

Será o fim da categoria “condição da ação”? Um elogio ao projeto do novo CPC.

Fredie Didier Jr.*

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP) e Pós-doutor (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

Resumo. O ensaio examina como a categoria “condição da ação” é tratada no projeto de novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Condições. Projeto de novo Código de Processo Civil.

Abstract. The essay examines how the category "condition action" is treated in the design of the new Code of Civil Procedure.

Keywords: Terms. Design of a new Code of Civil Procedure.

1. Introdução.

“Condição da ação” é uma categoria criada pela Teoria Geral do Processo, com o propósito de identificar uma determinada espécie de questão submetida à cognição judicial. Uma condição da ação seria uma questão relacionada a um dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), que estaria em uma zona intermediária entre as questões de mérito e as questões de admissibilidade. As condições da ação não seriam questões de mérito nem seriam propriamente questões de admissibilidade; seriam, simplesmente, questões relacionadas à ação. Constituir-se-iam, na lição de Adroaldo Furtado Fabrício, em um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do mérito da causa.¹

Essa categoria, desenvolvida a partir das lições de autores italianos, principalmente Enrico Tullio Liebman, foi amplamente aceita pela doutrina brasileira.

¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Extinção do Processo e Mérito da Causa”. *Ensaio sobre direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 379.

Pode-se dizer mais: trata-se de noção amplamente difundida no discurso jurídico brasileiro em geral.

Muito embora consagrada, nem por isso deixou de ser alvo de severas críticas². A principal objeção a essa categoria tem fundo lógico: se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. A doutrina alemã, por exemplo, divide as questões em admissibilidade e mérito, simplesmente³. Cândido Dinamarco, por exemplo, um dos principais autores brasileiros a adotar a categoria “condição da ação”, já defende a transformação deste trinômio em um binômio de questões: admissibilidade e mérito⁴.

Cabe, ainda, um esclarecimento.

Ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito “condição da ação” que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente. O órgão jurisdicional ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimação *ad causam* ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária).

As críticas doutrinárias, porém, não tiveram êxito na tarefa de proscrever esse conceito jurídico processual do repertório teórico do pensamento jurídico brasileiro.

Certamente há várias razões para esse insucesso.

Uma, porém, aparece como a mais forte: o CPC/1973 consagra expressamente essa categoria em um texto normativo. O inciso VI do art. 267, autoriza que o processo seja extinto, sem resolução de mérito, quando “não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o

² As críticas são bastante conhecidas. Sobre o tema, permita-se remeter o leitor para DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.

³ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1955, t. 2, p. 44-50; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sobre pressupostos processuais”. *Temas de direito processual — 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 83-84; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 352, nota 140.

⁴ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 3, p. 128; *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001, v. 2, n. 727, p. 616-618.

interesse processual”. Trata-se do único texto normativo do CPC que se vale desta categoria conceitual.

Perceba que, no art. 3º do CPC, que se encontra no capítulo “Da ação”, o legislador não menciona o termo “condição da ação”, embora se refira ao interesse e à legitimidade⁵.

Uma vez “positivada” a categoria, caberia à doutrina, de fato, estabelecer o seu sentido normativo e esclarecer qual é a sua disciplina jurídica.

2. O projeto de novo CPC e a categoria “condição da ação”. Elogio.

Assim que se divulgou o propósito de elaboração de um anteprojeto de novo CPC, uma das questões que surgiram nos encontros doutrinários foi exatamente saber como seria o tratamento legislativo das condições da ação. A ansiedade se justificava no intenso e antigo debate doutrinário sobre o assunto.

Havia quem defendesse a tese de que o projeto não deveria alterar nada neste ponto, que era muito sensível e que de alguma maneira já estava bem compreendido pela comunidade jurídica brasileira; em outro extremo, havia quem dissesse que este seria o momento ideal para corrigir um equívoco histórico.

O projeto foi em um caminho intermediário.

