



**Universidade Federal do Ceará
Faculdade De Direito
Departamento de Direito Privado**

KARLA MIRELLA BARBOSA SIQUEIRA

**A VULNERABILIDADE INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR ANTE A
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS**

**FORTALEZA
2014**

KARLA MIRELLA BARBOSA SIQUEIRA

A VULNERABILIDADE INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR ANTE A
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Monografia submetida à
Coordenação do Curso de
Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito do
Consumidor e Direito Constitucional.

Orientador: Professor Me. William
Paiva Marques Júnior

FORTALEZA
2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- S618v Siqueira, Karla Mirella Barbosa.
A vulnerabilidade informacional do consumidor ante a constitucionalização das relações consumeristas / Karla Mirella Barbosa Siqueira. – 2014.
77 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Direito do Consumidor e Direito Constitucional.
Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.
1. Defesa do consumidor - Brasil. 2. Direitos civis - Brasil. 3. Consumidores - Brasil. I. Marques Júnior, William Paiva (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

CDD 347.731

KARLA MIRELLA BARBOSA SIQUEIRA

VULNERABILIDADE INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR ANTE A
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Monografia submetida à
Coordenação do Curso de
Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito do
Consumidor e Direito Constitucional.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Professor Me. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Vitor Sousa Bizerril
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho a Deus e à minha família, Neuma, Siqueira e Camilla, por acreditarem em mim e serem o sustento e o amor sempre presentes, não importam as circunstâncias.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela infinita bondade, misericórdia e amor a mim direcionados. Ao Pai que, não só na faculdade, mas na vida, nas horas em que parecia não haver um caminho claro à frente, me guiou. Ao Pai que escuta minhas orações.

Ao meu querido orientador, prof. William Marques, pela generosidade, disponibilidade, atenção, tranquilidade e o bom humor se sempre, fazendo-me crer que fiz a escolha certa ao convidá-lo para orientar este trabalho. Pela qualidade acadêmica e pela pessoa maravilhosa que é. Deus o abençoe.

Aos mestrandos Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior e Vitor Sousa Bizerril, por terem aceitado o convite para fazer parte da banca examinadora. Que vocês sejam bem sucedidos em suas carreiras e vida acadêmica.

À minha família: Aos meus pais, Neuma e Siqueira, pelo amor incondicional, pela preocupação que nos faz sentir o amor puro e sincero de mãe e pai; por estarem sempre presentes, não poupando esforços para nos ver bem, sendo o alicerce, acreditando em nós e na nossa capacidade de nos superarmos em tudo o que fizermos. Por terem investido na nossa educação, sem nem pensar em deixar de pagar mensalidades escolares caras, pela preocupação com o nosso futuro. Camilla, minha querida e amada irmã, a mestranda que eu mais amo, cuja companhia eu prezo tanto, a quem eu desejo muita felicidade e bênçãos sem fim, a melhor irmã que eu poderia ter. Eu amo todos vocês. Vocês são o melhor presente de Deus.

À tia Nilda e ao tio Nacélio, pelas caronas para provas de estágio. À tia Nilda pela preocupação com o meu futuro.

Às GEAC's, Anna Judith Rangel, Bruna Ramos, Juliana Íris e Sarah Pinheiro Diógenes, minhas amigas do peito, presente lindo aabençoado que Deus me deu, por meio da Faculdade de Direito. Por terem sido companheiras durante esse tempo de faculdade, por terem dividido os momentos difíceis na graduação e comemorado as alegrias. Fico muito feliz em ter passado esses anos ao lado de vocês, estreitando os laços. Minhas amigas na faculdade e da

vida.

Às amigas, Eliziane, Catherine, Raffaella, Swely e Ticiane pela agradável companhia e também por terem divididos momentos em todos esses anos.

Aos demais amigos e familiares que não foram citados, mas que torceram por mim.

Aos colegas do estágio no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará pela companhia agradável e pelo aprendizado.

“Direi do Senhor: Ele é o meu Deus,
o meu refúgio, a minha fortaleza, e
nele confiarei.”

Salmos 91:2

RESUMO

Pretende-se analisar a vulnerabilidade informacional do consumidor sob o contexto da constitucionalização das relações de consumo. A vulnerabilidade do consumidor é tema de relevância no Direito do Consumidor, sendo motivo para a proteção especial dada à pessoa do consumidor. Nos dias atuais, tem-se intensificado a importância dada à vulnerabilidade informacional, devido às inovações tecnológicas dos meios de comunicação. A informação é imprescindível para que direitos do consumidor sejam garantidos e, no que diz respeito à constitucionalização das relações consumeristas, também é importante para que sua dignidade seja respeitada. Essa análise é feita a partir da conexão entre a vulnerabilidade informacional do consumidor e características da constitucionalização das relações privadas, especialmente a dignidade da pessoa humana. Inicialmente, é abordada a vulnerabilidade do consumidor. Em seguida, são feitas considerações a respeito da constitucionalização das relações privadas e a das relações consumeristas. Por fim, é tratada a relação da vulnerabilidade informacional do consumidor frente à constitucionalização das relações de consumo, sendo também analisada a Apelação Nº: 70057731366, do TJ/RS.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Vulnerabilidade do consumidor. Direito à informação. Constitucionalização das relações de consumo.

ABSTRACT

It is intended to analyze the informational consumer vulnerability in the context of the constitutionalisation of consumer relations. The vulnerability of the consumer is a topic of relevance in Consumer Law, and is a reason for special protection given to the consumer. Nowadays, the importance given to informational vulnerability has been intensified due to technological innovations of the media. The information is essential so that consumer rights are guaranteed and, with respect to the constitutionalisation of consumer relations, it is also important so guarantee the consumer dignity. This analysis is conducted based on the connection between the informational consumer vulnerability and characteristics of constitutionalisation of private relations, especially human dignity. Initially, it approaches the consumer vulnerability. Then considerations concerning the constitutionalisation of private relations and the consumer relations is made. Thus, it studies the relation between the informational consumer vulnerability and the constitutionalisation of consumer relations, also analyzing the Appeals N^o.: 70057731366 , State Court of Rio Grande do Sul.

Key-Words: Consumer Law. Consumer vulnerability. Right to information. Constitutionalisation of consumer relations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR	14
2.1 O conceito de vulnerabilidade do consumidor.....	17
2.2 As espécies de vulnerabilidade do consumidor	21
2.3 Conexões entre o princípio da vulnerabilidade do consumidor e outros princípios do CDC.....	27
3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	30
3.1 A constitucionalização das relações privadas	30
3.1.1 <i>A dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado</i>	<i>30</i>
3.1.2 <i>Primórdios da constitucionalização das relações privadas: do Estado Liberal ao Estado Social</i>	<i>32</i>
3.1.3 <i>Direitos fundamentais e a constitucionalização das relações privadas.....</i>	<i>37</i>
3.2 A constitucionalização das relações consumeristas.....	45
3.2.1 <i>A dignidade da pessoa humana nas relações de consumo.....</i>	<i>46</i>
3.2.2 <i>Outros princípios constitucionais aplicados ao direito do consumidor.....</i>	<i>51</i>
4 A VULNERABILIDADE INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR ANTE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS.....	55
4.1 O direito à informação e a vulnerabilidade informacional do consumidor sob a ótica da dignidade da pessoa humana	55
4.2 Análise jurisprudencial: apelação Nº: 70057731366, do TJ/RS.....	69
4.2.1 Descrição do caso	69
4.2.2 Análise da apelação nº 70057731366/TJ-RS sob o a ótica da dignidade da pessoa humana e do direito de informação	71
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o consumidor é beneficiado pelo Código de Defesa do Consumidor no que diz respeito à sua característica de desigualdade em relação à figura do fornecedor. Essa desigualdade também se verifica quando se trata do direito de informação do consumidor, e a constitucionalização pode ser relacionada a essa vulnerabilidade.

A constitucionalização do Direito Privado, gerado, de início, pelo advento das constituições liberais, atingiu o estágio do Estado Social na conjuntura do século XX, quando se deu o surgimento do Estado Democrático de Direito, tomando forma, nessa nova época, na forma do neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo, que é fruto de históricos de violações a direitos tutelados pelo homem no século XX, gerou a disseminação da ideia de direitos fundamentais, baseados na dignidade da pessoa humana. Visando resguardar direitos fundamentais, passou-se a aplicar a dignidade da pessoa humana em ramos do Direito Privado, ramo do Direito antes incomunicável com o Direito Público.

A vulnerabilidade informacional do consumidor, assim como todo o Direito do Consumidor e os outros ramos do Direito Privado, é atingida pela constitucionalização do direito, ou seja, pelos valores constitucionais, devido a tudo isso acima mencionado. Dessas constatações, é salutar que se estabeleça uma relação entre a vulnerabilidade informacional e a dignidade da pessoa humana, de forma a buscar em que aspectos o direito de informação e a constitucionalização se conectam.

Feitas tais considerações, esta pesquisa estrutura-se em capítulos, cada um tratando de um tema relacionado ao tema principal da pesquisa, trabalhando a temática por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Inicialmente, buscar-se-á conceituar o instituto da vulnerabilidade do consumidor, abordando as espécies de vulnerabilidade presentes na doutrina, além de fazer referência a outros princípios.

Em seguida, será tratado o tema da constitucionalização das

relações privadas, abordando a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, falando-se no berço do processo, com abordando nos direitos fundamentais, e a constitucionalização das relações consumeristas, com enfoque especial na dignidade da pessoa humana.

Por fim, far-se-á uma abordagem a respeito da vulnerabilidade informacional no contexto da dignidade do consumidor, seguida por uma análise jurisprudencial da apelação nº 70057731366/TJ-RS, com o fim de estabelecer uma conexão entre o que afirma a doutrina e o que determina a jurisprudência atual.

Assim, estabelecendo-se uma ligação entre a vulnerabilidade informacional do consumidor e a constitucionalização das relações privadas, percebe-se a relevância do tema para os direitos fundamentais.

2 A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

É importante que se definam os termos que trazem uma delimitação conceitual de vulnerabilidade e o que está relacionado a ela, trazendo também classificações diversas.

Porém é oportuno que se saliente o contexto no qual o instituto da vulnerabilidade está inserido, extraindo-se a motivação de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

É importante que se definam as figuras que compõem o que é a relação consumerista, pois, por meio de aspectos relacionados a ela é que se entende melhor sobre o que se trata a vulnerabilidade do consumidor. A relação de consumo se caracteriza em ser composta por duas figuras principais: o consumidor e o fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) define fornecedor, no art. 3º, como:

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

De acordo com os esclarecimentos de Rizzatto Nunes, os fornecedores são “pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade”.¹

Abordando sobre a atividade relativa aos fornecedores estabelecida no artigo supramencionado, Cláudia Lima Marques ensina que:

Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas do Código todos os contratos firmados entre

¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

dois consumidores, não profissionais.²

Pelo que se observa na doutrina exposta, pode-se afirmar que o fornecedor é aquela figura que presta um serviço ou fornece um produto e que receberá da outra parte da relação uma contraprestação, podendo ser de diversos tipos, conforme o tipo de atividade que exerça.

No outro polo da relação consumerista está o consumidor, pessoa que adquire o produto ou recebe a prestação.

O CDC traz a definição de consumidor no art. 2º, determinando que consumidor : “...é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final...”

É importante que se perceba a definição de consumidor sob a perspectiva da análise do que seja uma cadeia produtiva, na qual se vê o processo de fabricação de um produto até que, finalmente, ele seja usufruído por alguém e, assim, exercendo a função para a qual foi criado, ou quando um serviço foi prestado e causou alguma alteração, pequena ou grande, na vida do consumidor.

