

APONTAMENTOS SOBRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

MARCOS TOFANI BAER BAHIA

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Secretário Executivo do Procon Estadual – MP-MG

Especialista em Ética e Pensamento Jurídico

Professor de Direito do Consumidor do Centro de Atualização em Direito –

CAD-MG

Membro da Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor –

MPCON

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 A defesa do consumidor como direito fundamental – 3 A relação jurídica de consumo – 3.1 O serviço público abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor – 4 O caráter principiológico do Código de Defesa do Consumidor – 5 Princípios e instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo – 6 Aspectos processuais específicos do Código de Defesa do Consumidor – 6.1 Ação civil coletiva e ação civil pública: necessidade da distinção – 6.2 O método para classificar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos – 6.3 A legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos – 7 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A proteção do consumidor é o tema mais atual em Direito. O homem do séc. XXI vive um novo modelo de associativismo a *sociedade de consumo*, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing e pela dificuldade de acesso à justiça.

Em nível mundial, a Organização das Nações Unidas – ONU reconheceu direitos fundamentais do consumidor que inspiraram diversas legislações, entre as quais o nosso Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990). São eles: *direito à segurança* (garantia contra produtos ou serviços que possam ser perigosos à vida ou à saúde), *direito à escolha* (opção entre vários produtos ou serviços com qualidade satisfatória e preços competitivos), *direito a ser ouvido* (os interesses dos consumidores devem ser levados em consideração pelos governos, no planejamento e execução da política econômica), *direito à indenização* (reparação financeira por danos causados por produtos ou serviços), *direito à educação para o consumo* (meios para o cidadão exercer conscientemente sua função no mercado), *direito a um meio ambiente saudável* (defesa do equilíbrio ecológico

para melhorar a qualidade de vida agora e preservá-la para o futuro) e *direito à informação* (conhecimento dos dados indispensáveis sobre produtos ou serviços, para uma decisão consciente).

É fato que atualmente nós, consumidores, estamos cada vez mais exigentes pela soma de diversos fatores, entre os quais se destacam o histórico (entre o fim da 2ª guerra e a década de 70, a procura por produtos era maior do que a oferta), o tecnológico (acesso à comunicação), os políticos (fim da ditadura e da guerra fria), o macroeconômico (globalização da economia), os sociais (cidadania e maior consciência de nossos direitos), e o microeconômico (oferta maior de produtos e aumento da concorrência).

Na sociedade contemporânea, o modelo de produção é completamente diferente do que existia quando a formulação das leis era de ordem privada, como o Código Comercial e o Código Civil. A produção é feita em série e o consumo, em massa. Por conseguinte, a lesão atinge a um só tempo toda a sociedade de massa de consumidores. À medida que a população aumenta, aumenta a produção, a demanda e o consumo.

Diferentemente do que ocorria na economia clássica, não é mais o consumo que determina a produção, mas é esta que determina o que será ou não produzido. A verticalização das relações econômicas fez surgir um poderoso sistema de motivação e persuasão capaz de controlar consumidores. Com isso, as necessidades dos consumidores não são mais decorrentes de suas exigências físicas ou biológicas, ou mesmo do ambiente em que vivem e atuam, mas são em grande parte forjadas pelas campanhas publicitárias.

Inicia-se, assim, o fenômeno da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo. Para equilibrar esta relação, o Congresso Nacional elaborou, em 1990, o CDC, fundando-se no princípio da vulnerabilidade e no equilíbrio das relações de consumo (CDC, art. 4º).

2 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 - CF/88, ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no art. 5º, XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” O art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu que o Congresso Nacional deveria elaborar em 120 dias o Código.

A *defesa do consumidor* afigura-se, pois, direito e garantia fundamental e no art. 170, V, da CF/88; está prevista como *princípio da ordem econômica*. Se a ordem econômica tem por fim assegurar a todos *dignidade*, a *defesa do consumidor*, por conseguinte, é princípio para a preservação da dignidade da pessoa.

Enquanto preceito constitucional inserido no art. 5º da CF/88, a promoção da defesa do consumidor encontra-se sob o manto protetor do art. 60,

§ 4º, IV, da CF/88, não podendo, por tal qualidade, ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a aboli-la.

Tem o Estado, portanto, o dever de promover esse direito na forma da lei, atividade determinada expressamente pela CF/88 para a sua realização. Impõe-se, por conseguinte, ao legislador ordinário, conectar-se a esse direito fundamental, de modo a particularizar efetivamente a proteção constitucional por meio de normas jurídicas consentâneas com a defesa do consumidor, enquanto *direito humano fundamental*.