E parece ter adotado a postura mais prudente.

Para que se possa avaliar qual é o posicionamento do projeto em torno do tema “condição da ação”, convém referir ao texto normativo proposto equivalente ao atual inciso VI do art. 267.

Trata-se do inciso VI do art. 472 do projeto de NCPC. Eis a redação proposta: “ Art. 472. O juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando: (...) o juiz verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

A redação merece uma pequena correção: não há necessidade de repetir “o juiz” no texto do inciso. O sujeito do verbo já se encontra no *caput*. Deve-se adotar o padrão de redação do inciso I do art. 472, que inicia com um verbo “indeferir”; no caso, o inciso começaria já com o verbo “verificar”.

⁵ Art. 3º do CPC brasileiro: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

Mas o relevante na proposta é o que nela não se contém. Ou seja: a proposta configura-se um avanço do pensamento jurídico brasileiro exatamente quando silencia a respeito de dois temas.

Primeiramente, não há mais menção “à possibilidade jurídica do pedido” como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo. Consagra-se o entendimento, praticamente unânime até então, de que a impossibilidade jurídica do pedido é causa de decisão de mérito e não de inadmissibilidade. Não há mais menção a ela, também, no rol de hipóteses de indeferimento da petição inicial (art. 305, NCPC). Trata-se de proposta que foi muito bem aceita na doutrina brasileira.

Extingue-se essa categoria jurídica, e já não era sem tempo⁶.

A segunda alteração silenciosa é mais importante.

O texto proposto não se vale da expressão “condição da ação”. Apenas se prescreve que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve proferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria “condição da ação” do único texto normativo do CPC que a previa – e que, por isso, justificava a permanência de estudos doutrinários ao seu respeito.

Esse aspecto do projeto ainda não foi percebido: nem a Comissão que elaborou a proposta o apresenta como uma das inovações sugeridas, muito menos a doutrina que vem comentando o projeto o tem examinado.

A prevalecer a proposta, não haverá mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”. A legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais.

Rigorosamente, não haveria necessidade de o art. 472 do projeto prever mais de um inciso para a extinção do processo pela falta de um pressuposto processual. Na proposta, os incisos I, IV, V, VI e VII⁷ repetem a organização do CPC atual e cuidam, substancialmente, do mesmo fenômeno: extinção do processo por

⁶ As críticas são bastante conhecidas, há muito tempo: PASSOS, José Joaquim Calmon. “Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido”. *Revista de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Saraiva, v. 4, p. 61-2, 1964; DIDIER Jr., Fredie. “Possibilidade Jurídica do Pedido: um novo enfoque do problema - pela proscrição”. *Gênese. Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 449-463, 1999.

⁷ Art. 472 do Projeto do Novo CPC: “O juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando: I - indeferir a petição inicial; (...) IV - se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - o juiz acolher a alegação de perempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI - o juiz verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII - verificar a existência de convenção de arbitragem”.

inadmissibilidade. Em todos esses casos, o processo é extinto em razão do não preenchimento de um pressuposto processual. Mas essa enumeração, embora teoricamente desnecessária, não é inútil: como “pressuposto processual” é designação vaga, convém identificar, tanto quanto possível, situações típicas de inadmissibilidade do procedimento – como a existência de convenção de arbitragem (inciso VII) e a ausência de interesse processual (inciso VI) –, para facilitar a argumentação jurídica. Mantém-se a regra aberta do inciso IV (falta de pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido), para servir às situações atípicas de inadmissibilidade.

A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes.

A mudança não é pequena. Sepulta-se um conceito que, embora prenehe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplausos.

É certo que o projeto poderia avançar ainda mais, para reconhecer que a falta de legitimação ordinária implica improcedência do pedido, e não juízo de inadmissibilidade do procedimento. Mas este texto é para celebrar o avanço e não para lamentar eventual timidez da proposta.