É nessa perspectiva que se percebe que:

... é preciso que a pessoa jurídica ou física retire o produto do mercado resultando em uma destinação final, não o adquirindo com intuito de uso profissional ou revenda, pois desta forma o produto seria um instrumento de produção, parte de uma cadeia produtiva, inexistindo a destinação final precisa.³

Ensina Claudia Lima Marques que:

Destinatário final é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. (...) não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, (...) é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo

² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. , atual. E ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais - São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2005. p. 393.

³ DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A vulnerabilidade do consumidor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2013, São Paulo. “sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do direito na contemporaneidade”. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 9. Disponível em > <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c6344b0ae32e496b>.> Acesso em: 02 maio 2014.

para revenda, não adquiri-lo para uso profissional...⁴

Rizzatto Nunes declara que se, por exemplo, uma montadora adquire peças para montar um automóvel, as regras do direito comum irão regular essa relação, mas quando se trata da relação entre a concessionária de automóveis e o consumidor que comprou o automóvel, para uso pessoal, ela é regulada pelo direito do consumidor.⁵

Desse modo, é correto afirmar que o que caracteriza o consumidor é o destino que ele vai dar ao produto que adquiriu. Se o produto não for usado de maneira profissional, mas para uso pessoal, quem usou esse produto será um consumidor e, como tal, terá seus direitos resguardados pelo CDC.

Ainda sobre o consumidor, o parágrafo único do art. 2º do CDC, tratando do conceito de consumidor, menciona a possibilidade de se equiparar a coletividade de pessoas a consumidor.

O que o dispositivo mencionado no parágrafo anterior diz é que, além da pessoa que adquiriu determinado produto ser considerado consumidor, outras pessoas, que, de alguma forma estejam ligadas ao uso do produto, podendo, inclusive, tê-lo utilizado, embora não o tenham comprado, também são consideradas consumidores.

Nesse sentido, determina o julgado do STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ATROPELAMENTO FATAL. TRAVESSIA NA FAIXA DE PEDESTRE. RODOVIA SOB CONCESSÃO. CONSUMIDORA POR EQUIPARAÇÃO. CONCESSIONÁRIA RODOVIÁRIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS USUÁRIOS E NÃO USUÁRIOS DO SERVIÇOS. ART. 37, § 6º, CF. VIA EM MANUTENÇÃO. FALTA DE ILUMINAÇÃO E SINALIZAÇÃO PRECÁRIA. NEXO CAUSAL CONFIGURAÇÃO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS. 1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao

⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. , atual. E ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais - São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2005. p. 304.

⁵ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

almejado pela parte. 2. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com o usuário, subordinam-se aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor e respondem objetivamente pelos defeitos na prestação do serviço. Precedentes. 3. No caso, a autora é consumidora por equiparação em relação ao defeito na prestação do serviço, nos termos do art. 17 do Código consumerista. Isso porque prevê o dispositivo que "equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento", ou seja, estende o conceito de consumidor àqueles que, mesmo não tendo sido consumidores diretos, acabam por sofrer as consequências do acidente de consumo, sendo também chamados de bystanders.⁶

Nesse sentido, importa mencionar que o CDC trata a coletividade de pessoas como consumidor, por equiparação. Se o consumidor, a princípio, é analisado de forma individual, por lógica um grupo de pessoas também deve ser considerado como consumidor. Assim, diz o art. 2º, § único do CDC que: “Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

Em consonância como o artigo supramencionado, determina o art. 17 do CDC que: “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”, assim como o artigo 29 do CDC que estabelece que: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

2.1 O conceito de vulnerabilidade do consumidor

A relação jurídica de consumo se perfaz quando há um consumidor, um fornecedor e um produto ou serviço. Essas duas figuram são sujeitas a um contrato estabelecido pelas partes ou por uma delas, nos casos dos contratos de adesão, em que a parte fornecedora estabelece um modelo pronto de contrato antes de haver a declaração de vontade.

Na concepção tradicional de contrato, prevalece a autonomia da vontade. De acordo com esta concepção, a vontade era o elemento principal

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1268743. **Diário da Justiça**. Brasília, 07 abr. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1293803&sReg=201101789793&sData=20140407&formato=PDF>. Acesso em: 07 maio 2014..

do contrato e a única fonte e a legitimação do nascimento das obrigações e direitos nas relações contratuais.⁷

Essa visão do contrato é característica do Estado Liberal, predominante no século XIX, no qual se disseminavam ideias como a liberdade, a igualdade e a não intervenção estatal⁸.

De acordo com Antonio Jeová dos Santos, na visão do Estado Liberal, o homem é livre "... de tal modo que as relações jurídicas criadas somente sofrem modificação mediante a intervenção da sua vontade."⁹ E, falando sobre a autonomia da vontade, diz que ela "... foi levada à máxima expressão no Código napoleônico, se transformando na base de todo o sistema estabelecido para os contratos. A liberdade humana foi considerada tão ilimitada que o acordo de vontades foi equiparado à lei."¹⁰

Dessa forma, a autonomia da vontade, fruto da liberdade do Estado Liberal, trazia a ideia de que a igualdade seria obtida com a plena liberdade dos indivíduos, com a ausência do Estado. O Estado não deveria intervir na vida particular dos indivíduos, pois estes deveriam ser livres para poderem expressar suas vontades.

Posteriormente, no advento do Estado Social, no século XX, Humberto Theodoro Júnior aduz que:

... a intervenção do Estado no domínio do contrato deixou de ser apenas supletória para ser limitadora da vontade individual e disciplinadora de certos objetivos que transcendem à vontade dos contratantes¹¹.

Dessa forma, a liberdade individual passou a não ter a importância

⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. , atual. E ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais - São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2005. p. 51.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil** . 7.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011. P. 7

⁹ SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Função social do contrato**. 2. Ed. São Paulo: Editora Método, 2004. P. 31

¹⁰ *Ibid.*, p. 32.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil** . 7.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011. P. 7.

que tinha, em prol da supremacia de valores que transcendem o caráter individual dos contratos e de outros aspectos. Passou-se a se pensar na coletividade, e, assim, nos direitos difusos e coletivos.

Afirma Paulo Bonavides que a teoria do Estado Social é uma teoria que se propunha "... descer à essência dos direitos sociais básicos e patentear a modalidade de Estado e de ordem jurídica que a Constituição de 1988(CF/88) consagrou no Brasil.¹²

A Carta Magna trata dos direitos do consumidor no art. 5º, inciso XXXII, estabelecendo que "... o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Devido à menção que o art. 5º faz a um direito do consumidor, pode-se concluir que o direito brasileiro trata o direito do consumidor como um direito fundamental, direito este que deve servir de espelho para as leis e outros atos normativos que sejam elaborados posteriormente ao ano de 1988. De acordo com Luís Roberto Barroso, ao ensinar sobre o princípio constitucional da supremacia da CF/88, que, por força desse princípio, "... nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental."¹³ A CF/88 também tratou dos direitos do consumidor nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, ao estabelecer, no art. 48 que: "Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor."

A Carta Magna ainda aborda o tema dos direitos do consumidor ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, em seu art. 170, que determina que:

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

O CDC reconhece o estado de vulnerabilidade do consumidor,

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 375.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.

expressando esse reconhecimento no art. 4º, § 1º, quando trata da Política Nacional das Relações de consumo. Determina o referido dispositivo que:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;...

Rizzatto Nunes estabelece que reconhecer o estado de vulnerabilidade do consumidor significa "... que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo."¹⁴

A vulnerabilidade do consumidor é fruto de um natural desequilíbrio existente entre o consumidor e o fornecedor. O fornecedor detém certos conhecimentos que o consumidor não possui, e essas diferenças podem causar prejuízos ao consumidor. Dessa forma se fez necessário que o Estado interviesse na relação jurídica consumerista a fim de que amenizar o desequilíbrio.

O reconhecimento do estado de vulnerabilidade do consumidor tem o fim maior de estabelecer a igualdade entre o consumidor e o fornecedor, colocando em prática, dessa forma, o que determina a CF/88, que, no próprio preâmbulo declara:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A importância da igualdade também é declarada na CF/88 no fato de que esse princípio é considerado um direito fundamental, como também

¹⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178

acontece com a liberdade. É o que se vê no *caput* do art. 5º, que diz:

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

O CDC também declara a igualdade nas relações contratuais quando diz, no art. 6º, inciso II que: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;”

Nas palavras de Antonio Jeová Santos:

Constatado que a igualdade e a liberdade não se equivalem do ponto de vista econômico, foi necessária uma intervenção do legislador para tentar voltar ao equilíbrio rompido pela desigualdade de fato.¹⁵

Rizzatto Nunes, tratando da busca pela igualdade na relação consumerista, expõe que:

... quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção do lucro.¹⁶

Dessa forma, pode-se afirmar que a vulnerabilidade do consumidor é o estado normal dele quando está na posição de consumidor, em uma relação consumerista na qual existe um fornecedor, devendo, pois, ser presumida. E essa vulnerabilidade se justifica pela desigualdade de condições do consumidor diante do fornecedor, que se posiciona numa condição de superioridade, em diversos prismas.

2.2 As espécies de vulnerabilidade

O estado de vulnerabilidade do consumidor é inerente a ele devido a sua posição de desigualdade na relação consumerista. Dependendo do que

¹⁵ SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Função social do contrato*. 2. Ed. São Paulo: Editora Método, 2004. P. 116.

¹⁶ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179.

caracteriza a vulnerabilidade, ela pode ser de diferentes tipos. Analisando o que ensina Claudia Lima Marques, pode-se classificar a vulnerabilidade em quatro espécies, de acordo com a característica que lhe for evidente.

A primeira espécie de vulnerabilidade que a aludida autora apresenta é a vulnerabilidade técnica. Este tipo de vulnerabilidade se relaciona à falta de conhecimento técnico que o consumidor tem em relação ao produto.

Diz Claudia Lima Marques que: “A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é *presumida* para o consumidor não-profissional...”¹⁷ Aqui cabe falar da diferença entre consumidor profissional e consumidor não profissional.

O consumidor não profissional é aquele consumidor que não possui uma profissão que lhe permita possuir o domínio técnico sobre o produto que adquiriu. O consumidor profissional é aquele que adquire um produto, porém conhecendo as características dele, pois, em regra, se ainda não tem informações sobre o produto, tem mais facilidade em conhecê-lo.

Apesar disso, o consumidor profissional pode ser considerado vulnerável, pois pode acontecer de ele não ter acesso ao conhecimento sobre alguma inovação tecnológica na sua área de trabalho. Nesse sentido, afirma Claudia Lima Marques que, por exemplo, “... os agricultores, organizados em cooperativas, apresentam uma vulnerabilidade intrínseca em relação a máquinas agrícolas de nova geração...”¹⁸

A segunda espécie a que Claudia Lima Marques faz referência é a vulnerabilidade jurídica. A respeito desse tipo de vulnerabilidade, pode-se dizer que ela é aquela ligada à falta de conhecimento do consumidor sobre seus direitos. A autora leciona que, nesse caso, a vulnerabilidade:

... é presumida para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. , atual. E ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais - São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2005. p. 321.

