iniciativa e livre concorrência e o direito do consumidor são princípios aparentemente antagônicos, mas que compõem o mesmo texto constitucional, como veremos a seguir, tais princípios devem ser analisados de forma a se buscar a harmonia entre eles, dada a sua importância e a ausência de hierarquia entre os mesmos.

3.1 O APARENTE CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIVRE INICIATIVA E DEFESA DO CONSUMIDOR: CONSUMIDOR x FORNECEDOR

Como visto no decorrer do ensaio, o direito do consumidor se contrapõe à livre iniciativa, gerando um aparente conflito de direitos.

Somente aparente, porque a própria Constituição Federal determina que todos os princípios devem ser analisados como um todo, tendo em vista inexistir hierarquia entre os mesmos.

A doutrina, por sua vez, aponta a técnica da ponderação para buscar a harmonização dos conflitos, sendo tal técnica complementada pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade, assim, nas palavras de

Daniel Sarmento¹²

O princípio da proporcionalidade é essencial para a realização de ponderação de interesses constitucionais, pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subseqüentes é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação.

Na verdade, ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, representando duas faces de uma mesma moeda. Como afirmou Willis Santiago Guerra Filho a propósito do princípio da proporcionalidade, é ele que permite fazer o 'sopesamento' (Abwägung, balancing) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrem em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito.

Com efeito, na ponderação, a restrição imposta em cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: a) Mostrar-se a apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, b) não houver solução menos gravosa, e c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

Portanto, as ponderações de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade.

Com efeito, o juízo de ponderação deve ser observado em caso de direitos fundamentais antagônicos para a aplicação harmônica do direito, buscando sempre o equilíbrio.

Outro não é o entendimento de Paulo Bonavides:¹³

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Assim, as técnicas da ponderação, somada aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade visam concretizar os direitos fundamentais no plano fático, notadamente para que todos convivam entre si, em equilíbrio.

Destarte, pode-se concluir que a liberdade de iniciativa encontra limite na defesa do consumidor, mas somente quando aquela é exercida de modo a violar a dignidade deste e vice versa. Assim, tem-se que os

princípios da livre iniciativa e a defesa do consumidor se limitam entre si, para a busca do pleno desenvolvimento.

Inobstante existir o caminho para a harmonização dos princípios ora em análise, verifica-se que a falta de previsão legal sobre a tutela do fornecedor, acaba por desprestigiá-lo face ao direito do consumidor, que tem um código inquestionavelmente paternalista à sua disposição, como o tem o trabalhador com a Consolidação das Leis do Trabalho, além das Súmulas e Orientações Jurisprudenciais.

Longe de se questionar sobre a tutela do consumidor, a intenção é demonstrar que a defesa irrestrita do consumidor não merece prevalecer quando este não está em posição de vulnerabilidade e age fora dos padrões da boa-fé.

4 A TENDÊNCIA PATERNALISTA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na visão geral do Código de Defesa do Consumidor, entende-se que nas relações de consumo, é mais fácil o consumidor ser prejudicado em seus direitos, por ser mais vulnerável aos danos que o fornecedor.¹⁴ Foi neste sentido, que o legislador pátrio positivou as normas em favor do consumidor, o considerando sempre vulnerável e conseqüentemente o protegendo, no sentido de livrá-lo de suas responsabilidades.

Em outras palavras, mesmo quando o fornecedor oportuniza o acesso as informações necessárias e completas, o direito de arrependimento dentro de um determinado período e o consumidor manifesta a intenção de celebrar o negócio e assim o faz, ainda existe a unilateralidade nas decisões dos julgadores que entendem pela irresponsabilidade do consumidor, diante de um conflito de interesses.

Muito embora, exista reconhecimento pelos sociólogos e cientistas políticos a respeito do paternalismo em

nossa cultura, ele é pouco estudado. Contudo, as decisões jurisprudenciais, em qualquer instância, evidenciam que o paternalismo está presente na tradição jurídica brasileira e que talvez por esta razão não desperta maiores questionamentos e polêmicas a respeito, justamente por já estar incorporado à cultura e não suscitar aspecto negativo no meio social.¹⁵

Inobstante a doutrina tratar de vários modelos de paternalismo, será abordado apenas o paternalismo pretoriano, que servirá de parâmetro para analisar como o fornecedor fica desprotegido e quiçá vulnerável perante as decisões dos magistrados.