Aqueles que adotam esse entendimento, como é o caso do autor dessas linhas, terão de defender a tese de que a norma que se extrai do texto do inciso VI do art. 472 do projeto diz respeito apenas à falta de legitimação extraordinária. A legitimidade extraordinária, e apenas ela, deverá ser compreendida como pressuposto processual de validade, cuja falta leva à extinção sem resolução do mérito.

A falta de legitimação ordinária equivaleria à ausência de titularidade do direito afirmado, circunstância que levaria ao julgamento pela improcedência do pedido. A legitimação ordinária seria, assim, um pressuposto para o *acolhimento* da pretensão. Seria, pois, uma questão de mérito, e não de admissibilidade.

Enfim, a proposta, no particular, merece nosso sincero elogio.

O mínimo existencial como proteção à criança e ao adolescente no Brasil

Ana Paula Porcina Guimarães de Oliveira*

Bacharel em Direito pela Universidade Iguazu, Campus V

Viviane Bastos Machado*

Resumo. O estudo em pauta trata do mínimo existencial como proteção à criança e ao adolescente no Brasil à luz das legislações brasileiras, enfatizando o princípio da Dignidade da Pessoa Humana em sua perspectiva, bem como, do Mínimo Existencial, da Reserva do Possível, a doutrina da Proteção Integral e princípios gerais que orientam o Estatuto da Criança e do Adolescente. Tendo como finalidade mostrar ao leitor os direitos sociais que preceituam a Constituição Federal bem como os direitos fundamentais sociais deste mesmo Estatuto, sua importância na efetivação do mínimo existencial como proteção à criança e ao adolescente no Brasil, com objetivo de observar a infância e a adolescência e a necessidade da efetivação da lei como instrumento para a formação do cidadão. Contudo, muitas das vezes, ocorre a defasagem na aplicação de tais direitos sociais ou simplesmente fundamentais por parte da família, da sociedade e principalmente do Estado.

Palavras-chave: Direitos, criança e adolescente, mínimo existencial.

Resumem. El estudio en programa de ofertas con el mínimo existencial como la protección de los niños y adolescentes en Brasil a la luz de las leyes de Brasil, haciendo hincapié en el principio de la dignidad humana en su punto de vista, así como el mínimo existencial, a los posibles efectos de la Reserva, la doctrina de protección integral y los principios generales que rigen la Niñez y la Adolescencia. Con el objetivo de mostrar al lector que los derechos sociales establecidos por la Constitución Federal y los derechos sociales fundamentales el presente Estatuto, su importancia en la realización de un mínimo existencial como la protección de los niños y adolescentes en Brasil, con el objetivo de observar a los niños y adolescentes y la necesidad de ejecución de la ley como instrumento para la formación del ciudadano. Sin embargo, a menudo, hay un retraso en la aplicación de tales derechos sociales fundamentales, o simplemente por la familia, la sociedad y, especialmente, el Estado.

Palabras clave: Derechos, los niños y adolescentes, el mínimo existencial.

1 INTRODUÇÃO

Apesar da Constituição Federal, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente prever os direitos fundamentais, sendo certo os direitos sociais, não há

efetividade igualitária a todos da classe de crianças e adolescentes, apesar de existir legislação que ordene tais direitos a serem proporcionados e efetivados.

Assim, no Brasil não vem sendo efetivados os direitos sociais de proteção à infância e à adolescência, uma vez que a maioria das crianças e adolescentes não estudam em escolas adequadas, não tem acesso à saúde, outras ao invés de brincar estão trabalhando em casa ou na lavoura para ajudar no sustento de casa, formação de famílias de forma desordenada.

Considerando que o Estado tem o dever de proporcionar a proteção à criança e ao adolescente, pergunta-se o que está acontecendo nos dias atuais, haja vista que há tantas crianças e adolescentes sem o mínimo existencial como fundamento de exercício de sua cidadania, observando que uma proteção ruim não basta para formação de um cidadão.