¹⁸ *Ibid.*, p. 321.

exercer a profissão...¹⁹

De fato, é coerente que se afirme que o consumidor profissional lida constantemente com aspectos jurídicos, pois sua atividade impõe que ele se submeta a isso. Já o consumidor não profissional não tem, em regra, conhecimento a informações jurídicas, pois, em seu ofício, não tem acesso a essas informações. Pode acontecer de um consumidor não profissional conhecer sobre seus direitos como consumidor, devido à pura curiosidade, porém esse caso se tratará de exceção à regra.

Determina o julgado do STJ que:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO EM CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO, MANTENDO HÍGIDA A DECISÃO DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DA EXECUTADA. 1. Expediente manejado com nítido e exclusivo intuito infringencial. Recebimento do reclamo como agravo regimental. 2. É vedado a este Tribunal apreciar violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento. 3. Incidência dos óbices das súmulas 5 e 7/STJ, no tocante às teses de inexigibilidade da cédulas de crédito, vulnerabilidade e hipossuficiência da recorrente e ocorrência de fraude na operação de transferência dos títulos. Tribunal local que, com amparo nos elementos de convicção dos autos e nas cláusulas contratuais, entendeu não existir circunstâncias capazes de ensejar a ineficácia, anulação ou invalidade da cédula de crédito, tampouco de provas aptas a corroborar a alegação de que tenha ocorrido cessão de créditos, fraude ou conduta capaz de gerar prejuízos à ora insurgente e demonstração da vulnerabilidade e hipossuficiência da insurgente. Impossibilidade de reexame de fatos, provas e cláusulas contratuais. 4. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já Jurisprudência/STJ – Acórdãos Página 1 de 2 que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfrentamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da súmula 7/STJ. Precedentes.²⁰ (grifo nosso)

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. , atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais - São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2005. p. 323..

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 265845. **Diário da Justiça**. Brasília, 01 ago. 2013. Disponível em:

A terceira espécie de vulnerabilidade, segundo Claudia Lima Marques, é a vulnerabilidade fática, também chamada de socioeconômica. Nesse caso, a vulnerabilidade do consumidor se constitui na diferença econômica entre este e o fornecedor numa determinada relação consumerista.

Leciona a autora que, nesse caso:

... o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam...²¹

Por fim, a quarta vulnerabilidade apresentada pela autora é a vulnerabilidade informacional. Esta vulnerabilidade, que será estudada mais profundamente neste trabalho, se reflete no fato de que o consumidor é vulnerável no que se refere às informações que deve ter nos diversos momentos da relação com o fornecedor. Logo, esse caso se consubstancia na vulnerabilidade do consumidor relacionada à deficiência de informação, informação esta que o fornecedor deve prestar ao consumidor.

O direito à informação é muito importante, pois, sendo informado, o consumidor tem acesso ao conhecimento sobre os direitos dos quais é titular e, dessa maneira, pode reivindicá-los nos casos em que eles se encontrem sob risco de serem mitigados. E ainda que seus direitos já tenham sido afetados, o consumidor poderá ter o conhecimento suficiente para reavê-los.

O fato é que hoje a informação é uma ferramenta de inegável importância para o crescimento de uma pessoa e para sua convivência na sociedade moderna. Com isso, percebe-se o quão importante é observar o aspecto informacional em diversos ângulos, inclusive na ótica do Direito do Consumidor.

Nesse sentido, esclarece Claudia Lima Marques que: “Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1243209&sReg=201202560325&sData=20130801&formato=PDF>. Acesso em: 08 maio 2014..

²¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. , atual. E ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais - São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2005. p. 325.

de desequilíbrio da relação *vis-à-vis* dos fornecedores, os quais, mais do que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação.”²²

Posteriormente, este assunto será tratado com mais aprofundamento, quando for visualizado no contexto da constitucionalização das relações consumeristas.

Julgado do STJ diz que:

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. 4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). 5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e

²² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev. , atual. E ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais - São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2005. p. 330.

pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. 6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.”²³ (grifo nosso)

Ainda há um tipo de vulnerabilidade que não foi trazido pela autora aludida, mas que, pela possibilidade de sua abordagem se mostrar relevante diante dos novos panoramas tecnológicos e audiovisuais que o Direito do Consumidor tomou e ainda toma, a referência a este tipo de vulnerabilidade é importante. Trata-se da vulnerabilidade psíquica do consumidor.

A vulnerabilidade psíquica do consumidor é definida a partir da reflexão que se faz acerca do perfil psicológico do consumidor e das estratégias de *marketing* nos anúncios publicitários. A publicidade utiliza meios que possibilitem que os consumidores se sintam atraídos pelo produto ou pelo serviço ofertados. Esses mecanismos são elaborados e exibidos nas propagandas com o fim de convencimento, buscando atingir o psicológico dos consumidores. Vários são os anúncios que procuram fazer com que o consumidor adquira produtos que sequer precisa, por meio de frases que prometem coisas como “Adquirindo o nosso produto, você será mais feliz!”, dentre outros possíveis exemplos.

Com isso, o consumidor fica vulnerável a, sem perceber, ser levado

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1195642. **Diário da Justiça**. Brasília, 21 nov. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1194152&sReg=201000943916&sData=20121121&formato=PDF>. Acesso em: 10 maio 2014..

a acreditar em ideias que, por vezes, contém conteúdo duvidoso no que diz respeito à ética moral que as empresas devem seguir em relação aos consumidores. Logo, o consumidor estará se tornando alvo de desrespeito por parte de alguns fornecedores. Alguns consumidores podem perceber a falta de respeito, mas nem todos estão imunes a isso. Estes são atingidos em seus pontos fracos, suas fragilidades e podem ser prejudicados psicologicamente.

Nessa perspectiva, Diego Bastos Braga e Vitor Hugo do Amaral Ferreira abordam esse tipo de vulnerabilidade afirmando que:

O mercado de consumo centra-se em uma ilusão, na promessa de um ideal de igualdade e liberdade, em um discurso de que todos são iguais, em contrapartida a mercadoria tem de ser nova e da moda, mas, uma vez adquirida, perde sua alma ao ciclo do descarte.²⁴

Referindo-se às estratégias de *marketing*, o referido texto ainda expõe que:

As técnicas utilizadas evidenciam aspectos da vulnerabilidade sob uma ordem psíquica, filosófica e econômica, sejam por disposições gráficas, estímulos visuais na produção de diversos significados sobre o sujeito. Utiliza-se de diversos níveis de linguagem, entre pressões internas e externas, promovendo ações e reações diversas nos consumidores.²⁵

Depois de analisar os tipos de vulnerabilidade, fica possível identificá-las com mais facilidade, e, conforme prossegue a evolução do homem e de suas inovações no diversos ramos da ciência, ainda é possível que novos exemplos de vulnerabilidade possam surgir.

2.3 Conexões entre o princípio da vulnerabilidade e outros princípios do

²⁴ BRAGA, Diego Bastos; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 22., 2013, Curitiba. **Vulnerabilidade psíquica e o discurso midiático entre o consumo e o consumismo**. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 503 - 523. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d5e705ceeeb7f7ec>>. Acesso em: 12 maio 2014.

²⁵ BRAGA, Diego Bastos; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 22., 2013, Curitiba. **Vulnerabilidade psíquica e o discurso midiático entre o consumo e o consumismo**. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 503 - 523. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d5e705ceeeb7f7ec>>. Acesso em: 12 maio 2014.

CDC

O princípio da vulnerabilidade do consumidor não é o único que consta no CDC com o objetivo de proteger o consumidor. Há outros princípios que norteiam a aplicação do Direito do Consumidor e que estão dispostos no referido Código e que podem ser relacionados ao princípio estudado neste trabalho.

O primeiro princípio que pode ser relacionado ao princípio da vulnerabilidade é o princípio da proteção efetiva do consumidor por meio de ações governamentais, como dispõe o art. 4º, inciso II do CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Um exemplo de ação governamental em prol dos consumidores foi a notificação de grandes empresas do comércio eletrônico feita pelo Ministério da Justiça. Disse o órgão que “As empresas terão de apresentar informações sobre as medidas tomadas a partir da implementação do Decreto 7.962/13, que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico.”²⁶

Previamente, antes da promulgação do CDC, já havia a CF/88 determinado a proteção do consumidor no art. 24, inciso VIII, quando determina

²⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. (Org.). **Ministério da Justiça notifica grandes empresas de comércio eletrônico**. Disponível em: <

que: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;” O próprio CDC já é fruto da CF/88. Na Carta Magna, também há a referência ao consumidor no art. 170, quando trata da ordem econômica e financeira. O artigo citado assim é transcrito:

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

Outro princípio do CDC que se relaciona ao princípio da vulnerabilidade é o princípio da criação de meios eficientes de controle de qualidade de produtos e serviços, como determina o inciso V do art. 4º do CDC, cuja redação é: “(...) V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; (...)”.

Esse princípio, ao primar pelo controle de qualidade dos produtos por meio de ideias dos fornecedores, tenta trazer a conscientização de que eles são responsáveis pela qualidade dos produtos que lançam no mercado, sendo, dessa maneira, responsáveis por consequências advindas do uso desses produtos.

De fato, toda a legislação que trata sobre o consumidor visa a amenizar o estado de vulnerabilidade dele, por meio da garantia de proteção em diversas situações. Vendo dessa forma, percebe-se a relevância do princípio da vulnerabilidade do consumidor.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O consumo, fruto do capitalismo, passou por um crescimento vertiginoso nas últimas décadas. Concomitantemente, surgiam constituições de cunho social em vários países. O processo de constitucionalização das relações privadas, por ter possibilitado a irradiação dos valores constitucionais no meio delas, alcançou também as relações de consumo, causando a interpretação delas de acordo com as constituições.

3.1 A constitucionalização das relações privadas

O advento das constituições do século XX trouxe, junto com elas, a ideia de que seus valores deveriam ser diretamente aplicados aos ramos do Direito Privado. Essa aplicação se deu como forma de firmar os direitos privados e assegurar sua existência no plano concreto, uma vez que essas constituições possuem cunho garantístico, buscando assegurar direitos mínimos às pessoas em suas relações particulares.

3.1.1 A dicotomia entre Direito Público e o Direito Privado

O Direito é normalmente dividido em diversos ramos. Algumas dessas divisões são tradicionais. Essas divisões tradicionais podem levar ao surgimento de divergências doutrinárias. Exemplo disso é a divisão do Direito em Direito Público e Direito Privado.

Tradicionalmente, denominou-se como matéria do Direito Público aquilo que se relacionava às instituições governamentais, fosse entre essas instituições entre si ou entre elas e os particulares. O que fosse relacionado ao governo seria de interesse geral, ou seja, de interesse público, pois alçaria a população, de modo geral.

Por sua vez, convencionou-se como Direito Privado o conjunto de normas que regessem a vida dos particulares, ou seja, da sociedade civil. Dessa forma, o Direito Privado foi denominado como o ramo do Direito destinado a reger as relações onde houvesse apenas particulares.

Nesse sentido, ensina William Paiva Marques Júnior que:

Na perspectiva tradicional a Ciência Jurídica se divide em dois grandes ramos: o Direito Público e o Direito Privado. O primeiro ocupa-se das relações travadas entre os cidadãos e o Estado ou dos Estados entre si (Direito Internacional Público, Direito Comunitário e Direito da Integração), ao passo que o segundo caracteriza-se pelo protagonismo dos particulares (Direito Civil, Direito Empresarial e Direito do Trabalho).²⁷

Nas palavras de Norberto Bobbio:

... a dicotomia clássica entre direito privado e direito público reflete a situação de um grupo social no qual já ocorreu a diferenciação entre aquilo que pertence ao grupo enquanto tal, à coletividade, e aquilo que pertence aos membros singulares;...²⁸

Com o tempo, a ideia da incomunicabilidade desses ramos do Direito foi se perdendo, e essa separação foi diminuindo. Percebeu-se que não fazia mais sentido em ver esses ramos de maneira totalmente apartada, pois a realidade não correspondia à teoria da total dissociação dessas vertentes.