Sarlet (2003, p. 344), com propriedade, realça a importância da vinculação do legislador ordinário aos direitos fundamentais:

[...] esta vinculação, considerada com base numa dimensão filosófica e histórica, implica clara renúncia à crença positivista na onipotência do legislador estatal, significando, por outro lado (sob um ângulo dogmático-jurídico) a expressão jurídico-positiva da decisão tomada pelo Constituinte em favor da prevalência dos valores intangíveis contidos nas normas de direitos fundamentais em face do direito positivo. Valendo-nos aqui das expressivas palavras de Vieira de Andrade, há que reconhecer que “o poder legislativo (a potência legislativa) deixou de corresponder à ideia de um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante e juridicamente débil.” Ressalte-se, todavia, que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais representa um *plus* relativamente à vinculação dos poderes públicos, inclusive do legislador, às normas constitucionais em geral, como bem expressa o princípio da constitucionalidade, que, neste sentido, apresenta uma dimensão reforçada quanto aos direitos fundamentais.

Neste contexto, cumpre referir a paradigmática e multicitada formulação de Krüger, no sentido de que hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais [...]. De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora.

Prosseguindo nesse diapasão, a doutrina caracteriza o direito do consumidor como direito humano fundamental (MIRAGEM, 2002, p. 131-132):

Assim, o *direito do consumidor*, enquanto *direito subjetivo*, tem sede constitucional e caracteriza-se ontologicamente como *direito humano fundamental*, tomado o sujeito titular do direito na sua compreensão finalista, vinculada a uma dimensão própria da pessoa humana e de sua necessidade de consumo. Essa compreensão do fenômeno, todavia, só é possível se

tomamos a figura do consumidor, em sua perspectiva existencial, como um sujeito próprio com necessidades fundamentais.

Dai por que necessário tomarem-se as determinações legais de uma política nacional das relações de consumo (arts. 4º e 5º do CDC) como uma política de defesa dos direitos da própria pessoa, uma vez tutelando no âmbito próprio das relações de consumo bens jurídicos universais, como a dignidade, a vida, a saúde e segurança. [...] Nesse sentido, o ser humano consumidor será, antes de tudo, tomado como pessoa humana, tendo esta uma dimensão juridicamente protegida no que diz na sua condição de vulnerabilidade em dada relação a relação de consumo.

[...]

E o Código de Defesa do Consumidor, como iniciativa legislativa de realização daquele direito humano fundamental, uma prestação legislativa do Estado por expressa determinação constitucional, deve ser observado, inclusive no seu caráter expresso de lei de ordem pública, nessa mesma perspectiva, que determina necessariamente a ótima efetivação dos seus preceitos protetivos e promocionais.

De fato, a previsão constitucional da *defesa do consumidor*, como direito humano fundamental, coloca-o em posição de destaque na ordem jurídica pátria, verdadeiro parâmetro hermenêutico, reafirmando e consagrando a dignidade da pessoa humana como premissa maior do Estado democrático de direito (CF/88, art. 1º, III).

Enfim, a *defesa do consumidor* é um dos valores para o pleno desenvolvimento da personalidade humana.

Portanto, a necessidade de obediência ou respeito aos direitos humanos fundamentais, entre os quais se insere a *defesa do consumidor*, constitui alicerce indispensável à construção de um autêntico Estado democrático de direito, dignos que são de maior proteção constitucional por meio da sua inclusão no elenco das cláusulas pétreas (CF/88, art. 60, § 4º).

Para regulamentar o preceito constitucional da *defesa do consumidor*, veio à lume o CDC, estabelecendo regras de ordem pública e de interesse social (art. 1º) de proteção das relações jurídicas de consumo e do próprio consumidor.

3 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

A partir do que está previsto nos arts. 2º e 3º do CDC, é possível conceituar a relação jurídica de consumo. O CDC será aplicado sempre que houver uma relação jurídica de consumo, em primazia sobre qualquer outra legislação.

Adotando-se um conceito bem completo, por relação jurídica de

consumo entenda-se:

[...] o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e antes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa: (BONATO; MORAES, 2001, p. 63).

O primeiro conceito legal de consumidor está no art. 2º do CDC: “[...] toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como *destinatário final*. ” (grifo nosso).

Deve-se entender que o usuário e não somente o adquirente de um produto é consumidor, uma vez que na relação jurídica de consumo este também pode ser destinatário final do produto. De mais a mais, o consumo não se perfaz somente com a aquisição de produtos, mas também com a sua fruição.

É importante lembrar que a pessoa jurídica consumidora não é aquela que adquire os produtos ou serviços como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa como, por exemplo, a empresa que adquire borracha e metais para a fabricação de pneus. Tais bens entram na *cadeia produtiva* da empresa, não se inserindo no conceito de consumidor sob o ponto de vista da lei.