No presente trabalho pretende-se demonstrar a evolução histórica dos direitos à proteção à criança e ao adolescente no Brasil e no âmbito internacional, aborda-se os direitos fundamentais, bem como os princípios protetores, as interpretações dos direitos na esfera constitucional, civil e no estatuto da criança e do adolescente.

Por fim, será feita a análise dos titulares da responsabilidade ao mínimo existencial como proteção da criança e do adolescente no Brasil.

Recomenda-se a leitura deste trabalho a todos que militam na área da Infância e da Adolescência, por apresentar dados esclarecedores a respeito do tema.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Atualmente, a infância e a adolescência encontra-se em grande transformação, como afirma Andréa Rodrigues Amin (2010), “Crianças e adolescentes ultrapassam a esfera de meros objetos de ‘proteção’ e passam a condição de sujeitos de direito, beneficiários e destinatários imediatos da doutrina da proteção integral”. (grifo da autora)

Destaca-se então, que antigamente as crianças e os adolescentes eram apenas protegidos, não conseguindo emitir suas vontades e seus desejos, mas o direito evoluiu com o tempo, e atualmente a infância e a adolescência deixaram de serem meros objetos e se tornaram sujeitos de direito, ou seja, estão sendo favorecidos com condições de vida mais digna, bem como igualdade de oportunidades que o mundo proporciona.

2.1 Histórico dos direitos à proteção à criança e ao adolescente no Brasil e no âmbito internacional

Ao discorrer sobre o histórico dos direitos sociais à proteção a criança e ao adolescente, deve-se inicialmente reportar na evolução dos direitos, segundo Norberto Bobbio (2004):

dos direitos do homem ocorreu, a partir do final da guerra, essencialmente em duas direções: na direção de sua universalização e naquela de sua multiplicação.[...] o ponto de partida de uma profunda transformação do direito das 'gentes', como foi chamado durante séculos, em direito também dos 'indivíduos', dos indivíduos singulares, os quais, adquirindo pelo menos potencialmente o direito de questionarem o seu próprio Estado, vão se transformando, de cidadãos de um Estado particular, em cidadãos do mundo. (grifos do autor)

Observa-se que o direito obteve um avanço após a guerra, e que anteriormente era visto como direito das gentes, sendo certo que depois de séculos passou a ser direito dos indivíduos, caracterizando o ser humano em um ser singular. Assim, priorizando o homem como cidadãos do mundo.

As idéias e valores dos direitos humanos são traçados através da história antiga e das crenças religiosas e culturais ao redor do mundo.

Como salienta Francisco Pilotti e Irene Rizzini (1995), o desenvolvimento da teoria e prática dos direitos humanos sofreram processos desde o fim do século XVIII até a presente data. Com o processo de liberação feminina, do qual buscava a luta pela igualdade de direitos frente ao homem. Sendo o movimento dos direitos a criança, o mais recente, e que teve seu surgimento na Europa do Norte, estendendo-se pelo mundo capitalista ocidental.

Na seara desses processos dos direitos a criança e ao adolescente, Andréa Rodrigues Amin (2010) menciona que, no Brasil, em 1551, foi fundada a primeira casa de recolhimento de crianças, sendo gerida pelos jesuítas que isolavam crianças índias e negras de má influência dos pais, uma vez que estes tinham costumes "bárbaros". Desse modo, consolidava-se o início da política de recolhimento.

O primeiro Código Penal dos Estados Unidos do Brasil seguiu a mesma linha de raciocínio que o anterior, tendo apenas algumas modificações. Assim, menores de nove anos eram inimputáveis, porém até os dezessete anos seriam apenados com 2/3 da pena do adulto (AMIN, et al.,2010).