Dessa forma, segundo Vicente Ráo:

²⁷ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. INFLUXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA DESCODIFICAÇÃO, MICRONORMATIZAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p.313-353, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/109/90>>. Acesso em: 02 maio 2014.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 14.

...não haveria como aceitar, (...) tão rigorosa separação entre interesse público e interesse particular, pois, na realidade, todos estes interesses se interpenetram; o Estado não é nenhum entre superior alheio à sorte dos indivíduos e, sim, o meio pelo qual se visa a realização do bem comum e, portanto, dos indivíduos.²⁹

Hoje o Direito Público e o Direito Privado se conectam, devido às transformações no pensamento político e jurídico que ocorreram com o decorrer do tempo. Atualmente esses dois ramos mantêm uma relação simbiótica.

3.1.2 Primórdios da Constitucionalização das Relações Privadas: do Estado Liberal ao Estado Social

O Direito Civil tem raízes muito antigas. Relacionando-se com a vida privada, o Direito Civil enfoca no indivíduo, no sentido que ele é um ser livre e autônomo, possuindo a tutela da sua própria vida. Dessa forma, a vida privada vinha sendo valorizada há muito tempo.

Posteriormente, a primazia pelo individualismo e pelo liberalismo inspirou os movimentos político-econômicos do século XVIII, e, por consequência, Constituições surgidas na época transmitiram esse anseio de liberdade individual.

Dessa maneira, Paulo Luiz Netto Lôbo ensina que:

²⁹ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 244.

O direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Nenhum ramo do direito era mais distante do direito constitucional do que ele. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal.³⁰

No mesmo sentido esclarece William Paiva Marques Júnior:

Desde o Direito Romano, o ramo privado da Ciência Jurídica era marcado pela ausência de intromissão do Estado, uma vez que em nome da autonomia da vontade ao particular tudo era permitido (desde que não houvesse lesão à normatização estatal de índole eminentemente liberal).³¹

Dessa forma, o direito privado sempre colocou em evidência a vida particular de cada indivíduo e a liberdade que ele possui. O movimento do liberalismo político, encabeçado pela burguesia, buscava a separação entre o Estado e a Igreja Católica e a liberdade econômica. Como fruto desses movimentos, a ideia de liberdade se expandiu. O papel dessas constituições era, dessa maneira, estabelecer o liberalismo de maneira geral.

Nesse raciocínio, aduz ainda Paulo Lôbo que:

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento de Estado liberal e da afirmação do individualismo jurídico. (...) As primeiras constituições, portanto, nada

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, 1999. p. 99. Disponível em: <http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2014.

³¹ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Influxos do neoconstitucionalismo na descodificação, micronormatização e humanização do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 34, n. 2, dez. 2013., p. 315. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/109/90>>. Acesso em: 13 maio 2014.

regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo.³²

Contemporâneo ao surgimento do Estado Liberal é a Revolução Industrial, que se iniciou basicamente na Inglaterra. Os Industriais, sedentos pelo lucro e tomados pelo espírito da liberdade econômica e das inovações tecnológicas, levaram adiante o processo de industrialização.

As indústrias passaram a empregar muitas pessoas. Os operários também estavam adeptos à ideia de liberdade. Porém, diante de suas circunstâncias, não podiam fazer muito a não ser trabalhar como operários nas indústrias.

A ideologia da época pregava a igualdade e a liberdade para todos e entre todos. Todos eram considerados iguais, pois desfrutavam de liberdade e de autonomia sobre seus atos. A igualdade, portanto, consistia no fato de todos serem livres e autônomos.

Porém, o tratamento de igualdade dado a todos não foi suficiente para que todos tivessem seus direitos resguardados. Devido ao tratamento igual, todos foram tratados igualmente, sem que se considerassem suas desigualdades.

Isso é reforçado pelo fato de que, com o desenvolvimento do capitalismo industrial, acentuaram-se desigualdades entre industriais e operários. Estes foram vítimas de extensas horas de trabalho e da ausência de outros direitos trabalhistas que hoje estão presentes do ordenamento jurídico brasileiro e nos de outros países, como férias remuneradas e descanso semanal remunerado. Além disso, eles trabalhavam sob péssimas condições de trabalho, sem garantia de segurança.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação legislativa**, v. 36, n. 141, 1999. p. 10. Disponível em: <http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2014.

Como consequência, operários vieram a sofrer com problemas graves de saúde, havendo, inclusive, casos de morte fruto desses problemas. Também eram comuns casos em que os operários sofriam mutilações devido às más condições de trabalho, fruto da falta de segurança na utilização das máquinas.

Abordando o surgimento do Direito do Consumidor no mundo, Sérgio Cavalieri Filho dá o exemplo de iniciativa de proteção aos consumidores em Nova York no final do século XIX, quando:

Josephine Lowell criou a **New York Consumers League**, uma associação de consumidores que tinha por objetivo a luta pela melhoria das condições de trabalho locais e contra a exploração do trabalho feminino em fábricas e comércio.³³

Posteriormente, já no século XX, em sua primeira metade, o mundo passou por grandes guerras, fruto do acirramento político-econômico entre diversos países, em sua maioria, europeus. Essa disputa deu-se início ainda no século XIX, mas teve seu ápice no século seguinte.

Junto a esses eventos, surgiram o nazismo e o fascismo, ideologias praticadas pela Alemanha e pela Itália, respectivamente. Baseando-se no pensamento de que essas nações seriam compostas de raças superiores aos outros povos, quem seguiu essas ideologias provocou mortes em massa, causando profundo sofrimento a pessoas como os judeus. Expressivo é o número de judeus mortos devido à política nazista.

Além desses acontecimentos, no plano econômico, houve a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, consequência da atitude do

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 4

Estado em deixar a economia livre da intervenção estatal. Esse acontecimento gerou um elevado número de desempregados e uma profunda crise econômica nos Estados Unidos, repercutindo em outros países. A crise de 1929 representou uma crise do capitalismo no mundo.

Conforme o tempo foi passando, a valorização do Direito Privado e da liberdade foram continuando, até que chegasse o ponto em que se percebesse que essa valorização não seria o suficiente para salvaguardar direitos pessoais de determinadas grupos sociais, pois estes eram constantemente violados.

Após tantas barbáries que ocorreram desde a formação do Estado Liberal, o ideal de valorização do ser humano passou a ser buscado. A partir desse momento, o Estado passou a intervir em diversas dimensões de sua atuação. Foi assim que surgiu o Estado Social. Para Bonavides, o “Estado Social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo.”³⁴

O Estado Social (*welfare state*) caracteriza-se pela intervenção do Estado a fim de alcançar a justiça e a verdadeira igualdade sociais necessárias para restaurar a valorização do ser humano como tal. Dessa forma, a autonomia privada e o individualismo perdem prestígio e o indivíduo passa a ser valorização não pela sua liberdade, mas como ser humano objeto de valores que transcendem e individual e que representem o coletivo.

De acordo com esse pensamento, Paulo Lôbo afirma que:

O Estado Social, no plano do direito, é todo aquele em que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além do indivíduo a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente,

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9.ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2009. p. 203

todos com inegáveis reflexos nas dimensões materiais do direito civil.³⁵

Abordando o Estado Social, Márcio Iório Aranha aduz que:

O Estado Social, dizia-se, institucionalizou, por meio de regimes jurídicos específicos, temas jurídicos básicos, humanizando-os. (...) Os direitos efetivos eram, enfim, restritos àqueles que dele podiam usufruir, e o Estado Social propunha amenizar a desigualdade de forças, que entorpeceria a liberdade abstrata.³⁶

Procurando entender melhor o que significa o Estado Social e a constitucionalização das relações privadas, é pertinente que se esclareça que o Estado Social é característica da publicização do Direito. A publicização do direito, por sua vez, não significa a mesma coisa que a constitucionalização do direito.

A publicização, que é característica do Estado Social do século XX, consiste no processo de intervenção estatal na economia, predominantemente no âmbito legislativo.³⁷ A publicização é o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, já a constitucionalização se consubstancia na submissão do direito positivo aos fundamentos de validade constitucionais.³⁸

³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação legislativa**, v. 36, n. 141, 1999. p. 102. Disponível em: <http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2014.

³⁶ ARANHA, Márcio Iório. **Interpretação constitucional e garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo, SP: Atlas, 1999. p. 112.

³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *op. cit.*, p. 100. Disponível em: <http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2014.

³⁸ *Ibid.*, p. 101. Disponível em: <http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2014.

3.1.3 Direitos fundamentais e a constitucionalização das relações privadas

De maneira a elucidar melhor a definição de direitos fundamentais, é importante que se exponham as características principais deles. José Afonso da Silva aponta quatro características dos direitos fundamentais: a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade. A primeira se explica pelo fato de que todo direito é histórico, ou seja, são efeitos de fatos históricos. A inalienabilidade se refere às características de serem inegociáveis e intransferíveis, não sendo possível dispor deles. A imprescritibilidade se destaca pelo fato de que os direitos fundamentais sempre poderão ser exigidos, por nunca prescreverem, pois são direitos personalíssimos, e não patrimoniais. Por fim, a característica da irrenunciabilidade alude à inexistência da possibilidade de se renunciá-los.³⁹

No século XX, pelos motivos político-econômicos relacionados aos eventos tratados no item anterior e às suas consequências desastrosas, como as Grandes Guerras Mundiais e a ascensão das ideias nazifascistas, o mundo, de maneira geral, voltou-se para o ser humano, valorizando a condição de ser um.

Por esse motivo, muitas Constituições do século XX passaram a tratar de direitos que garantissem ao homem o seu bem-estar social e individual, partindo do ponto de vista de que todos, na condição de ser humano, devem ser titulares de direitos específicos que lhe garantam a sua integridade. A esses direitos denominam-se direitos fundamentais, mais especificamente os direitos fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos fundamentais foram divididos em três dimensões, de acordo com o período nos quais surgiram e sob quais específicos aspectos são

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 181.

caracterizados. São eles os direitos fundamentais de primeira dimensão, os de segunda dimensão e os de terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles inseridos nas primeiras constituições, fruto das revoluções burguesas do século XVIII, contextualizadas na Idade Moderna, disseminando a liberdade e não intervenção estatal. Esses direitos pregaram a autonomia privada, por meio da liberdade que da qual o indivíduo pode desfrutar, sem a intervenção do Estado na vida particular dele.

Dessa forma, entende Bonavides ao ensinar que os direitos da primeira dimensão são os direitos da liberdade, sendo os direitos que inauguraram os instrumentos normativos constitucionais, no contexto do início do constitucionalismo ocidental, sedimentando os direitos civis e políticos na época.⁴⁰

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, não trazem a ideia de plena liberdade e autonomia privada do indivíduo, sem a intromissão do Estado na vida do particular.

Os direitos de segunda dimensão são os direitos que surgiram no século XX, sendo caracterizados como os direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos coletivos, tendo nascido no período pós-guerra.

41

Referindo-se aos direitos desta dimensão, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.” Sobre essa dimensão de direitos fundamentais no contexto dos dias atuais, ainda fala o autor que:

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 563.

⁴¹ *Ibid.*, p. 564.

...caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas,...⁴²

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira dimensão são os direitos relacionados ao sentimento de solidariedade, trazendo a imagem do homem como um ser que vive em sociedade, para a qual deve se voltar, dessa forma valorizando o ser humano como um ser coletivo.

Explica Paulo Bonavides que os direitos dessa dimensão emergiram da "... reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade."⁴³ Esses direitos são caracterizados pelo elevado teor de humanismo e universalidade, tendo sido sedimentados no final do século XX.⁴⁴

Contextualizando a projeção dos direitos fundamentais de terceira dimensão, Ingo Sarlet observa que:

Cuida-se do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.⁴⁵

Ainda pode-se falar da existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais. Essa dimensão é caracterizada pela valorização e

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 57.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 569.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 569.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 58.

sustentação da democracia, já sob o contexto e após o advento das ideias de liberdade, igualdade e solidariedade, fruto das outras dimensões.

Paulo Bonavides, ao sugerir a existência dessa dimensão de direitos fundamentais, ensina que:

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.⁴⁶

Dessa forma, relaciona o autor os direitos fundamentais de quarta dimensão à globalização dos direitos fundamentais, de maneira que eles sejam universalizados no campo institucional, afirmando que esses direitos foram introduzidos pela globalização política no campo a normatividade.⁴⁷

De forma generalizada, é cabível que se fale que os direitos fundamentais refletem a valorização da dignidade do ser humano, pois o tratam como um titular de direitos de dimensão universal, direitos que estão acima de qualquer governo, com o fim de preservar direitos essenciais ao homem.

Esses direitos foram introduzidos nos diversos países por meio de documentos internacionais, o que revela a característica universal desses direitos. Exemplo de documento desse tipo é a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Como anteriormente referido, a importância aos direitos fundamentais surgiu como consequência de vários acontecimentos políticos, mas também de acontecimentos que marcaram a história mundial por representarem a violação extrema de direitos da época, como guerras e genocídio de povos.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 571.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 571.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, por esse motivo, é um documento que representou a necessidade de que as nações aderissem ao seu conteúdo, devido à premência de alcançar o maior número de pessoas possíveis sob a cobertura de direitos fundamentais.

Leciona Bonavides que, “Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX.”⁴⁸

Conforme os países foram aderindo a esses documentos internacionais, seu conteúdo foi inserido na legislação interna de cada país, possibilitando que os valores inseridos nesses documentos, por consequência, tivessem eficácia interna nos países signatários.

Os documentos internacionais trouxeram aos países, dessa forma, valores universais, ou seja, que deveriam alcançar todos os homens, de forma a resgatar-lhes direitos humanos, como a dignidade. Os direitos das três primeiras gerações abriram o caminho para o surgimento da concepção universal dos direitos fundamentais.⁴⁹

Esses valores de caráter universal foram inseridos nas constituições de cada país, oferecendo uma base ideológica bastante profunda para a aplicação das normas infraconstitucionais. Assim leciona Bonavides ao afirmar que os direitos fundamentais oxigenam as Constituições democráticas.⁵⁰

Nesse contexto, a constitucionalização das relações privadas ganha destaque no século XX, principalmente sob a forma do neoconstitucionalismo, pois surge como um mecanismo de, por meio das constituições de cada país, garantir a aplicação dos direitos fundamentais nas relações que são cuidadas diretamente pelas leis infraconstitucionais.

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. p. 574.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 573.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 375.

O constitucionalismo no século XX ganha nova roupagem, a do Neoconstitucionalismo, como mencionado anteriormente. A ascensão desse processo veio após o constitucionalismo liberal entrar em crise e os regimes totalitários entrarem em queda na primeira metade daquele século, fazendo surgir o constitucionalismo que daria início ao Estado Democrático de Direito.⁵¹

Dessa forma, a constitucionalização das relações privadas é caracterizada pela aplicação dos valores constitucionais, que representam os direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos diversos, nas leis infraconstitucionais e, assim, nas relações privadas, de forma a garantir que esses valores tenham eficácia jurídica.

Quanto à eficácia a respeito da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a doutrina traz duas teorias que se opõem: a teoria da aplicação indireta e a da aplicação direta.

A teoria da aplicação indireta indica que a aplicação e a interpretação dos direitos fundamentais constitucionais nas relações privadas devem ocorrer de maneira mediata, ou seja, indireta, significando que o papel de aplicar os direitos fundamentais se dá pelo legislador no momento em que elabora a norma, transferindo para o texto normativo o valor.

Samir José Caetano Martins, ao falar sobre esta teoria, declara que, de acordo com ela:

...deve ser respeitada a liberdade dos particulares e a própria autonomia do Direito Privado: as normas constitucionais serem apenas referencial normativo para a interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais, cabendo ao legislador a tarefa da ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.⁵²

⁵¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares e direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 79.

⁵² Martins, S. **Neoconstitucionalismo e relações privadas** : alguns parâmetros. **Revista CEJ**, América do Norte, 11 8 03 2007. p. 62.

Wilson Steinmetz afirma que, de acordo com essa teoria, os direitos fundamentais não incidem nas relações privadas como direitos subjetivos constitucionais, mas como sistema de valores ou normas objetivas de princípio.⁵³

A teoria imediata estabelece que os direitos fundamentais devem ser aplicados nas relações entre particulares de forma direta, imediata. Desse modo, não necessitam de um mediador que concretize a conexão entre os dois.

A Constituição se aplica diretamente às relações privadas, devendo o juiz assumir o papel de fazer a ponderação definitiva entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, por o juiz não está vinculado à opinião do legislador.⁵⁴

Comparando-se as duas teorias, é possível perceber que a diferença entre elas consiste no fato de a teoria imediata propor aplicação direta dos direitos constitucionais nas relações privadas. Essa eficácia não necessita da interferência dos poderes públicos para que se concretize.⁵⁵

A CF/88 deixa claro que o ordenamento jurídico pátrio adota a teoria imediata, ao declarar, no art. 5º, §1º, que: “As normas definidores dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Na aplicação imediata, pressupõe-se não só a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas também a produção direta de efeitos.⁵⁶

A CF/88, ainda na busca de solidificar os direitos fundamentais no Brasil, também determina, no art. 5º, inciso XLI, que “A lei punirá qualquer

⁵³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares e direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 138.

⁵⁴ Martins, S. **Neoconstitucionalismo e relações privadas** : alguns parâmetros. **Revista CEJ**, América do Norte, 11 8 03 2007. p. 62.

⁵⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares e direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁵⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 59.

discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” Além desse dispositivo, a CF/88, no art. 60, §4º, estabelece que os direitos fundamentais são cláusula pétrea, ou seja, não podem ser retiradas do nosso ordenamento jurídico, expondo, literalmente, que: “art. 60 (...) §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

No Brasil, a necessidade de sedimentação dos direitos fundamentais encontrou motivo específico no contexto da ditadura militar, iniciada em 1964 e finda em 1985. Durante esse período, os direitos essenciais do ser humano, como a liberdade e a dignidade foram intensamente violados.

Desse modo, a inserção dos direitos fundamentais na CF/88 representou também a reabertura política, com a possibilidade de reaver direitos antes suprimidos, e ainda mais, possibilitar a ampliação do alcance dos direitos personalíssimos.

3.2 A Constitucionalização das Relações Consumeristas

Como exposto anteriormente, com a constitucionalização das relações privadas, valores inseridos na CF/88 passaram a ser aplicados na interpretação das relações privadas. Nas relações consumeristas, sob o enfoque da constitucionalização das relações privadas, esses valores constitucionais também passaram a influenciar o tratamento dado ao consumidor e à relação de consumo, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, princípio utilizado como razão para essa proteção. Dessa forma, protegendo a dignidade da pessoa humana do consumidor, estar-se-á, como resultado, protegendo os direitos fundamentais deles.

3.2.1 A dignidade da pessoa humana nas relações de consumo

Conforme mencionado anteriormente, o cenário de ofensas a direitos individuais ao redor do mundo acarretou no reforço por meio da elaboração de documentos internacionais e da promulgação de constituições democráticas com o fim de tornar garantida a eficácia das normas relativas aos direitos fundamentais, visto que a situação exigia medidas mais eficazes.

Dessa forma, a dignidade encontrou espaço ratificado nas leis, visto que a dignidade da pessoa humana seria o direito no qual seriam embasados os direitos fundamentais e, assim também, a inclusão destes nos ordenamentos jurídicos dos países que aplicassem os direitos fundamentais em seus ordenamentos jurídicos internos.

Por esse prisma, Flávia Viveiros de Castro declara que:

O princípio da dignidade da pessoa tem essa natureza estruturante, servindo como importante fundamento para a interpretação, a integração, o conhecimento e a aplicação do Direito.⁵⁷

A dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como um princípio que deve basear a elaboração e a interpretação das leis com o fim de que os indivíduos alcancem direitos essenciais à sua pessoa e, assim, garanta também sua integridade, sob seus diversos modos. Pode-se inferir que a dignidade da pessoa humana é um princípio que está ligado aos direitos fundamentais, justificando-os.

Ingo Wolfgang Sarlet, tratando da dignidade da pessoa, explica que:

⁵⁷ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de.. **Danos à pessoa nas relações de consumo: Uma abordagem civil constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 35.

... não se deverá olvidar que a dignidade - (...) – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas relações com seus semelhantes...⁵⁸

Nesse sentido, partindo do que afirmou o autor supracitado, conclui-se que a dignidade está ligada ao conceito de igualdade, pois a dignidade alcança todos os seres humanos, na medida de em que são iguais na sua condição como tal.

Ingo Sarlet, definindo a dignidade da pessoa humana, expõe que:

*... temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.*⁵⁹

A dignidade da pessoa humana tem tamanha importância que, no Brasil, ela é posta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como determina o art. 1º, que diz: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;”

A dignidade da pessoa humana, devido à constitucionalização das relações privadas, é inserida em diversas dimensões das relações jurídicas

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21.

⁵⁹ *Id.* **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. P. 60.

entre os homens, e, assim, também tem sido inserida nas relações consumidor-fornecedor.

A dignidade da pessoa nas relações de consumo significa tratar o consumidor como pessoa, respeitando-o como ser humano nas diversas situações presentes nas relações consumeristas, de modo que ao consumidor seja garantida a não violação de direitos essenciais.

A dignidade da pessoa do consumidor também está presente, principalmente, no reconhecimento da existência da desigualdade material presente na relação entre consumidor e fornecedor, já que o consumidor é presumidamente vulnerável na relação. Dessa forma, reconhecendo-se a vulnerabilidade do consumidor, estar-se-á permitindo que o consumidor não sofra injustiças.

Exemplo do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor é a inversão do ônus da prova. Quando não se trata de direito do consumidor, o ônus de provar o que se alega é de quem o faz. No caso do direito do consumidor, o ônus da prova recai sobre o fornecedor. Assim, se o consumidor alegar um defeito no produto, por exemplo, o fornecedor é quem deve provar que o defeito no produto foi fruto do uso inadequado ou de outro motivo causado pelo consumidor.