O parágrafo único do art. 2º do CDC alarga o conceito de consumidor - os chamados consumidores *por equiparação* - quais sejam a *coletividade* de consumidores. Neste caso, não se cuida aqui de consumidor individualmente considerado. O que se tem em foco é a *universalidade* de consumidores de produtos ou serviços, os quais podem ser pessoas indetermináveis, determináveis e determinadas, protegidas através dos chamados interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Podem ser os alunos de uma escola que estão sofrendo cobrança abusiva de mensalidades ou os assinantes e usuários de serviços de telefonia. Podem ser grupos de pessoas, classes ou até mesmo consumidores indeterminados, tais como os passageiros de um ônibus coletivo urbano em má condição de tráfego.

Alargando o conceito de consumidor, o art. 17 do CDC equipara-o a todas as *vítimas do evento*. Todas as pessoas que diretamente sofreram o acidente são consideradas consumidoras para os efeitos de aplicação do Código. Os transeuntes que estavam na rua e foram mortos quando o avião da TAM caiu, logo depois de decolar do aeroporto de São Paulo com destino ao Rio de Janeiro são considerados consumidores para efeito de aplicação do Código, podendo se valer de valiosos institutos processuais como o da inversão do ônus da prova e da proteção da ação coletiva intentada pelo Ministério Público - MP.

E finalmente o art. 29 do estatuto consumerista, equipara o conceito de consumidor a todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas

comerciais e contratuais previstas pelo Código. Neste caso, as normas de proteção do CDC terão, em especial, um caráter preventivo, vale dizer, protegerão seus direitos antes da ocorrência do dano. Podemos citar, como exemplo, uma publicidade enganosa veiculada em televisão ou jornal. Sendo a publicidade uma *prática comercial* que, quando enganosa, revela-se ilícita (CDC, art. 6º, IV, c/c art. 37, *caput*), quaisquer telespectadores ou leitores (identificados ou não) do comercial em questão, expostos a esta prática comercial ilícita, serão considerados, para todos os efeitos do Código, consumidores.

No outro lado da relação jurídica de consumo está o fornecedor, cujo conceito é ditado pelo art. 3º do CDC: “[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

A distinção dos vários conceitos de fornecedor vai ser relevante para delinear os casos de *responsabilização pelo fato e vício do produto e do serviço* (CDC, arts. 12, 14, 18 e 20) aos consumidores. A ampliação do conceito de fornecedor tem sua razão de ser, pois é uma das formas de se proteger o consumidor, o qual poderá acionar qualquer deles, em razão da solidariedade dos participantes da cadeia de fornecedores.

É importante frisar que deve haver a *habitualidade* para ser considerado fornecedor. A pessoa que anuncia a venda de um automóvel no jornal de forma *não habitual*, não é fornecedora, não se aplicando, o estatuto consumerista, mas as normas que regulam a relação jurídica de direito civil (Código Civil).

Os conceitos de *produto e serviço* encontram-se nos §§ 1º e 2º do art. 3º do CDC. Por *produto* entenda-se “[...] qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.” E, por *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.”

Grassa alguma controvérsia na doutrina a respeito de quais serviços públicos seriam considerados objeto da relação jurídica de consumo para efeito de aplicação do CDC.

3.1 O serviço público abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor

O *contribuinte* não se confunde com o *consumidor*. Os tributos em geral (taxa, contribuição de melhoria e impostos) não podem ser confundidos com *tarifas*, pois se inserem no âmbito das relações de direito tributário. As tarifas, que não são tributos, têm natureza jurídica de *preço público* e são inseridas no contexto de serviços prestados diretamente pelo Estado ou por

concessionárias.

A questão do serviço público no CDC está regulada nos arts. 3º, *caput*, 4º, VII, 6º, X, e 22.

A primeira abordagem que deve ser feita relaciona-se com a identificação de quais serviços públicos são abrangidos pela disciplina do CDC.

A doutrina mais recente, e da qual nos filiamos, assim se posiciona (BONATTO; MORAES, 2001, p. 99 et seq.):

Com efeito, o Estado moderno assumiu múltiplas e variadas funções, não somente na área social, como também na esfera econômica, realizando, até mesmo, atuação em nível de concorrência com empresas privadas.

Isto fez com que normas consumeristas também fossem direcionadas aos entes estatais, pois, no afã de terem de obter resultados empresariais positivos, surgiram ocasiões em que, também eles, passaram a atuar, eventualmente, em oposição aos interesses dos consumidores.

Hely Lopes Meireles apresenta uma boa conceituação de serviço público:

“[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.”

Partindo deste parâmetro doutrinário, já é possível afirmar que o serviço público pode ser realizado diretamente pelo organismo estatal, assim como por delegação a outros entes públicos ou privados.

Outro elemento de grande relevância diz respeito ao fato de que o serviço, sob o ponto de vista administrativo, é regido por normas e controles de direito público, *mas naqueles pontos em que for reconhecida a existência de relação jurídica de consumo, evidentemente será aplicada a Norma Protetiva, eis que especifica, além de todos aqueles argumentos já declinados anteriormente.*

Neste particular, não pode ser olvidado que as normas do CDC são, igualmente, de ordem pública e de interesse social, mais ainda a fortalecer o argumento.

