

# A DICOTOMIA EXISTENTE ENTRE O DIREITO DO CONSUMIDOR POSITIVADO E SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS

Célio Hohm\*

Está próximo de completar uma década a aprovação do Código de Defesa do Consumidor através da Lei 8.078/90. Esta lei trouxe uma série de inovações no direito brasileiro, tanto no direito substantivo como no adjetivo.

Com a nova filosofia trazida pelo novo código, o Brasil fez uma certa revolução no pensamento jurídico, inovando em especial o direito coletivo, quando nossa herança romanística sempre foi profundamente individualista.

A partir da nova lei, muito se difundiu que, de uma vez por todas, o nosso país estaria acompanhando a evolução do direito internacional, colocando o Brasil entre os países “modernos”, que aderiram ao direito do consumidor.

Passado todo esse tempo de quase uma década, percebe-se que até o presente momento o CDC não está sendo aplicado pelos juízes e tribunais. Em raros momentos, encontram-se julgados que efetivamente levaram em consideração os novos princípios que o Código de Defesa do Consumidor positivou.

A nova lei trouxe a lume vários princípios do direito material e processual que não estão sendo levados em consideração pelos juízes no momento de instruir o processo e ao proferir suas sentenças. Um dos primeiros “pecados capitais” dos juízes é não verificar

ao receberem o processo, se trata-se ou não de uma relação de consumo.

Observado esta importante diretriz, o magistrado irá instruir e julgar o feito, conforme os princípios que o direito específico estabelecer, seja ele comercial, civil ou do consumidor. A maioria dos magistrados sequer percebem ou se conscientizam que estão julgando um fato que trata de uma relação de consumo.

A falta desta cultura jurídica leva a sérios erros ou desvios nos julgamentos, prejudicando sempre a parte mais vulnerável ou hipossuficiente que é o consumidor. Os erros já começam na instrução do processo, onde o CDC estabelece que o ônus da prova é do fornecedor e não do consumidor que apresenta a demanda judicial.

Sabe-se que o ônus da prova é extremamente difícil numa relação de consumo e, portanto, o consumidor, se tiver que provar suas alegações, geralmente sai derrotado e muitas vezes humilhado em sua busca de justiça. Esta foi uma grande inovação na nova lei, mas encontra-se praticamente enterrada pelos tribunais.

Outra questão bastante inovadora no CDC foi a adoção da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, excluindo dela apenas os profissionais liberais, que continuam respondendo pela vetusta responsabilidade culposa ou subjetiva.

\* Mestrando em Ciência Jurídica no CMCJ/UNIVALI.

Esta nova forma de responsabilidade civil, que no direito brasileiro encontrava-se apenas regrada em algumas áreas do direito, passou a ter um campo de abrangência bem mais extenso. O artigo 12 do código de Defesa do Consumidor trata da responsabilidade nos produtos e o artigo 14 nos de prestação de serviços.

A grande maioria dos juízes somente conhecem a responsabilidade civil do artigo 159 do Código Civil. Esta é a responsabilidade tipicamente culposa e sempre requer a ação ou omissão do agente culpado. Já a responsabilidade objetiva prevista no direito do consumidor é a que basta existir o fato danoso e o seu nexos causal entre o fornecedor e o consumidor, para então nascer a responsabilidade civil de reparar os danos materiais e morais.

Infelizmente, estes dois artigos são quase que completamente desconhecidos pelos magistrados. São somente dois artigos, mas trazem profundas implicações na forma de responsabilizar os fornecedores pelos vícios nos produtos ou na prestação de serviços. São fatos que diuturnamente ocorrem nas relações de consumo, mas bastante despercebidos no meio judiciário.

Grandes fornecedores como TELESC, CELESC e outros têm comemorado vitórias no judiciário catariense, inclusive no Juizado Especial Cível, pelo motivo dos magistrados não levarem em consideração a responsabilidade objetiva prevista na lei consumerista. Quando isso se refere ao JEC, isso é mais dolorido, pois este Juizado Especial foi concebido em boa parte para atender as demandas dos consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor também tem princípios processuais que são fundamentais a serem observados pelos magistrados. A sua observância, ou não, pode modificar o pêndulo da balança. Os principais são a *hipossuficiência*, a *vulnerabilidade* e *in dubio pró-consumidor*.