Sendo a constitucionalização das relações privadas a irradiação de princípios e normas constitucionais nas relações entre particulares, a constitucionalização das relações de consumo se concretiza por meio da irradiação dos princípios e das normas constitucionais nas relações consumeristas, e isso se dá, de maneira geral, pela disseminação do princípio da dignidade da pessoa humana nessas relações, pois "... a dignidade está intimamente ligada aos direitos fundamentais; a constitucionalização das

relações privadas e, por conseguinte, os direitos fundamentais, envolve principalmente a dignidade da pessoa humana.⁶⁰

Nesse sentido, afirma Sergio Leandro Carmo Dobarro que: “... a premissa da vulnerabilidade é fundada no fato de a proteção específica do consumidor ser um direito fundamental do cidadão, que tem em sua base nos princípios da dignidade da pessoa humana.”⁶¹

Sobre a aplicação da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo, Dobarro dá o exemplo da publicidade enganosa, quando, por meio dela, o consumidor é estimulado a adquirir produtos por pressão psicológica, chegando a adquirir, inclusive, produtos desnecessários a ele.⁶²

A publicidade enganosa é tratada no CDC, art. 37, § 1º, que determina que publicidade enganosa é: “... qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, (...), conduzir em erro o consumidor...” sobre dados do produto ou serviço.

A publicidade enganosa não necessariamente precisa apresentar um consumidor alcançado direto para que seja considerado como tal; basta que ela seja provada no campo abstrato, ou seja, sendo apenas veiculada.⁶³ Só o fato de a publicidade enganosa existir já a configura como tal, não necessitando de nenhum consumidor presente na situação.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 70-77.

⁶¹ DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A vulnerabilidade do consumidor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2013, São Paulo. “sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do direito na contemporaneidade”. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 14. Disponível em > <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c6344b0ae32e496b>.> Acesso em: 02 maio 2014.

⁶² *Ibid.*, p. 12. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c6344b0ae32e496b>> Acesso em: 02 maio 2014.

⁶³ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 552.

Ainda tratando sobre as possíveis situações nas quais a dignidade está ligada às relações de consumo, Dobarro menciona os casos das relações entre os planos de saúde e seus segurados, os consumidores. Nesse caso, essa conexão é ainda mais forte, pois, quando se trata de planos de saúde, o princípio da dignidade da pessoa humana está em profunda ligação com o direito à vida e o direito à saúde, que são, respectivamente, outro direito fundamental e um direito social, ambos constitucionalmente estabelecidos.⁶⁴

Assim, expõe a CF/88, no *caput* do art. 5º, que: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida,...” Já o *caput* do art. 6º esclarece que: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

De maneira geral, a dignidade da pessoa humana se faz presente nas relações de consumo devido ao advento do neoconstitucionalismo, na medida em que ele proporciona a interpretação das leis conforme a CF/88 e aplicação direta de seus princípios e normas.⁶⁵

3.2.2 Outros princípios constitucionais aplicados ao direito do consumidor

⁶⁴ DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A vulnerabilidade do consumidor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2013, São Paulo. “sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do direito na contemporaneidade”. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 20. Disponível em > <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c6344b0ae32e496b>.> Acesso em: 02 maio 2014.

⁶⁵ Martins, S. Neoconstitucionalismo e relações privadas: alguns parâmetros. **Revista CEJ**, América do Norte, 11 8 03 2007. p. 62.

O princípio da dignidade, como já dito, é conector com a constitucionalização das relações consumeristas, uma vez que está inserido nesse processo, tendo ligação profunda com os direitos fundamentais.

Porém, dado que a constitucionalização das relações privadas engloba a totalidade de normas e princípios constitucionais, a dignidade não é o único princípio constitucional que se aplica ao direito do consumidor. Dessa maneira, é salutar que se aborde outros princípios constitucionais aplicados às relações de consumo entre particulares.

De início, pode-se citar o princípio da isonomia. Este princípio traz a ideia de igualdade que, no direito do consumidor, se aplica à relação de consumo.

O art. 5º da CF/88 se refere à igualdade, afirmando que: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,...”

Se baseando por este princípio, é mister que se procure alcançar a igualdade entre as partes da relação jurídica no caso concreto. No caso da relação entre consumidor e fornecedor, ao se buscar a igualdade nessa relação, deverá haver um tratamento desigual, favorecendo o consumidor, já que este tem posição inferior, já que é presumidamente vulnerável.

Nessa perspectiva, Dobarro declara que:

A igualdade existente na Constituição não é absoluta, visto que há necessidade da lei em tratar de forma desigual os desiguais na medida em que se desiguam, permitindo a igualdade material entre as partes...⁶⁶

⁶⁶ DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A vulnerabilidade do consumidor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2013, São Paulo. “sociedade global e seus impactos sobre o

Rizzatto Nunes enumera três elementos pelos quais pode-se aferir se o princípio da igualdade pode ser aplicado: a discriminação, que o tratamento desigual a quem deveria ser tratado de maneira igual; a relação lógica entre a discriminação e o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade; e a afinidade entre essa relação e os valores protegidos constitucionalmente.⁶⁷

Outro princípio constitucional a ser aplicado nas relações consumeristas é o da intimidade e da vida privada. Esse princípio remete ao direito que as pessoas têm em não ter sua privacidade violada, tendo a liberdade de não querer exposição diante do que é público.

A CF/88 trata da intimidade e da vida privada no art. 5º, inciso X que: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Rizzatto Nunes esclarece, sobre a vida privada, que privado significa aquilo que é privado do público, se relacionando ao domínio do lar, no âmbito doméstico, seja física ou psicologicamente.⁶⁸ A vida privada compõe a esfera íntima do indivíduo, devido ao fato de que é o lugar onde a pessoa tem ampla liberdade para realizar suas vontades e onde ficam as particularidades de foro íntimo da pessoa.⁶⁹

José Afonso da Silva aduz que a inviolabilidade da casa, que consta no art. 5º, XI da CF/88, se relaciona à intimidade, assim como o sigilo da

estudo e a afetividade do direito na contemporaneidade”. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 11. Disponível em > <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c6344b0ae32e496b>.> Acesso em: 02 maio 2014.

⁶⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 82.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 208.

correspondência e o segredo profissional. Desse modo, o direito à intimidade compõe-se da faculdade de o indivíduo manter um documento ou informação longe do domínio público.⁷⁰

Rizzatto Nunes, ao falar de intimidade, difere-a da vida privada, expõe que a intimidade “... é o último círculo constricto, que se resguarda até contra aqueles outros que compõem o círculo um pouco mais amplo da esfera privada.” Assim, a intimidade é ainda mais restrita que a vida privada.⁷¹

Isso pode ser aplicado nas relações consumeristas no caso, a título de exemplo, em que um fornecedor exigir uma informação ao consumidor, sendo que esta informação é de foro íntimo.

Mais um princípio constitucional que pode ser aplicado às relações consumeristas é o direito à informação. A CF/88, no art. 5º, XIV, determina que: “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

O direito à informação consiste no direito de o indivíduo ter acesso à informações de diversos tipos. No direito do consumidor, esse princípio pode se encaixar, por exemplo, na obrigatoriedade da informação dos preços dos produtos expostos em uma loja. O consumidor tem o direito de ser informado a respeito dos preços dos produtos.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 207.

⁷¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

4 A VULNERABILIDADE INFORMACIONAL DO CONSUMIDOR ANTE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

A constitucionalização das relações privadas atinge várias áreas do Direito Privado, e o Direito do Consumidor não está fora desse alcance, uma vez que consiste em relações privadas, predominantemente. Dessa forma, os valores consagrados constitucionalmente alcançam também as relações consumeristas com o fim de assegurar aos consumidores direitos mínimos.

Hoje as informações são mais acessíveis, e essa também é uma tendência nas relações entre consumidores e fornecedores. O consumidor é vulnerável no que se refere à informação na medida em que o fornecedor é o detentor de informações as quais o consumidor pode sequer conhecer. Dessa forma, é salutar que essa matéria seja abordada.

4.1 O direito à informação e a vulnerabilidade informacional do consumidor sob a ótica da dignidade da pessoa humana

O advento do neoconstitucionalismo causou a constitucionalização das relações privadas de forma tal que os direitos fundamentais alcançaram o meio privado e alteraram o tratamento que era dado às relações privadas. E, nesse contexto, o direito do consumidor passou a ser tratado sob a ótica constitucional, assim como outras áreas do Direito Privado.

Um dos aspectos do neoconstitucionalismo consiste no processo de constitucionalização do direito privado no século XX, sendo fortemente influenciado pelos acontecimentos da época. Como já mencionado anteriormente, as guerras e os regimes ditatoriais, que culminaram com grande quantidade de mortes, ascenderam na comunidade internacional a

preocupação de proteger os seres humanos de atitudes que denegrissem-no, ferindo seus direitos mais básicos.

Para Wiliam Marques Paiva Júnior, a constitucionalização do Direito consiste na irradiação dos valores acolhidos na Constituição em todo o ordenamento jurídico. A constitucionalização do Direito se concretiza pela aplicação direta da Constituição, pela verificação da inconstitucionalidade das leis infraconstitucionais, assim como a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição.⁷²

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se um dos principais pilares de sedimentação dos direitos fundamentais, sendo inserido em constituições elaboradas no século XX. O neoconstitucionalismo, dessa forma, é ligado à dignidade da pessoa humana no sentido de que traz ao direito privado a interpretação conforme os princípios constitucionais.

O jusnaturalismo é ideologia que baseia a dignidade da pessoa humana, uma vez que consiste na obtenção da justiça por meio da ideia de um direito superior, embasado pelo respeito à natureza humana.⁷³ De acordo com a doutrina jusnaturalista, o Direito Natural conecta-se à definição de natureza humana, podendo ser concretizada pela sua existência positivada.⁷⁴ O jusnaturalismo se opõe ao positivismo, doutrina predominante no século XIX que, buscando a objetividade jurídica, propunha a criação da ciência jurídica.⁷⁵

Neste diapasão, o constitucionalismo pós-positivista é baseado no neoconstitucionalismo, tendo a CF/88 contribuído de forma relevante na

⁷² MARQUES JÚNIOR, William Paiva. INFLUXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA DESCODIFICAÇÃO, MICRONORMATIZAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 331, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/109/90>>. Acesso em: 02 maio 2014.

⁷³ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 172.

⁷⁴ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000. p. 100.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed.,. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 350.

sedimentação dos direitos fundamentais no Brasil, assim como contribuiu com a cidadania e a democracia.⁷⁶ Nesse sentido, o neoconstitucionalismo superou o constitucionalismo clássico que estabelecia um padrão legalista de interpretação do direito.⁷⁷ O pós-positivismo, portanto, afastou a ideia de aplicação pura do direito, como pregou o juspositivismo clássico, trazendo a ideia da ponderação de princípios para a aplicação da norma ao caso concreto, tendo como referência valores que exaltem o valor do ser humano como tal.

No contexto do direito do consumidor, é possível fazer uma associação entre a vulnerabilidade informacional do consumidor e o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma a concatenar aquela à constitucionalização do direito privado, podendo-se tratar de maneira mais profunda a constitucionalização das relações de consumo.

O surgimento da ideia de vulnerabilidade do consumidor, foi uma forma de garantir a igualdade material na relação entre consumidor e fornecedor e, desta forma, garantir que o consumidor alcance um lugar adequado para ele, de acordo com as suas condições reais, de modo a se atingir a justiça nessa relação. Por esse motivo, eles são tratados desigualmente.

Nessa perspectiva, abordando o tema da vulnerabilidade do consumidor, Sergio Cavalieri Filho afirma que:

... não fere o princípio constitucional da isonomia o tratamento diferenciado - **protetivo** e **defensivo** – dispensado pelo legislador infraconstitucional ao consumidor, o que se legitima pela discrepante e insustentável relação de forças existentes entre este e aqueles que

⁷⁶ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. INFLUXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA DESCODIFICAÇÃO, MICRONORMATIZAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 330, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/109/90>>. Acesso em: 02 maio 2014.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 334, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/109/90>>. Acesso em: 02 maio 2014.

detém os mecanismos de controle da produção no mercado de consumo (fornecedores)...⁷⁸

A fase do século XX na qual surgiu o neoconstitucionalismo trouxe muitas transformações, em diversas áreas. Uma delas foi o aumento da facilidade na troca de informações. Essa transformação foi possível graças à agilidade com que as informações passaram a fluir, o que foi beneficiado pelos avanços tecnológicos.