Vale ressaltar, que por influência do Congresso Internacional de Menores, realizado em Paris, em 1911, bem como a Declaração de Gênova, de Direitos da Criança, em 1924, do qual veio a ser adotada pela Liga das Nações Unidas, reconhecendo assim a existência de um Direito da Criança, “levaram à construção de uma Doutrina do Direito do Menor, fundada no binômio carência/delinquência.”, como afirma a autora supracitada (AMIN et al., 2010).

Após a Segunda Guerra Mundial, aconteceram movimentos em prol dos Direitos Humanos, momento de fundamental importância para consolidação deste direito. Em Paris, no ano de 1948, a ONU elaborou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, objetivando “delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais”, como menciona Flávia Piovesan (2010) e, em 20 de novembro de 1959, ao publicar a Declaração dos Direitos da Criança, cuja evolução originou a doutrina da Proteção Integral.

Depois de tantas turbulências, em 1988, promulga-se a Constituição da República Federativa do Brasil, onde foram estabelecidos novos paradigmas, trazendo assim, mudanças significativas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, acerca da construção da Constituição Federal, Andréa Rodrigues Amin (2010) diz que,

Do ponto de vista político, houve uma necessidade de reafirmar valores caros que nos foram ceifados durante o regime militar. No campo das relações privadas se fazia imprescindível atender aos anseios de uma sociedade mais justa e fraterna, menos patrimonialista e liberal. Movimentos europeus pós-guerra influenciaram o legislador constituinte na busca de um direito funcional, pró-sociedade. De um sistema normativo garantidor do patrimônio do indivíduo, passamos para um novo modelo que prima pelo resguardo da dignidade da pessoa humana. O binômio individual/patrimonial é substituído pelo coletivo/social.

Os documentos internacionais como a Declaração de Direitos de Virgínia, na América do Norte, em 1776; a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789; a Declaração de Genebra, de 1924; a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, de 1948; a Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, de 1969; bem como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras Mínimas de Beijing (Res.40/33 da Assembléia-Geral, de 29/11/1985), foram essenciais para que o legislador constituinte se tornasse sensível a uma causa já reconhecida como primordial.

Vale ressaltar, que o marco inicial do Brasil no processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, foi no ato de ratificação da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 1984, sendo certo que após este momento, inúmeros tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram incorporados no Direito brasileiro, ocorrendo desta forma adequação do interesse nacional com o momento internacional, constitucionalizando tais direitos humanos, como ensina Flávia Piovesan (2010),

sob a égide da Constituição Federal de 1988, que, como já visto, situa-se como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País. Assim, a partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil.

A Comissão Nacional Criança e Constituinte foi imprescindível para a aprovação dos textos dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, uma vez que possuía o objetivo de incluir direitos infante-juvenis na nova Carta, desta forma acarretou o “resultado da fusão de duas emendas populares, que levaram ao congresso as assinaturas de quase duzentos mil eleitores e de mais de um milhão e duzentos mil cidadãos-crianças e cidadãos-adolescentes”, segundo Andréa Rodrigues Amin (2010).

Desse modo, observa-se que a partir da revolução constitucional, o Brasil tornou-se uma das nações mais avançada na defesa dos interesses infante-juvenil, para as quais crianças e jovens são titulares de direitos fundamentais, sendo inclusive adotada a doutrina da proteção integral.

Em 1990 foi promulgada a Lei nº 8.069, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, visando regulamentar e implementar o novo sistema adotado pelo Brasil. Andréa Rodrigues Amin (2010) destaca que, “O Estatuto da Criança e do Adolescente resultou da articulação de três vertentes: o movimento social, os agentes do campo jurídico e as políticas públicas”.

Com isso, entende-se que o direito da criança e do adolescente é um assunto bastante antigo, que com o passar dos anos foi evoluindo e se transformando, para melhor atender os interesses de uma classe que se encontra à margem da sociedade durante séculos. Como pode se observar existem grupos que necessitam de maior proteção, como as mulheres, idosos, bem como crianças e adolescentes, uma vez que os próprios legisladores criaram leis próprias para tais classes visando à proteção de direitos preconizados na Constituição Federal.