Necessidades essenciais são as relacionadas à própria sobrevivência digna do grupo social e do Estado, não sendo, todavia, um indicador da existência de relação de consumo, posto que muitas necessidades satisfeitas pelo Estado caracterizam-se como atribuições do Poder Público, como agente político, não sendo, portanto, serviços remunerados especificamente.

Deste último comentário surge, então, a distinção básica que deve nortear a discussão do tema, qual seja a verificação de que existem serviços públicos próprios e impróprios.

Os *serviços públicos próprios*, também denominados *serviços uti universi*, são prestados pelo poder público sem que exista a possibilidade prévia de

serem identificados individualmente os destinatários. Exatamente por isso, são executados diretamente pela Administração, tendo em vista que, muitas vezes, são exigidos atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Desta forma, podem ser delegados.

Podemos citar como exemplo o serviço de segurança pública, o de saúde pública e outros, os quais são mantidos por tributos, sendo indivisíveis e não-mensurados na sua utilização.

Serviços públicos impróprios são os que atendem à conveniência dos cidadãos e podem ser prestados pelo Estado e, alguns deles, por delegação a terceiros. O pagamento destes serviços é efetivado através de tarifa (preço público) ou taxa. São também conhecidos como serviços *uti singuli*.

Nossa posição sobre o tema é a de que os serviços *uti universi* não sofrem incidência do CDC.

Os serviços *uti singuli*, por sua vez, podem ou não sofrer a incidência do CDC.

Para melhor explicar o posicionamento, necessário que discorramos sobre os conceitos de tributo, taxa, tarifa, contribuinte e consumidor.

Tributo está definido no artigo 3º do Código Tributário Nacional, como sendo "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Conforme o artigo 145 da Constituição Federal, eles são: impostos, taxas e contribuição de melhoria.

[...]

Assim, a taxa é uma imposição do poder público, eis que não contém o caráter de voluntariedade encontrado no ato de pagar o preço, seja privado ou público.

Identifica-se, também, porque pode ser cobrada sem que haja a fruição efetiva do serviço.

Todavia, o que mais releva é exatamente este caráter impositivo, o qual afasta completamente qualquer tipo de reconhecimento da existência da figura do consumidor.

De fato, o próprio artigo 145, inciso II, da Constituição Federal, fala que as taxas são instituídas para contraprestar serviços públicos oferecidos ao contribuinte, e não a consumidores.

[...]

Assim, podemos afirmar que o preço público ou tarifa envolve relação com contornos de direito privado, ao passo que a taxa, como qualquer outro tributo, por ser compulsória, envolve relação típica de direito público.

Cláudia Lima Marques comenta que interessa ao estudo do Código de Defesa do Consumidor:

“[...] somente aqueles serviços prestados em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre o consumidor e o órgão público, ou seu concessionário.”

A distinção supra é importante, pois definirá qual o regime jurídico que deve ser seguido, devendo, entretanto, ser feita uma ressalva no tocante ao comentado relacionamento entre consumidor e concessionário de serviço público, haja vista que, em tais circunstâncias, nunca haverá vínculo meramente cívico, pois a remuneração dos concessionários é feita por intermédio de preços públicos ou tarifas.

Dessarte, não se pode confundir o conceito de cidadão, que paga impostos, taxas e contribuições de melhoria, com o conceito de consumidor. Este possui seus direitos básicos consubstanciados no artigo 6º do CDC, sendo um dos principais o direito de livre escolha relativamente àqueles bens-da-vida de que, efetivamente, necessita.

No caso da imposição de taxas, o contribuinte nada pode opor. Estando o serviço público colocado à sua disposição, ele é obrigado a pagar.

[...]

Assim, deve ficar claro que, sob nossa ótica, todas as pessoas que se valham de serviços públicos remunerados por tarifa ou preço público sem dúvida alguma estão abrangidas pelas normas do CDC [...].

[...]

Finalizando, quanto aos serviços denominados *uti singuli*, somente estarão diretamente abrangidos pelas regras do CDC, na medida em que esteja completa a relação jurídica de consumo, com a participação efetiva de um consumidor, pelo que, afastados desta condição estariam os serviços públicos remunerados por taxas, eis que nestes está presente a figura do contribuinte.

Ademais, o Estado, quando exerce o poder de tributar, não atua com a profissionalidade exigida para que seja considerado fornecedor. Ou seja, no caso de serviços públicos remunerados por taxa, seu objetivo é a busca do bem comum, e não a satisfação de necessidades de lucro, de vantagem econômica, de desenvolvimento empresarial. Tal atividade, portanto, corresponde à legítima conduta de Estado, aplicando o seu *jus imperi*, e não de fornecedor profissional. (grifo nosso).