Esta espécie de paternalismo refere-se a conduta e a postura do magistrado frente o caso concreto, que ao julgá-lo rompe com a liberdade e responsabilidade do consumidor e não contribui com a harmonização do mercado de consumo.

Neste sentido expõe Rodolpho Barreto Sampaio Júnior:¹⁶

Contudo, também na jurisprudência, independentemente da instância ou natureza do litígio, observa-se que há uma tendência em conferir excessiva proteção a certas categorias de pessoas, negando-lhes a possibilidade de agirem de acordo com a sua própria vontade e, em alguns casos, subtraindo-lhes ex post factum a capacidade de terem agido em determinadas situações, permitindo-lhes arrependem-se de seus atos sem terem que arcar com qualquer conseqüência. O binômio liberdade-responsabilidade fica, neste contexto, seriamente abalado. Confere-se ao indivíduo uma paradoxal dupla possibilidade de agir, concomitante e sucessivamente, e se lhe permite arrependem-se do caminho trilhado sem nenhum ônus.

Essa proteção conferida a determinadas pessoas que no momento de serem julgadas, tem o respaldo da convicção pessoal do magistrado, quebra a lógica do direito privado de liberdade e responsabilidade do indivíduo por seus atos.

Contudo é notório que o fornecedor é quem arcará com as consequências, sofrendo prejuízos de ordem patrimonial e moral, esta, na medida que atinge a imagem de sua empresa, aquela, quando tem que indenizar o consumidor causador do dano, que diante do protecionismo que o cerca não responderá por seus atos.

O caso abaixo transcrito demonstra a orientação paternalista do julgado que desconsiderou o impacto que poderia causar na sociedade e entre as partes, não ponderou a liberdade individual tampouco a responsabilidade, desestimulando com o resultado da demanda a idéia de que se tem liberdade tem responsabilidade equivalente.

[...] sem dúvida alguma os grandes lucros resultam de uma 'aposta' arriscada, porém a perda da aposta poderia significar apenas perda total de rendimentos ou um rendimento menor do que o esperado e não uma perda tão expressiva.[...] Os réus insurgem-se contra o pedido autoral alegando que os autores tinham conhecimento do risco que assumiram e que o fato ocorreu devido a alterações na política econômica. Creio que a questão não pode ser tratada de forma tão singela, em que pese os entendimentos em contrário. São três as questões suscitadas pelos autores: propaganda enganosa, má gestão e gestão fraudulenta. Eu não diria que houve propaganda enganosa, mas é inquestionável que os autores fizeram os investimentos acreditando que os Fundos administrados pelo Banco Marka e geridos por Marka Nikko apresentavam as condições de segurança e rentabilidade necessárias. Não resta dúvida de que os réus 'venderam uma boa imagem' com o fim de angariar investidores. Nesse sentido, podemos concluir que a propaganda veiculada foi decisiva para os autores no momento de escolher o Fundo de Investimento. O entendimento de que os autores são pessoas esclarecidas, com nível superior de formação, que procuraram um Banco de Investimento para fazer uma aplicação de risco não pode significar que eles sabiam da extensão do risco e, tampouco, pode servir de subsídio para isentar os réus de responsabilidade. O envio de extratos e de REPORT informando os altos rendimentos dos Fundos também não é suficiente para comprovar que os autores tinham ciência do risco que estavam assumindo. Retorno elevado não pode significar risco de perda total, mas apenas que a perda pode ser maior do que a que ocorre em aplicações mais conservadoras. O fato do prospecto conter uma seta indicativa de risco elevado não significa que os investidores soubessem que estavam sujeitos a perder todo ou quase todo o capital investido. Nem as setas nem o aviso constante do material enviado aos investidores, alertando que 'rentabilidades passadas não eram garantias de rentabilidades futuras compatíveis', podem ser

considerados informativos do risco de perda total. Este aviso, ao meu sentir, apenas esclarece que a rentabilidade pode ser bem menor ou até mesmo não haver rentabilidade, jamais poderia significar perda do capital investido. Esse foi o entendimento dos autores. Risco elevado não pode significar risco total. Quem entregaria seu dinheiro a um administrador sabendo que ele poderia ocasionar a perda total de seu investimento? A alegação de que o regulamento do fundo previa a perda do capital investido não pode prevalecer, não só porque o regulamento não foi entregue aos investidores, mas também pelo fato do regulamento conter cláusula idêntica para todos os tipos de fundo, inclusive o DI 60, que é do tipo conservador. Como seria admissível que um fundo conservador pudesse ocasionar a perda total do capital?”¹⁷

Percebe-se, contudo que a magistrada entende não ser possível que um investidor perda o próprio capital investido, mesmo tendo ciência da possibilidade disso ocorrer.