3 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para discorrer acerca da efetividade dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente deve-se reportar primeiramente aos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal, demonstrando conceito, bem como princípios norteadores de tais direitos.

3.1 Direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente

Os direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente estão assegurados na Constituição Federal, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, ensina Andréa Rodrigues Amin (2010) que os direitos fundamentais “são direitos inatos ao ser humano, mas variáveis ao longo da história. [...] São direitos que se opõem ao Estado, limitando e condicionando sua atuação.”

Os direitos sociais são direitos fundamentais, inerentes ao homem, sendo proporcionados pelo Estado. Destacando-se que sociedade é fomentadora e participadora de tais direitos, bem como o dever da família assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Os direitos sociais são considerados uma das categorias de direitos fundamentais, como salienta Alexandre de Moraes (2008), “A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II **os direitos e garantias fundamentais**, subdividindo-os em cinco capítulos: **direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.**” (grifos do autor)

Conforme anota Pedro Lenza (2011),

Os **direitos humanos da 1ª dimensão** marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, [...] podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do séc. XVIII.[...]; direitos dizem respeito às **liberdades públicas** e aos **direitos políticos**, ou seja, **direitos civis e políticos** a traduzir o valor **liberdade**. [...]; O momento histórico que os inspira e impulsiona os **direitos humanos de 2ª dimensão** é a **Revolução Industrial européia**, a partir do século XIX.[...]; O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais.[...]; **direitos sociais, culturais e econômicos**, bem como dos **direitos coletivos**, ou de **coletividade**, correspondendo aos direitos de **igualdade** [...]; Os **direitos fundamentais da 3ª dimensão** são marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças na comunidade internacional (sociedade de massa crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais.[...]; **Direitos fundamentais da 4ª dimensão**[...]; Segundo orientações de Norberto

Bobbio, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da **engenharia genética**, ao colocarem em risco a própria existência humana, por meio da manipulação do patrimônio genético.[...]; **Direitos fundamentais da 5ª dimensão**[...] o **direito à paz** foi classificado por Karel Vasak como de 3ª dimensão. (grifos do autor)

Assim, os direitos sociais como fora mencionado pertence à segunda geração ou dimensão, uma vez, “que são direitos de conteúdo econômico e social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população”, segundo Rodrigo César Rebello Pinho (2007).

Afirma Wilson Donizeti Liberati (2010) que,

os direitos fundamentais da criança e do adolescente são os mesmos direitos de qualquer pessoa humana, tais como direito a vida e à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito e à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à cultura, ao lazer e ao esporte, à profissionalização e à proteção no trabalho. Esses direitos são garantidos na Constituição Federal (art. 5º) e consignados no Estatuto.

Os direitos fundamentais abrangem todos direitos e inclusive os sociais, portanto, as crianças e os adolescentes detêm proteção e garantias desses direitos dos quais deverão ser exercidos, já que são imprescindíveis para o desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual e social.

Nas sábias palavras de Andréa Rodrigues Amin (2010),

No que tange a crianças e adolescentes, o legislador constituinte particularizou dentre os direitos fundamentais, aqueles que se mostram indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento, elencando-os no *caput* do artigo 227. São eles: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar.

O doutrinador Wilson Donizeti Liberati (2010) complementa que, “a pedra angular dos direitos infanto-juvenis tem sua fonte na Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 20.11.1959, contemplando em seus 10 princípios a base jurídico-social da dignidade ser menos protegido.”

Portanto, observa-se que os direitos fundamentais sociais, destacando-se educação, saúde, moradia, lazer e segurança são condições mínimas e indispensáveis para um desenvolvimento sadio e para a construção de um cidadão consciente.