Em vista do exposto, podemos concluir que o serviço público objeto da relação jurídica de consumo e regulado pelo CDC deverá apresentar os seguintes requisitos:

- a) Que o serviço público seja caracterizado como *impróprio*, também denominado *uti singuli*, com a possibilidade de serem identificados individualmente os destinatários, ao contrário do que ocorre com os serviços públicos próprios, que são remunerados por impostos ou taxas;

- b) que o serviço público seja *facultativo*, sendo colocado à disposição dos consumidores, os quais têm total liberdade para contratá-lo ou não, ao contrário do que ocorre com os serviços públicos próprios (segurança pública);
- c) que o serviço público seja remunerado por meio de *tarifa* ou preço público.

4 O CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Dispõe o art. 1º do CDC: “O presente Código estabelece *normas* de proteção e defesa do consumidor, de *ordem pública e interesse social*, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.” (grifo nosso).

Por normas de ordem pública entendem-se aquelas inderrogáveis pela vontade das partes na relação de consumo. O caráter cogente das normas do código está bem delineado no capítulo referente às cláusulas abusivas, no art. 51, ao prever a sua nulidade de *pleno direito*, e no art. 39, ao tratar da vedação das práticas abusivas.

Calha, a propósito, trazer à colação os ensinamentos de Nery Júnior (1992, p. 201):

[...] toda a matéria constante do CDC deve ser examinada pelo juiz *ex officio*, independentemente de pedido da parte, valendo-se frisar que sobre ela não ocorre a preclusão, circunstância que propicia seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o tribunal, inclusive, decidir com *reformatio in pejus* permitida, já que se trata de questão de ordem pública.

O art. 1º do CDC constitui a materialização do dirigismo contratual, ou seja, o Estado intervém em determinadas relações jurídicas (contrapondo-se ao liberalismo econômico), para proteger o mais fraco com normas cogentes, regulando a relação jurídica de consumo, de modo a que as partes fiquem obrigadas a aceitar o que está previsto na lei e não o que está previsto no contrato ou na oferta.

Certas relações jurídicas, atualmente, têm sofrido a intervenção do Estado, fenômeno conhecido por *dirigismo contratual*. Muitas vezes o consumidor contrata sob o império da necessidade, cedendo à pressão das circunstâncias, oprimido pelas dificuldades do momento. O economicamente mais fraco cede sempre às exigências do economicamente mais forte. Tanto e tanto se abusou dessa liberdade durante o *liberalismo econômico*, que não tardou a reação, através de leis protetivas do consumidor.

Por outro lado, ao se falar em *interesse social*, o Código veio para facilitar o acesso à justiça dessa massa de consumidores, de modo a lhes

possibilitar enfrentar o poder econômico e a permitir-lhes um equilíbrio real na relação jurídica de consumo.

De efeito, é importante ressaltar que o CDC é lei *principiológica*, de tal modo que todas as leis destinadas a reger especificamente uma relação de consumo, devem se subordinar aos seus princípios e direitos.

Em abono, pertinentes são as lições de Nery Júnior (2001, p. 444):

O Código de Defesa do Consumidor, por outro lado, é lei *principiológica*. Não é analítica, mas sintética. Nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo (automóveis, cosméticos, eletroeletrônicos, vestuário etc.). Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei *principiológica*. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão se submeter-se aos preceitos gerais da lei *principiológica*, que é o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, sobrevivendo lei que regule, v.g., transportes aéreos, deve obedecer aos princípios gerais estabelecidos no CDC. Não pode, essa lei específica, setORIZADA, posterior, estabelecer responsabilidade subjetiva para acidentes aéreos de consumo, contrariando o sistema *principiológico* do CDC. Como a regra dessa lei *principiológica*, no que toca à reparação dos danos, é a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade (art. 6º, VI, do CDC), ela se impõe a todos os setores da economia nacional, quando se tratar de relação de consumo. O princípio de que a lei especial derroga a geral não se aplica ao caso em análise, porquanto o CDC não é apenas a lei geral das relações de consumo, mas a lei *principiológica* das relações de consumo.

Pensar-se o contrário é desconhecer o que significa o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, como lei especial sobre relações de consumo e lei geral, *principiológica*, à qual todas as demais leis especiais setORIZADAS das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas. (NERY JÚNIOR, 2001, 444).

Por conseguinte, qualquer legislação infraconstitucional elaborada por qualquer ente da federação deve se subordinar à *principiologia* do CDC, sob pena de inconstitucionalidade.

5 PRINCÍPIOS E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código não visou fomentar a discórdia entre consumidores e

fornecedores. Antes, buscou exatamente a harmonia das relações de consumo: de um lado a qualidade de vida dos consumidores; de outro, destaca as boas práticas comerciais, a proteção da livre concorrência, do livre mercado etc.