Atualmente é muito mais fácil saber o que acontece no mundo todo. Apesar dessa facilidade, hoje ainda se vive uma época na qual quem detém mais conhecimento, ou seja, quem tem mais acesso a informações, se torna um ser privilegiado e possui mais vantagens em relação a outros. Isso se reflete nos diversos tipos de contratos. Fábio Ulhoa Coelho faz referência e isso, afirmando que:

É muito comum que uma das partes tenha acerca do objeto do contrato maior conhecimento que a outra. Nos casos entre desiguais, existe sempre essa assimetria de informações. O consumidor certamente não conhece o produto ou serviço que pretende adquirir na mesma medida do fornecedor, e isso é uma das mais importantes razões de sua vulnerabilidade.⁷⁹

A Constituição de 1988 faz referência ao direito à informação, tratando-a como um direito fundamental, uma vez que o legislador constituinte o inseriu no art. 5º, mais precisamente no inciso XIV, que determina que: “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 48.

⁷⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Direito civil**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. xiv, p. 129.

Informação pode ser definida como o objeto pelo qual flui o conhecimento, fazendo parte do processo de interação entre as pessoas. Claudia Lima Marques conceitua informação afirmando que: “... informação é um processo interativo, que se denomina normalmente de comunicação; informação é um conteúdo, são os dados, saberes, conhecimento, imagens, sons, formas, palavras, símbolos ou (in)formações organizadas, e – acima de tudo – informação é um direito.”⁸⁰

O direito à informação, de maneira generalizada, consiste no direito relativo ao acesso à informação. Rizzatto Nunes⁸¹, ao tratar do direito de informação, traz três espécies deste direito, englobando variações da forma como ele se manifesta no caso concreto.

A primeira espécie é o direito de informar, que consiste no direito de poder informar, ou seja, de direito de alguém emitir uma informação. Esse direito está ligado à liberdade de expressar-se, de manifestar um pensamento, seja de forma escrita ou falada.

A CF/88 trata da liberdade de expressão no art. 5º, inciso IX, dizendo que: “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

A CF/88 também trata deste direito no art. 220, quando diz que: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Rizzatto Nunes menciona o art. 5º, inciso X como uma restrição à liberdade de expressão, pois este artigo, já referido neste trabalho, faz referência à inviolabilidade da vida privada, da imagem, da honra e da

⁸⁰ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005. p. 772.

⁸¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

intimidade. O autor fala da oposição entre estes dispositivos constitucionais sob o contexto da informação jornalística, pois, apesar da ideia da não restrição da expressão e da informação, os profissionais jornalistas devem respeitar a inviolabilidade à vida privada e à intimidade.⁸²

José Afonso da Silva, abordando o direito à informação, aduz que: “O direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação,...”⁸³ O autor, quando expõe desta forma o direito à informação, aborda o aspecto coletivo do direito à informação, no sentido de que a informação pode ser direito de um grupo, de uma coletividade.

A segunda espécie apresentada pelo autor é o direito de se informar. Este direito consiste na possibilidade que uma pessoa tem de ter acesso às informações. É um direito que envolve desejo de uma pessoa de alcançar fontes de informação e, portanto, gera também o dever de fornecer informação em outra pessoa.

A partir do momento em que existe o direito de alguém se informar, deverá existir também a obrigação de alguém prestar a informação, pois o direito de alguém se informar só se concretizará se outra pessoa tiver a obrigação de informar. Nas palavras de Rizzatto, “... o exercício de um direito subjetivo significa a possibilidade da exigência de alguém. Isto é, a prerrogativa de um corresponde à obrigação de outro.”⁸⁴

Afirma ainda o autor que “O direito de se informar é uma prerrogativa concedida às pessoas. Decorre do fato da existência da informação.”⁸⁵ Dessa

⁸² NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 260.

⁸⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. op. cit., p. 98.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 86.

forma, a partir do momento em que uma informação existe, ela está disponível para ser acessada, fato que gera o direito de alguém ter acesso a ela.

A terceira espécie é o direito de ser informado. De acordo com esta subdivisão, uma pessoa tem direito de receber informações que lhe são necessárias. Esta subdivisão do direito de informação pode ser vista sob a perspectiva do direito do consumidor, no sentido de que o consumidor possui o direito de ser informado, e, como consequência, o fornecedor possui o dever de informar ao consumidor sobre direitos relacionados a ele. Dessa forma, quem concretiza este direito é o fornecedor. O sujeito objeto desse direito é o consumidor.

O dever de informar possui três requisitos: a adequação, que consiste na adequação entre os meios de informação e os riscos do produto e seus destinatários; a suficiência, que significa que a informação deve ser completa e suficiente para expressar o que quer ser transmitido; e, por fim, a veracidade, que consiste no fato de que a informação deve ser verdadeira, ou seja, fiel à realidade.⁸⁶

O dever de se informar difere do direito de ser informado pelo fato de que, enquanto o direito de se informar nasce da existência de uma informação, o direito de ser informado surge do dever que alguém tem de informar.⁸⁷ Nesse sentido, essas espécies do direito de informação não se confundem pelo que motiva suas origens.

Rizzatto, ao abordar essa espécie do direito à informação, contextualiza-o na Administração Pública, já que “...os órgãos públicos têm não

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 97.

⁸⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

só a obrigação de prestar informações como a praticar seus atos de forma transparente, atendendo ao princípio da publicidade.”⁸⁸

O art. 5º, XXXIII, da CF/88 assim determina, ao expor que:

Art. 5º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

O CDC, trata o direito de ser informado como um direito básico do consumidor, pois estabelece, no art. 6º, inciso III, que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

O direito à informação, no que diz respeito ao direito de ser informado, é relevante, posto que faz parte de todas as fases do consumo, desde a oferta do fornecedor, passando pela relação consumerista já concretizada, sendo presente também, por fim, após o término do contrato.⁸⁹

Portanto, ainda no anúncio de um produto, antes que haja relação contratual em si, o consumidor em potencial daquele produto deve ser informado de maneira clara. É isso o que determina o art. 31 do CDC, que assim diz:

⁸⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7ª. Ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 409 p. 96.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

A oferta consiste na exposição de um produto ou serviço como forma de atrair clientes e vender produtos ou serviços. Cavalieri afirma que a oferta é uma proposta de celebração de um contrato de uma pessoa à outra, e que todo contrato tem início com a oferta do fornecedor, que se consuma com a aceitação pelo consumidor.⁹⁰

A oferta pode ser uma grande fonte de violação dos direitos dos consumidores e, em maior amplitude, da dignidade da pessoa humana, já que, por meio da informação publicitária, o fornecedor pode enganar o consumidor, expondo mensagens que podem gerar prejuízos psicológicos e de outras espécies àqueles que assistem ou ouvem essas mensagens.

Hoje é grande o apelo ao consumo. A velocidade na evolução tecnológica propiciou a diversificação dos meios de comunicação. Assim, nos dias atuais, o consumidor, rodeado de fontes de informações publicitárias, age automaticamente, motivado por puro desejo irracional, e não pela necessidade, não reparando na capacidade dessas publicidades de lesionar a dignidade dos consumidores.⁹¹

Nesse contexto reside a ligação entre o direito à informação e o princípio da transparência. Nas palavras de Sergio Cavalieri:

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁹¹ VERAS, Gustavo de Macedo; FORTES JÚNIOR, Mario Jorge Tenorio. Aspectos da proteção do consumidor em tempos pós-modernos. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 22., 2013, São Paulo. **Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade**. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 149 - 164. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=56de534cf589f6d0>>. Acesso em: 20 maio 2014.

... o direito à informação é um reflexo ou consequência do princípio da transparência (...) e encontra-se umbilicalmente ligado ao princípio da vulnerabilidade. Daí é possível dizer que o direito à informação é, primeiramente, um instrumento de igualdade e de reequilíbrio da relação de consumo.⁹²

O princípio da transparência implica em o fornecedor ser honesto em suas atitudes, não devendo, neste caso, haver motivos para esconder informações ou fatos ao consumidor, nem para prestar informações falsas. Obedecendo a este princípio, o fornecedor deverá agir de maneira clara, de modo a não deixar dúvidas que comprometam o consumidor.

O princípio da transparência significa que a informação sobre o produto é clara e correta, assim como as informações inseridas no contrato, de forma que o fornecedor tenha respeito e lealdade pelo consumidor.⁹³ Sobre o assunto, Cavaliere afirma que o consumidor, quando desinformado, torna-se vulnerável, pois, sem informações adequadas sobre o produto ou o serviço, ele é vítima dos abusos do mercado.⁹⁴

Nesse sentido, Rizzatto Nunes declara que: “O anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia de forma alguma, quer seja por afirmação, quer seja por omissão. Nem manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua, iludir o destinatário do anúncio.⁹⁵”

Dessa forma, quando há a deficiência na concretização do direito do consumidor à informação, agrava-se o estado de vulnerabilidade do

⁹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 96.

⁹³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005. p. 715.

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.* p. 134.

⁹⁵ NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. p. 502.

consumidor, estabelecendo-se uma desigualdade concreta na relação consumerista.

A oferta também é ligada ao princípio da boa-fé. Este princípio pode significar a faculdade de agir de maneira a não prejudicar terceiros, ou seja, agir honestamente. Para Cavalieri, se no plano constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais importante, posto que consagrado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, no plano infraconstitucional, o princípio mais importante é o princípio da boa-fé.⁹⁶

Os anúncios que não obedecem a estes princípios são considerados publicidade enganosa, aquela que tem como fim enganar o consumidor como forma de convencê-lo a consumir um produto ou serviço.

Publicidade enganosa é aquela que procura confundir o consumidor, induzindo-o a erro. Declara Cavalieri que a indução ao erro é o principal elemento que caracteriza a publicidade enganosa.⁹⁷ Um anúncio já será considerado enganoso se, ao ler um texto ou assistir à uma imagem houver mais de uma interpretação possível e uma delas levar ao engano.⁹⁸

Uma espécie de publicidade que pode ofender fortemente a dignidade do consumidor, considerando a vulnerabilidade do consumidor quanto às informações sobre produtos ou serviços, é a publicidade abusiva.

A publicidade abusiva é aquela que ofende valores constitucionais, ambientais, éticos e sociais.⁹⁹ Dessa forma, a publicidade abusiva é um indício de ofensa aos princípios constitucionais e, assim, por consequência, também acarreta na ofensa à dignidade da pessoa humana.

⁹⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 38.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 135.

⁹⁸ NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. p. 553.

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 139.

Cavaliere traz como exemplo de publicidade abusiva um anúncio da Relish, uma grife italiana, na qual uma modelo é levada presa por policiais militares representados por atores. Este anúncio causou polêmica, pois estimularia a violência contra as mulheres e o tratamento delas como objetos. A empresa pediu desculpas e retirou o anúncio de circulação.¹⁰⁰

No CDC, estes tipos de publicidade estão dispostos no art. 37, que diz:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Cumpra-se que é imprescindível que o fornecedor utilize da transparência e da boa-fé, não só na oferta de um produto ou serviço, mas, também, nos outros momentos da relação contratual, pois o consumidor confia nas informações prestadas pelo fornecedor e deve ser tratado de maneira digna e respeitosa durante toda a relação consumerista.