3.2.1 Princípios protetores dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente

Os direitos fundamentais, ou seja, os direitos sociais devem ser respeitados e efetivados em nosso cotidiano brasileiro. Tais direitos são uma concretização “do princípio da dignidade na esfera das condições materiais de existência do homem”, segundo Ana Paula de Barcellos (2008), sendo desta forma, então entendido, que os princípios são as bases dos direitos sociais elencados na Constituição Federal.

Dessa forma, deve-se discorrer primeiramente sobre o princípio da dignidade humana, bem como demonstrar seus diversos entendimentos, por ser tal princípio a base de desenvolvimento de toda a ordem jurídica brasileira.

Assim vejamos que segundo Alexandre de Moraes (2007), a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa humana, sendo manifestado singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, constituindo-se um mínimo invulnerável onde o ordenamento jurídico deve assegurar, e somente de modo excepcional, poderá sofrer algumas limitações no exercício dos direitos fundamentais. Vale ressaltar que os seres humanos necessitam das necessárias estimas, não devendo ser menosprezada. A idéia de dignidade da pessoa humana encontra-se no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade.

Neste sentido, a renomada Ana Paula de Barcellos (2008) afirma que a dignidade humana não se reporta apenas aos aspectos materiais, como prestações de educação e saúde, a não passar fome e a ter alguma forma de abrigo, mas se liga a uma complexidade maior, sendo certo que os aspectos ligados a liberdade em sua diversas manifestações, seja na iniciativa de expressão, de associação, de crença, a autonomia individual, integridade física e moral, são elementos fundamentais e indissociáveis ao conceito da dignidade humana.

Nota-se que a dignidade da pessoa humana refere-se na necessidade material, moral e espiritual do homem, buscando a isonomia dos direitos entre todos os indivíduos. Frisando-se que tanto o Estado quanto os próprios indivíduos são fundamentais na eficácia dos direitos fundamentais. Quando a norma jurídica e o Estado oferecem aos indivíduos prestações de educação, esta influenciará na formação intelectual do homem, bem como na capacidade de integrar no mercado de trabalho, de exercitar suas liberdades etc.

No Brasil, a maioria dos direitos fundamentais sociais compõe o mínimo existencial, tendo inclusive previsão expressa. Desse modo, partindo da premissa do

princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos fundamentais é relevante discorrer sobre o mínimo existencial, ou, “núcleo duro do direito fundamental” (SOUZA NETO et al., 2008), como também é denominado, para assim se compreender melhor as exigências normativas, sociais e morais de equalização das diferenças existentes no seio das realidades comuns dos grupos sociais.

O ser humano faz *jus* pelo menos a condições mínimas para uma vida digna, seja, condição material mínimas de existência, “sem as quais o ser humano não sobreviveria, muito menos viveria” como bem menciona Uadi Lammego Bulos (2009).

Mínimo existencial, segundo Ana Paula de Barcelos (2008) é, “formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”.

A autora supracitada (BARCELLOS, 2008) diz ainda que,

o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações matérias indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Observa-se que o homem *a priori* recebe uma fração de seus direitos, ditos como mínimos, sendo certo que deveria ser garantido total aplicação dos direitos fundamentais, preconizados na Carta Magna.

No conceito de Ricardo Lobo Torres (SOUZA NETO et al., 2008),

o mínimo existencial é o direito fundamental de dupla face: compreende os direitos fundamentais originários ou da liberdade e os direitos fundamentais sociais, todos em sua expressão mínima e irredutível. Do ponto de vista da efetividade, exhibe também a duplicidade do *status negativus* e do *status positivus libertatis*. [...]; o mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. (grifos do autor)

Findo o debate acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, é necessário fazer menção a doutrina da proteção integral.

Os direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente baseiam-se na doutrina da proteção integral, da qual encontra-se insculpida no artigo 227 da

Constituição Federal, “em uma perfeita integração com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana”, como ensina Andréa Rodrigues Amin et al. (2010)

Como salienta Wilson Donizeti Liberati (2010), é integral, uma vez que a Carta Magna em seu artigo 227, “determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo.”