Como o objetivo aqui não é entrar no mérito da questão, mas simplesmente demonstrar que ao investidor/consumidor foi assegurado a integridade de seu patrimônio acrescido de danos morais, mesmo tendo perdido a aposta, situação que demonstra que o paternalismo está presente em nossa sociedade, vindo muitas vezes em desfavor do fornecedor, que sofre os prejuízos pela não responsabilização do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor inúmeros deveres tais como: o dever de informar, possibilitando ao consumidor o acesso à informação adequada, clara, suficiente e necessária e, por conseguinte, permite-lhe manifestar o seu consentimento informado. Do mesmo modo, assegura ao consumidor o direito de refletir e se arrepender, quando se tratar de negócios celebrados fora do estabelecimento empresarial.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor preza pela transparência e boa-fé nas relações de consumo e impõe ao fornecedor o encargo de manter o equilíbrio nas relações de consumo, ante a vulnerabilidade do consumidor. No entanto, esquece de afastar o paternalismo pretoriano e a irresponsabilidade do

consumidor, nas decisões jurisprudenciais.

Logo, só se alcançará um mercado de consumo maduro e harmônico quando acabar o protecionismo do consumidor e começar a responsabilizá-lo por seus atos. Neste momento, o consumidor estará no mesmo patamar que o fornecedor não sendo este, relegado a segundo plano como vem acontecendo nos julgados pátrios.

5 A BOA-FÉ NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4º, inciso III, dispõe sobre a transparência e harmonia das relações de consumo, voltando-se para os princípios da boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Entende-se por boa-fé a atitude honesta, transparente e leal das partes, de modo que elas cumpram os fins estabelecidos na relação de consumo-contrato, sem adentrar na esfera dos direitos de outrem. Sendo estas características fundamentais para a concretização de um negócio jurídico com qualidade, tanto para o consumidor quanto para o fornecedor.

Ademais, quando o fornecedor, trata seus clientes com seriedade e honestidade, além da credibilidade ganha confiança no mercado, conferindo proteção ao consumidor e contribuindo com o desenvolvimento da ordem econômica¹⁸.

Contudo, a boa-fé adotada pelo CDC é a objetiva, que consiste justamente no comportamento das partes norteadas por valores como: respeito, confiança, lealdade, transparência dentre outros.

Luiz Antônio Rizzato Nunes, assevera que:¹⁹

(...) a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente com a análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para o outro. A boa-fé objetiva funciona, então, como um modelo, um standard, que não depende de forma alguma da verificação da má-fé subjetiva do fornecedor ou mesmo do consumidor. Assim, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa a garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes.

Contudo, observa-se que a lei presume a boa-fé de ambas as partes envolvidas na relação negocial, buscando a harmonia e o equilíbrio dos interesses dos consumidores e fornecedores. No entanto, muitas das vezes ocorre à má-fé por parte dos consumidores que por julgarem estar ou ser a parte hipossuficiente, acaba por descumprir preceitos fundamentais do Código de Defesa do Consumidor, reclamando aos órgãos de proteção por direitos que julgam ter, mas não os tem.

Exemplo disso são as muitas reclamações dos consumidores no Órgão Estadual de Defesa do Consumidor - DECON - Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, como no caso específico, envolvendo a empresa Coelce, o membro do Ministério Público Estadual constatou nos autos, através de termo de ocorrência de irregularidade emitido pela concessionária, que a reclamante havia realizado procedimento irregular na instalação elétrica de sua residência, mais conhecido popularmente como “gato”.²⁰

Contudo, observa-se que muitas empresas estão apresentando comportamento responsável, vale dizer,

voltando-se para o seu público e para a solução dos problemas em torno do produto ou serviço colocado no mercado, cumprido as normas legais, sendo vítima, muita das vezes, da má-fé do próprio consumidor que utiliza os instrumentos do CDC, que não são poucos, para conseguir obter vantagem econômica, desequilibrando, portanto, as relações de consumo, prejudicando o fornecedor que responde objetivamente nestas transações.