Por meio do acesso à informação, o consumidor pode tomar decisões conscientes, de forma que suas escolhas não sejam viciadas pelo

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 140.

desconhecimento, fato este que pode acarretar em prejuízos que não ocorreriam se ele estivesse adequadamente informado. Nesse sentido, é verificada a conexão entre a vulnerabilidade informacional e a dignidade da pessoa humana do consumidor.

Um aspecto da dignidade do consumidor reside na informação que o fornecedor deve prestar ao consumidor sobre a utilização de produtos. Uma pessoa, ao consumir um produto, está exposta às consequências provenientes do uso dele. Dessa forma, deve ser informado dessas consequências, de forma a preservar seu direito à dignidade. Nisto é possível estabelecer uma relação entre a vulnerabilidade informacional e a constitucionalização das relações consumeristas, pois o direito do consumidor estará sendo interpretado conforme a Constituição, na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana será parâmetro para essa interpretação.

Nesse sentido, determinam o art. 8º e o 9º do CDC que:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

A dignidade de uma pessoa nas relações de consumo pode estar relacionada à sua integridade física, mas também à sua integridade psíquica e emocional. Estes dois últimos casos justificam os casos nos quais decisões judiciais determinam ao fornecedor o pagamento de indenizações morais.

Estes casos nos quais há ofensa a esses tipos de integridade podem se concretizar nos casos em que a insuficiência ou a falta de informação podem acarretar o constrangimento do consumidor.

É importante que se ressalte que, além da questão da integridade em si, falta de informação já configura a vulnerabilidade, uma vez que a informação, como exposto anteriormente, é direito estabelecido constitucionalmente, além de referido pelo CDC, de modo a ser inserido de maneira eficaz no caso concreto das relações de consumo.

O CDC, no título em que trata das infrações penais, traz uma hipótese em que uma atitude do fornecedor pode ocasionar ofensa à integridade emocional, além da física, no art. 71, que assim determina:

Art. 71. Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Após isso exposto, cumpre expor que o CDC, ao trazer o fato de que o consumidor deve estar sempre bem informado, com o fim de que ele tenha consciência dos seus atos e dos seus direitos, possibilitou a ampliação de rede de proteção ao consumidor.

A constitucionalização das relações consumeristas sedimenta a aplicação ideal do CDC, ao menos no plano ideal, no que se refere à obediência dos fornecedores, pois, na prática, muitos deles, ao relacionar-se com os consumidores, somente passam a agir legalmente após a intervenção judicial, visto que não cumprem espontaneamente as determinações legais. Desse modo, a concreta sedimentação da aplicação do CDC se dá, muitas vezes, após uma desobediência anterior que justificou a utilização do Poder Judiciário para garantir a tutela de um direito consumerista.

4.2 Análise jurisprudencial: apelação nº 70057731366/TJ-RS¹⁰¹

A análise do que vem decidindo o Poder Judiciário é de muita relevância, uma vez que a jurisprudência tem papel fundamental na eficácia das leis, podendo suplementá-las, mas também podendo gerar uma interpretação diferente daquela que o legislador pretendia que fosse utilizada.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão publicada no dia 21/01/2014, negou provimento ao recurso impetrado por Centro Clínico Gaúcho LTDA. contra Daniel Felipe de Menezes, condenando a parte apelante a obrigação de fazer procedimento cirúrgico ambulatorial.

4.2.1 Descrição do caso

A apelante Centro Clínico Gaúcho LTDA. interpôs apelação em face de Daniel Felipe de Menezes, com o fim de modificar sentença que determinou obrigação de fazer à apelante.

Daniel Felipe de Menezes entrou com uma ação em face da apelante, devido ao fato de que esta se recusava a realizar procedimento

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70057731366. **Poder Judiciário do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70057731366&num_processo=70057731366&codEmenta=5624124+70057731366&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70057731366&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=09-01-2014&relator=Jorge+Luiz+Lopes+do+Canto>. Acesso em: 28 maio 2014.

cirúrgico de artroscopia do tornozelo. O juiz concedeu o pedido e determinou que a clínica realizasse o procedimento. A ré apelou da decisão.

A apelante alegou, nas razões recursais, que o procedimento cirúrgico do paciente não estaria na faixa de cobertura de seu plano específico, que é de característica ambulatorial. Tal procedimento somente poderia ser realizado em consumidores incluídos nos planos de segmentação hospitalar.

Alegou também que o contrato foi estabelecido após a Lei no. 9.656/98 e que, portanto a Agência Nacional de Saúde – ANS seria responsável pela definição das coberturas, sendo que a ANS não estabelece a cobertura do caso em questão.

Argumentou a apelante que seria injusto com os segurados do regime hospitalar o apelado usufruir de serviços do regime hospitalar, uma vez que não paga o mesmo valor que os segurados de tal plano. Como não estava incluído em seu plano, pelo qual paga mais barato, aquele tratamento não poderia ser realizado. Assim, não seria justo o mesmo tratamento para quem paga valores diferentes.

4.2.2 O posicionamento do relator

O relator Jorge Luiz Lopes do Canto, em decisão monocrática, opinou, perante o argumento da apelante de que o procedimento não estaria incluído no plano, que a apelante deveria ter informado ao apelado que tal procedimento não estava incluído na cobertura do plano, uma vez que no contrato não constava nenhuma cláusula restritiva relativa ao procedimento em questão.

Dessa forma, a clínica não poderia se negar a realizar o procedimento, pois no contrato não havia tal restrição, logo, o paciente não poderia saber que não poderia dispor de tal procedimento cirúrgico. Ademais, alegou ainda o relator que a apelante deveria ter agido com base na boa-fé, no sentido de reconhecer que, em termos contratuais, o paciente teria direito ao procedimento.

Ressaltou o relator que os contratos desse tipo tem a obrigação contratual de cobrir eventos futuros e incertos que poderiam causar dano ao apelado. Esclarece o relator que a apelante é fornecedora, conforme o que dispõe o CDC. Além disso, também esclarece que o direito básico do consumidor de ser informado não foi assegurado, pois o CDC estabelece, no art. 6º, já mencionado anteriormente, que é direito básico do consumidor receber informações claras e adequadas sobre produtos e serviços.

Dessa forma, afirmou o relator que a recusa do apelante constitui afronta ao dever de informar, já que não houve expressa restrição e, além do mais, cláusulas restritivas não dão margem a interpretações restritivas. Por esse motivo, o relator decidiu interpretar a questão favoravelmente ao consumidor, pelo fato de que a negativa da apelante não ter se baseado no contrato.

4.2.2 Análise do caso sob o a ótica da dignidade da pessoa humana e do direito de informação

O fato de clínica ter negado o procedimento cirúrgico configura ofensa à dignidade da pessoa humana, pois o paciente deixou de receber tratamento adequado diante da situação em que se encontrava. Devido a isso, o apelado poderia ter seu estado de saúde piorado.

Cumprido dispor que, nessa situação, está presente a vulnerabilidade informacional do consumidor, uma vez que, o apelado não foi informado dos procedimentos a que teria direito. Dessa forma, a vulnerabilidade do consumidor foi exposta por meio da falta de informação por parte do fornecedor.

A situação ilustra um caso em que há a relação intensa entre a vulnerabilidade informacional do consumidor e a dignidade da pessoa humana, já que o estado de vulnerabilidade foi agravado por afetar o direito à saúde.

Dessa forma, a situação exposta configura em afronta ao dever de informar, com repercussão na dignidade da pessoa humana do apelado, vez que ele teve um direito humano básico, a saúde, tolhido pela parte apelante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A informação do consumidor deve, sempre, ser prestada a ele, tanto por ser um direito constitucional, como por estar inserido no CDC, elencado como um direito básico do consumidor.

O direito à informação como se encontra hoje é fruto da constitucionalização das relações privadas. A passagem do Estado Liberal para o Estado Social e o advento do neoconstitucionalismo, fez os direitos fundamentais, por meio da constitucionalização das relações privadas, alcançar o Direito Privado, de forma que ele seja conectado ao Direito Público. O Direito do Consumidor, dessa forma, também foi alcançado pela constitucionalização das relações privadas.

O direito à informação, mais que em outras épocas, tem tido grande repercussão, devido ao advento das inovações tecnológicas, bem como da transparência e boa-fé nas relações negociais. O acesso às informações, dessa forma, tornou-se mais fácil, o que trouxe como consequência a consciência de que a informação é imprescindível a todos.

A partir disso, no direito contratual e em outros ramos do direito, buscou-se a finalidade de que mais pessoas pudessem alcançar informações, necessárias ao seu bem-estar e à sua convivência adequada nos lugares aonde vão, já que o acesso à informação possibilita, dentre outros aspectos, o acesso a outros direitos.

No Direito do Consumidor, essas afirmações também se confirmam, uma vez que a informação é necessária ao consumidor, no sentido de que ele possa ser esclarecido de seus direitos e das características dos negócios nos quais ele figura como consumidor.

A vulnerabilidade é característica presumida no consumidor como meio pelo qual se alcance a igualdade material na relação de consumo. O consumidor é presumidamente vulnerável, inclusive no que se refere à informação. Embora ele deva ter acesso à informação, já que é um direito do qual ele é titular, na prática das relações de consumo, isso não ocorre, pois ele está numa relação de desigualdade em relação ao fornecedor. Dessa forma, por meio da sua condição de vulnerabilidade presumida, o consumidor também é protegido no que se refere ao direito de informação.

Nesses argumentos consiste a ligação entre a vulnerabilidade informacional e a dignidade da pessoa do consumidor. O escopo dessa ligação é garantir que os direitos fundamentais do consumidor sejam garantidos. É por meio da dignidade da pessoa humana do consumidor que se alcança os direitos fundamentais dele, pois a dignidade é a base dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Márcio Iório. **Interpretação constitucional e garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo, SP: Atlas, 1999. 236 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009. 432 p.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. 173 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 2005. 807 p.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2009. 230 p.

BRAGA, Diego Bastos; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral. Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 22, 2013, Curitiba. **Vulnerabilidade psíquica e o discurso midiático entre o consumo e o consumismo**. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 503 - 523. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d5e705ceeeb7f7ec>>. Acesso em: 12 maio 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 8078, de 1990. **Dispõe Sobre A Proteção do Consumidor e Outras Providências..** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 04 maio 2014.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. (Org.). **Ministério da Justiça notifica grandes empresas de comércio eletrônico**. Disponível em: <

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de.. **Danos à pessoa nas relações de consumo**: Uma abordagem civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 196 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 409 p.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Direito civil**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. 493 p.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A vulnerabilidade do consumidor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2013, São Paulo. "sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do direito na contemporaneidade". Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 9. Disponível em > <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c6344b0ae32e496b>.> Acesso em: 02 maio 2014.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Malheiros, 2014. 199 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação legislativa**, v. 36, n. 141, 1999, p. 99-109.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005. 1342 p.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. INFLUXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA DESCODIFICAÇÃO, MICRONORMATIZAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p.313-353, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/109/90>>. Acesso em: 13 maio 2014.

NORAT, Markus Samuel Leite. **Direito do consumidor: oferta e publicidade**. São Paulo: Anhanguera, 2010. 268 p.

NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2012. 926 p.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000. 294 p.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Função social do contrato**. 2. Ed. São Paulo: Editora Método, 2004. 327 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 503 p.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 158 p.

_____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 240 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 926 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 191 p.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares e direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. 327 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil**. 7.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2011. 428 p.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000. 294 p.