A Política Nacional das Relações de Consumo – PNRC visa não só *estabelecer* determinados *princípios* aplicados à relação de consumo mas também oferecer instrumentos para sua *execução*.

Como discorrido alhures, o CDC funda-se no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e no equilíbrio das relações de consumo.

O Código previu expressamente uma gama de princípios que devem permear toda a relação de consumo e orientar os objetivos da PNRC. Tais princípios são encontrados no art. 4º do CDC: princípio da vulnerabilidade do consumidor, princípio do dever governamental, princípio da harmonia nas relações de consumo, princípio da garantia da adequação do produto e do serviço, princípio da boa-fé objetiva, princípio da informação e princípio do acesso efetivo e diferenciado à Justiça.

E, para a *execução* da PNRC, o poder público contará com os *instrumentos* previstos no art. 5º, I a V, da Lei nº 8.078/90, a saber: assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente, instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor no âmbito do MP, criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo, criação de Juizados Especiais e de Pequenas Causas e de Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo e, finalmente, concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

6 ASPECTOS PROCESSUAIS ESPECÍFICOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

6.1 Ação civil coletiva e ação civil pública: necessidade da distinção

Em várias passagens pelo CDC é nítida a diferença entre ação civil coletiva e ação civil pública. A questão terminológica não é mero acaso ou capricho da lei, antes necessária, porque existem disposições particulares em cada legislação as quais, na prática, revelam-se incompatíveis entre si, em razão da sistematização legal peculiar a cada instituto jurídico.

Primeiramente, é bom que friseemos que a ação civil coletiva vem regulada pela Lei nº 8.078/90 (CDC), ao passo que a ação civil pública pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública – LACP).

Dispõe o art. 90 do CDC: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

A análise do dispositivo supra permite concluir que não se aplicam os preceitos da LACP ao CDC, mas tão-somente as previsões que não contrariem as disposições deste.

Várias outras passagens pelo CDC atestam a diferença entre ambas as ações civis. No Capítulo II do Título III do CDC, está previsto: “Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos.” O art. 103 também traz a nomenclatura “Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada.”

Sob o ponto de vista prático, a distinção é necessária, tendo em vista que, não raras vezes, os tribunais pátrios vêm aplicando institutos específicos da ação civil pública às ações coletivas, ensejando, quando incompatíveis, considerável dano à atuação do Ministério Público em matéria relacionada à defesa do consumidor.

Com efeito, o art. 16 da LACP, alterado pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, estabelece que “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator [...]”.

Pela literalidade do dispositivo, se uma decisão coletiva prolatada pelo juízo de Belo Horizonte declarasse, por exemplo, que um determinado produto alimentício fornecido em todo território nacional causa mal à saúde de consumidores, sobredita decisão restaria válida somente para a cidade de Belo Horizonte, impondo-se a necessidade de serem propostas diversas ações em cada comarca para que o alimento não fosse comercializado.

Este dispositivo legal contraria totalmente a sistemática da coisa julgada *erga omnes* no CDC, restringindo-a aos limites da competência territorial, quando sabemos que, por força do art. 103 e seus incisos do CDC, a coisa julgada está estruturada segundo o resultado do processo, ou seja, *secundum eventum litis*. De mais, o art. 93 do CDC estabelece regras de competência territorial nas ações coletivas totalmente incompatíveis com o malsinado art. 16 da LACP, ao prever a competência da capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional.

A propósito, esta é a posição de Grinover (2001, p. 804-810, 842-861), ao comentar os arts. 93 e 103 do CDC.

Lado outro, o direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova a seu favor no processo civil (CDC, art. 6º, VIII), enquanto norma específica em matéria de relação jurídica de consumo, não se estende à LACP, porque inexistente esta regra neste instituto, em razão de o CDC só estender as disposições de seu Título III à LACP (CDC, art. 117).

Portanto, por força do art. 90 do CDC, a distinção do *nomen juris* da ação civil - coletiva ou pública - é imperiosa, para se evitar confusão com a aplicação de institutos jurídicos incompatíveis ou que não lhes sejam próprios.

Diante de tais diferenças, não é legal nem jurídico dizer que o *nomen juris* ação civil pública é a mesma coisa que ação civil coletiva, como não o é

ação popular, quando sabemos que, em realidade, existem normas processuais específicas numa e noutra lei, que não podem se mesclar, em razão da sistemática peculiar adotada em cada instituto jurídico.

6.2 O método para classificar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

O CDC definiu os diversos tipos de interesses no parágrafo único do art. 81. Entrementes, será o *tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional* pleiteada que caracterizará o *interesse* que se defenderá (*difuso, coletivo ou individual homogêneo*).

Como adverte Watanabe (2001, p. 747), a correta distinção entre os diversos interesses depende da correta fixação do objeto litigioso do processo (pedido e causa de pedir). No mesmo diapasão Nery Júnior (2001, p. 922), ao lecionar que “A pedra de toque do método classificatório é o *tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende* quando se propõe a competente ação judicial.”