Em quase todas as relações de consumo, especialmente quando o fornecedor tiver uma posição dominante no mercado ou detiver conhecimentos ou tecnologias somente por ele manipulados, cria-se uma relação extremamente desigual entre as partes. A forte influência da mídia, os instrumentos de marketing, o assessoramento jurídico do fornecedor e uma infinidade de outros fatores, causam a vulnerabilidade do consumidor.

Nestes casos, os magistrados, ao julgarem os feitos que envolvem relações de consumo, devem necessariamente levar em consideração os princípios acima. Se tratarem as partes como *iguais*, cometerão graves injustiças contra os consumidores. Para se fazer justiça é necessário que os desiguais sejam tratados de forma desigual, levando-se em consideração, ou a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência, ou na dúvida, que prevaleça sempre o interesse do consumidor.

Com certeza, estes princípios certamente trilharão um longo caminho para serem aplicados em nossos tribunais. A aplicação de tais princípios, reconhece-se, exige maior dose de subjetividade, diferente do ônus da prova e da responsabilidade objetiva, que para serem aplicados requerem apenas um conhecimento objetivo do direito positivado. Mesmo assim, não estão somente previstos na doutrina e sim, se encontram positivados no código e por isso deveriam ser aplicados.

A falta de aplicação correta do Código de Defesa do Consumidor pelos tribunais é uma forma de subversão da ordem jurídica. Sabemos que temos exceções na regra. Alguns magistrados aplicam de forma brilhante os princípios e regras do direito do consumidor, mas aqui tratamos da maioria, que infelizmente não despertaram para o novo direito.

A aplicação justa do direito deve ser uma preocupação constante da política jurídica. Agora não pode ser somente uma preocupação daqueles que estejam mais envolvidos no dia a dia com o direito. É preciso que a grande massa dos consumidores saibam o que está positivado na lei, para que o cidadão comum possa criticar o magistrado no momento que ele age em detrimento da grande maioria dos consumidores.

O que acontece com o direito do consumidor reflete um pouco da fragilidade dos órgãos e entidades civis de defesa do consumidor. Aqueles órgãos ainda têm pouca inserção no meio acadêmico e nos veículos de comunicação de massa para debater as decisões judiciais. Aquelas decisões se escondem em alguns termos técnicos, somente conhecidos no meio dos operadores do direito, sem estarem ao alcance da grande maioria dos brasileiros.

Creio que não é somente a ignorância jurídica que faz com que não se aplique o Código de Defesa do Consumidor. Eu tenho plena convicção que é o grande conservadorismo e elitismo da maioria dos

magistrados, que fazem prevalecer o velho direito romano, copiado dos códigos napoleônicos, sobre o direito do consumidor, que incorporou princípios modernos do direito coletivo e de massa desse século e da aurora do novo milênio.

O conservadorismo jurídico é nefasto, não permite que se avance um passo em direção a uma melhor justiça social. Muitos doutrinadores se bateram e outros continuam se batendo para fazerem o direito avançar, no entanto, o resultado prático ainda é pequeno. As universidades deveriam cumprir um papel maior nessa transformação. Ocorre que a grande maioria delas está presa a currículos defasados e não consegue inovar.

A grande maioria dos formandos das faculdades de direito, conhece somente o direito contratual previsto no Código Civil e Comercial. Não se ensina uma vírgula da grande inovação dos contratos previsto no Código de Defesa do Consumidor. A grande maioria dos contratos hoje estão regulados pelo novo código, mas passa completamente despercebido pelos professores que ministram o direito contratual.

A Lei 8.078/90 deu especial atenção aos contratos e modificou profundamente o seu nascimento, suas cláusulas, revisão, cumprimento e rescisão. Houve por parte do Estado uma verdadeira intervenção nos contratos, mas que nas sentenças dos magistrados aparece o contrário, como se os contratos fossem lei entre as partes ou seriam imutáveis.

Em todo o meu período de graduação, que iniciou em 1992 e terminou em 1996, não tive uma aula ou palestra sobre o Código de Defesa do Consumidor. No entanto, aprendi a maioria dos princípios contratuais já conhecidos pelos romanos antes da era cristã, pois estão positivados no código civil e comercial.

Para concluir, quero dizer que é o momento de tocar o alarme para uma mudança profunda na aplicação do nosso direito do consumidor. É preciso que os magistrados sejam cobrados pela sociedade a quem devem servir. Não é possível que milhões de cidadãos tenham seus direitos negados pelos tribunais. A busca de uma política jurídica que tenha no seu bojo ou como seu grande norte a fome e sede de justiça, deve ser o escopo de cada um de nós.