Diante disso, questões como o comportamento da empresa, a forma como ela interage com seu público interno e externo (empregados e consumidores) deverão ser sopesados, a fim de evitar indenização indevida pela empresa (fornecedora) e enriquecimento ilícito do consumidor que de má-fé utiliza os instrumentos de proteção do CDC para angariar vantagem econômica.

Destarte, parece-nos que a observância do princípio da boa-fé nas relações de consumo, é o meio mais eficaz, se não o único, do fornecedor se proteger da “indústria da indenização”, sendo certo que o parágrafo 3º do artigo 12 do CDC é insuficiente para tutelar o direito do fornecedor.

Em razão disso, e também por estar atento às mudanças sociais, seja pela incorporação do CDC na sociedade em praticamente todos os seus níveis, seja pela postura diferenciada pautada na função social que as empresas estão adotando, até por ser uma exigência do próprio mercado, o Poder Judiciário tem se valido de uma interpretação sistemática da Constituição e do CDC, analisando cada caso concreto, para que a prestação jurisdicional seja efetiva e pautada na justiça material.

Como se depreende do seguinte julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que negou indenização por danos morais a consumidor, confirmando sentença de Primeira Instância, tendo em vista que o fato do Plano de Saúde ter cancelado o serviço equivocadamente, não é passível de gerar a indenização postulada, visto que a empresa efetuou o reembolso aos autores, não restando demonstrado que o Plano de Saúde tenha agido de má fé²¹.

DANO MORAL. Plano de saúde. Cancelamento indevido. Consumidores

que suportaram débito automático do valor do prêmio após o cancelamento. Operadora que efetuou o reembolso dos valores cobrados em tal período tão logo tomou ciência do equívoco. Ausência de demonstração de que a situação tenha gerado sofrimento anormal aos autores. Dano moral não configurado. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. Impossibilidade de aplicação do disposto no art. 42, parágrafo único do Cód. de Defesa do Consumidor, ante a inexistência de má-fé da prestadora de serviços. Apelo desprovido.

No corpo do julgado o Emérito Relator pontuou que os autores não demonstraram que haviam amargado qualquer prejuízo, além do mais a operadora efetuou o reembolso dos valores tão logo teve conhecimento dos fatos, não se verificando dolo em sua conduta, para fazer jus ao pagamento em dobro, previsto no artigo 42 do CDC.

Deste modo, podemos perceber que, inobstante o paternalismo ao consumidor seja uma constante no Judiciário Brasileiro, a mudança de postura de alguns julgadores, atentos ao comportamento das partes envolvidas no litígio e não apenas na letra fria da lei, vem ocorrendo para integrar de forma coerente e justa o fato à norma e, assim, cumprir o seu mister, pois a tutela jurisdicional diferenciada é uma das respostas para a busca da efetividade da prestação jurisdicional.

Portanto, para chegar ao equilíbrio das relações de consumo, tão almejado e desejado pelo Código de Defesa do Consumidor, faz-se necessário valorizar a atuação de boa-fé dos fornecedores de produtos e serviços, que atuam no mercado de forma transparente e voltada ao consumidor.

6 CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que a institucionalização do CDC concretizou preceito estatuído na Carta Constitucional, além de proporcionar, com suas normas protetivas, o reequíbrío nas relações de consumo que assim necessitam desse amparo.

De igual maneira, o empresário, aqui entendido como fornecedor, recebeu idêntico tratamento da Constituição Federal em seu artigo 170, eis que, tanto a defesa do consumidor como a liberdade de iniciativa e livre concorrência estão inseridos no mesmo texto Constitucional.

No entanto, o direito do consumidor tem sido considerado superior aos demais e o fornecedor relegado a segundo plano, sem exceções, o que merece ser ponderado, haja vista que a forma como são aplicadas as normas consumeristas, irão influenciar no desenvolvimento econômico do país, notadamente quando a conduta do fornecedor estiver pautada na transparência e na boa fé em suas relações contratuais e a conduta do consumidor não.

Assim sendo, parece-nos que uma possível solução diante do nosso contexto jurídico contemporâneo, ficará a cargo do Poder Judiciário, que verificará em cada caso concreto a existência ou não da vulnerabilidade do consumidor, não a reconhecendo irrestritamente, tudo em observância aos princípios da boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Adhemar, Direito do Consumidor, Exoneração de responsabilidade do fornecedor. Análise e inteligência do artigo 25 do CDC. Exoneração de responsabilidade pelo consumidor, FADAP Revista Jurídica, n. 04, São Paulo: Editora da Faculdade de Direito da Alta Paulista, 2001.