Com efeito, a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo (CDC, art. 81, I). A defesa coletiva será exercida quando se tratar de se defender interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Os *interesses difusos* são transindividuais (aspecto subjetivo), indivisíveis (aspecto objetivo) e oriundos de uma circunstância ou de uma situação fática. No tocante aos *interesses coletivos*, são transindividuais (aspecto subjetivo), indivisíveis (aspecto objetivo) e decorrentes de uma relação jurídica base. Com relação aos *interesses individuais homogêneos*, são eles individuais (aspecto subjetivo), divisíveis (aspecto objetivo) e de origem comum (mesma causa).

Os *interesses difusos e coletivos* (em sentido estrito) são essencialmente coletivos (em sentido amplo), ao passo que os *interesses individuais homogêneos* são coletivos somente na forma em que são tutelados.

É importante observar que o *mesmo fato jurídico* pode ensejar violação a *interesses difusos*, assim como a *interesses coletivos e individuais homogêneos*, possibilitando, nos dois primeiros casos, o ajuizamento de uma ação civil coletiva para a proteção dos interesses difusos e coletivos, e, no segundo caso (interesses individuais homogêneos), a propositura de uma ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos (CDC, art. 91).

Vejamos um exemplo prático: uma fábrica lança no mercado um veículo com defeito no freio, vindo a causar a morte de motoristas. A pretensão poderá ser *difusa* (pedido de não fabricação do veículo com aquele tipo de freio defeituoso - tutela-se aqui uma coletividade de pessoas indetermináveis que

podem vir a comprar aquele veículo), *coletiva* (pedido de substituição do freio dos veículos para os consumidores que os adquiriram pessoas determináveis) e *individual homogêneo* (pedido de indenização para cada consumidor que teve um dano material ou moral em razão do defeito do freio, vale dizer, mesma origem comum de causa).

Em resumo, é o tipo de *pretensão* que qualifica um *interesse* como *difuso, coletivo* ou *individual homogêneo*.

6.3 A legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos

Muitos operadores do direito ainda não assimilaram a legitimidade do MP para a defesa de interesses individuais homogêneos, os quais, em sua maioria, são disponíveis, relacionados que estão à indenização, o que tem gerado grande confusão.

Em verdade, os requisitos que dão legitimidade ao MP para a defesa de tais interesses não são a *indivisibilidade*, muito menos a *indisponibilidade* de tais interesses, mas o *tratamento coletivo* e a *relevância social* que se dá a esses interesses, através de uma demanda coletiva.

Acerca do tema ação civil coletiva para proteção de interesses individuais homogêneos, a doutrina esclarece (LISBOA, 1999, p. 507):

O interesse individual homogêneo pode, ao contrário do que se pensa em análise superficial, versar sobre direitos patrimoniais puros, desde que socialmente relevantes, conforme os critérios anteriormente apontados. Não serão, necessariamente, irrenunciáveis, portanto, mas suscetíveis de tutela a título coletivo. Neste caso, o Ministério Público poderá, naturalmente, propor a ação coletiva de interesses individuais homogêneos, com fulcro no art. 92 da Lei 8.078/90.

No mesmo diapasão, Watanabe (2001, p. 756) leciona:

[3] LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A Constituição Federal, no art. 129, III, estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Os interesses ou direitos dos consumidores, sem dúvida alguma, estão abrangidos pela cláusula de encerramento contida na parte final do texto.

Também incumbe ao Ministério Público proteger os interesses individuais, desde que homogêneos e *tratados coletivamente*, na forma do inc.

III do parágrafo único do art. 81 do Código [...].

Como ficou bem anotado nos comentários aos incs. I e II do parágrafo único do art. 81, tanto os interesses ou direitos difusos como os coletivos, para os efeitos do Código, devem ser “transindividuais de natureza indivisível”. A indivisibilidade do bem jurídico tutelando, nota mais marcante dos interesses ou direitos difusos e coletivos, deve dizer respeito a toda a coletividade (difusos) ou a todo o grupo, categoria ou classe de pessoas (coletivos), o que significa que entidades privadas e públicas, inclusive o Ministério Público, não estão legitimadas para a tutela de interesses individuais agrupados (exclusão feita à hipótese prevista no inc. III do mesmo dispositivo), mormente em se tratando de interesses contrapostos de membros de um mesmo grupo, classe ou categoria de pessoas.

Essa mesma interpretação deve prevalecer em relação ao inc. III do art. 129, CF, sob pena de se transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, ao que se extrai do texto dos arts. 127 e segs. da Constituição Federal [...]. *Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do parquet. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular [...].*

Como já ressaltado, somente a *relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva* poderá justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis.

A jurisprudência tem reconhecido, por exemplo, a *relevância social, admitindo assim a legitimidade do Ministério Público*, em se tratando de discussão ligada ao *direito à educação*, que é um direito fundamental. Assim, tem sido admitida ação civil pública ajuizada pelo *parquet* tendo por objeto a fixação e a cobrança de mensalidades escolares (STJ, RESP nº 70.997 - SP, 4ª Turma, rel. min. Ruy Rosado; RESP nº 39.757 - MG, 4ª Turma, rel. min. Fontes de Alencar; RESP nº 68.141 - RO, 4ª Turma, rel. min. Barros Monteiro; RESP nº 38.176 - MG, 4ª Turma, rel. min. Ruy Rosado).

Essa mesma linha de argumentação é também desenvolvida no acórdão do Supremo Tribunal Federal citado, proferido em 26.2.97, no RE nº 163.231 - SP, relatado pelo eminente min. Maurício Corrêa.

Mas há, também, a relevância social da própria tutela coletiva em razão da peculiaridade do conflito de interesses. Imagine-se o caso de um fabricante de óleo comestível que esteja lesando os consumidores em quantidade bem pequena, insuficiente para motivar um ou mais consumidores isoladamente a procurar a justiça para reclamar a reparação do seu

prejuízo. Se é ínfima a lesão individual, não o será, certamente, a lesão na perspectiva coletiva, que poderá estar afetando milhões de consumidores. Em casos assim, de dispersão muito grande de consumidores lesados e de insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente relevância social na tutela coletiva, para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita.

[...]

Acrescentaríamos a esses argumentos um outro que, em nosso entender, demonstra a efetiva presença do requisito da relevância social: muitos administradores públicos, mesmo sabedores de que uma lei instituidora de imposto ou taxa é inconstitucional, insistem em editá-la e cobrar com base nela o imposto ou a taxa, e assim agem *fundados nos cálculos estatísticos que evidenciam que apenas um número muito restrito de contribuintes se dá ao trabalho de postular individualmente em juízo a tutela de seus direitos*. Tem inegável *sentido social* a ação civil movida com o objetivo de obstar semelhante conduta ilícita da administração pública. (grifo nosso).

As lições acima encontram respaldo no Superior Tribunal de Justiça – STF, onde o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, enfrentando o tema em comento, ementou:

Processual Civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento do compra-e-venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não-fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso provido.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) à nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) à indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) à obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula.

II - Como já assinalado anteriormente (Resp 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por

circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.

Resta evidente, assim, a legitimidade do MP para a defesa de *interesses individuais homogêneos*, conforme expressa autorização do art. 82, I, do CDC, que se encontra em perfeita consonância, ainda, com o mandamento constitucional do art. 129, IX, que confere à lei possibilidade de cometer outras funções ao MP compatíveis com sua finalidade institucional. E a *defesa do consumidor*, por meio da ação coletiva, para a tutela de interesses individuais homogêneos, é questão de interesse social, por expressa disposição do art. 1º do CDC, cuja proteção é objetivo institucional do MP, segundo o art. 127, *caput*, da CF/88.

7 CONCLUSÃO

Muitos operadores do direito ainda se mostram misoneístas ao direito de massa, especialmente no que toca a um direito constitucionalmente protegido: a *defesa do consumidor*.

Entrementes, já passou a hora de repensarmos que vivemos numa sociedade de massa, no seio de um mundo globalizado, onde o prejuízo causado por um produto ou serviço tem um espectro muito maior do que há muitos anos atrás, atingindo um número expressivo de consumidores, dada a velocidade com que esses fatos, hoje, acontecem. Necessária, assim, para tutelar essa crescente relação de massa, a aplicação efetiva do direito coletivo, sob pena de se perturbar a paz da sociedade de consumo, deixando-se de lado a consequência funesta que uma visão individualista do direito acarreta se aplicada àquela relação, qualidade dos que se acham presos a preconceitos, a concepções rígidas e dissociadas da realidade atual, sucumbidos muitas vezes pelo comodismo ou por ideais antigos do Estado Liberal, outrora, inspirado na Revolução Francesa de 1789. Urge que o homem não seja mais tomado em sua dimensão singular, mas como integrante de uma coletividade.

O CDC representa, hoje, talvez, a lei mais moderna, mais democrática e mais técnica em vigor no Direito pátrio, fruto do princípio da atuação estatal na economia que, em determinado momento histórico de nosso país, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor em uma nação capitalista, e tem como objetivo equilibrar e harmonizar a relação entre o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços.

Referências Bibliográficas

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*: principiologia, conceitos, contatos atuais. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*: consumidor, meio ambiente, trabalho agrário, locação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 111-132, jul./set. 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, [1992], p. 200-221.

_____. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 441-570.

_____. Disposições finais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 915-962.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 721-784.