BARBIERI FILHO, Carlo, Disciplina jurídica da concorrência - “Abuso do poder econômico”, Resenha Tributária, 1984, p. 119/120 apud Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, “comentários à Constituição do Brasil, vol. 7, São Paulo, Saraiva, 1990.

BASTOS Celso. Comentários à Constituição do Brasil, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990.

BONAVIDES Paulo. Curso de Direito Constitucional, 9ª Ed., Malheiros, 2000.

EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2007.

FELLOUS, Beyla Esther. Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição 1988, 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 9ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Beatriz Azevedo de. A boa-fé objetiva nas relações contratuais de consumo. Disponível em:

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4067/a-boa-fe-objetiva-nas-relacoes-contratuais-de-consumo>, Acesso em 13/11/2010.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. Código de Defesa do Consumidor Comentado. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho_barreto_sampaio_junior.pdf>. Acesso em 09/11/2010.

SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SIMIÃO FILHO, Adalberto. DE LUCCA, Newton (Coord). Direito empresarial contemporânea. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira , 2004.

SOUZA, James J, Martins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. Revista de Direito do Consumidor, n.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1993.

XAVIER, Rafael Alencar. Diretos do Fornecedor: Equilíbrio nas relações de consumo. Disponível em: <<http://www.decon.ce.gov.br/artigos/Doutrinaparapublicacao.pdf>>. Acesso em 13/11/2010.

1 GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 9ª ed. rev. atual e ampl. Ro de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 06/07.

2 FELLOUS, Beyla Esther. Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 184.

3 SIMIÃO FILHO, Adalberto. DE LUCCA, Newton (Coord). Direito empresarial contemporânea. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira , 2004, p. 181.

4 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 760.

5 GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição 1988, 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 232.

6 BASTOS, Celso. Comentários à Constituição do Brasil, vol.7, São Paulo, Saraiva: 1990, p. 25.

7 BARBIERI FILHO, Carlo, Disciplina jurídica da concorrência - “Abuso do poder econômico”, Resenha

Tributária, 1984, p. 119/120 apud Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, “comentários à Constituição do Brasil, vol. 7, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 25.

8 EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. Revista de Direito do Consumidor, n. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2007, p. 12.

9 EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Op. Cit., p. 10/12.

10 Idem, ibidem, p. 12.

11 Souza, James J, Martins de. Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos. Revista de Direito do Consumidor, n.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1993, p. 126.

12 SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2002.

13 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 9ª Ed., Malheiros, 2000, p. 386.

14 SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. Código de Defesa do Consumidor Comentado. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006, p. 169.

15 SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. A defesa do consumidor e o paternalismo jurídico. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/rodolpho_barreto_sampaio_junior.pdf>. Acesso em 09/11/2010.

16 SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. Op.cit.,

17 RIO DE JANEIRO. Justiça Estadual, 33ª Vara Cível. Ação de Indenização nº 1999.001.141054-2. Autor: Aldo Henrique Ramos e outros. Réu: Fundo de investimentos Marka Nikko Asset Management S/C Ltda. e outros. Juíza: Lecília Ferreira Lemmertz. Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2006. Diário Oficial do Estado/RJ, Rio de Janeiro, p. 229-232, 19 set. 2006.

18 OLIVEIRA, Beatriz Azevedo de. A boa-fé objetiva nas relações contratuais de consumo. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/4067/a-boa-fe-objetiva-nas-relacoes-contratuais-de-consumo>, Acesso em 13/11/2010.

19 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000, p. 108.

20 XAVIER, Rafael Alencar. Diretos do Fornecedor: Equilíbrio nas relações de consumo. Disponível em: <<http://www.decon.ce.gov.br/artigos/Doutrinaparapublicacao.pdf>>. Acesso em 13/11/2010.

21 TJSP - Apelação Cível nº . 990.10.157014-9 - 6ª Câm. Dir. Priv. - Rel. Des.Roberto Solimene - DJ 07/10/2010.

<https://www.diritto.it/o-fornecedor-na-ordem-economica-contemporanea-a-necessaria-analise-do-codigo-consumista-sob-a-perpectiva-do-empresario/>