Conforme este mesmo artigo, bem como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente destaca-se a absoluta prioridade na efetivação dos direitos fundamentais sociais das crianças e dos adolescentes, já que os mesmos fazem parte dos grupos das minorias da sociedade brasileira, necessitando-se de uma atenção especial, afastando-se a doutrina da situação irregular.

Em relação ao argumento da doutrina da situação irregular, afirma Andréa Rodrigues Amin et al. (2010) que

a doutrina da situação irregular que ocupou o cenário jurídico infanto-juvenil por quase um século, era restrita. Limitava-se a tratar daqueles que se enquadravam no modelo pré-definido de situação irregular, estabelecido no artigo 2º do Código de Menores. Compreendia o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, em razão da falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; as vítimas de maus-tratos; os que estavam em perigo moral por se encontrarem em ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes; o autor de infração penal e ainda todos os menores que apresentassem ‘desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária’. (grifo da autora)

Por outro lado, a doutrina da proteção integral absorve os valores preconizados na Convenção dos Direitos da Criança, eis que esta se preocupa com pessoas em desenvolvimento, sendo certo que a infância e a adolescência necessitam de direitos próprios e especiais, bem como proteção diferenciada, especializada e integral.

Ainda lembrando as palavras de Andréa Rodrigues Amin et al. (2010), a doutrina da proteção integral é

fundada em três pilares: 1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; 2º) crianças e jovens têm direitos à convivência familiar; 3º) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais sociais (AMIN et al., 2010), os mesmos tornam-se sujeitos de direitos e deixam de ser objetos de medidas judiciais e procedimentos policiais.

“O Estatuto da Criança e do Adolescente é um sistema aberto de regras e princípios. As regras nos fornecem a segurança necessária para delimitarmos a conduta. Os princípios expressam valores relevantes e fundamentais as regras, exercendo uma função de integração sistêmica”, no entendimento da Andréa Rodrigues Amin et al. (2010).

A lei 8.069 de 1990 orienta-se em três princípios gerais, ou seja, princípio da prioridade absoluta, princípio do melhor interesse e princípio da municipalização.

O princípio da prioridade absoluta ou absoluta prioridade encontra-se estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ANGHER, 2010), quando diz, “é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, [...]”

No conceito de Wilson Donizeti Liberati (2010), “por absoluta prioridade devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes.”

Assim, baseando-se no princípio da prioridade absoluta, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças.

No mesmo sentido, Andréa Rodrigues Amin et al. (2010) diz que o princípio da prioridade absoluta

estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesses. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infanto-juvenil deve preponderar. Não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação através do legislador constituinte.

Vale ressaltar que a prioridade visa a concretização dos direitos fundamentais sociais elencados na norma jurídica, protegendo integralmente os interesses de uma pessoa em desenvolvimento.

Buscando efetivar o princípio da prioridade absoluta, a lei prevê no artigo 4º, parágrafo único, alínea ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’ da lei 8.069 de 1990 (ANGHER, 2010), um rol mínimo de preceitos a serem seguidos buscando real o texto constitucional dos quais são:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A reserva do possível refere-se na destinação privilegiada de recursos públicos, cabendo “prioridade para promoção dos interesses infanto-juvenis, cabendo ao Ministério Público e demais responsáveis em assegurar o respeito à doutrina da proteção integral fiscalizar o cumprimento da lei e contribuir na sua elaboração”, conforme assinala Andréa Rodrigues Amin et al. (2010).

No Brasil, “A cláusula reserva do possível apareceu na jurisprudência do Supremo por meio da ADPF 54/DF quando se discutia a intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas, reafirmando-se noutros julgados (Exemplo: AI 677274/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18-9-2008)”, como bem dispõe Uadi Lammego Bulos (2009).

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres (SOUZA NETO et al., 2008), no Brasil ocorreu desinterpretação acerca de tal expressão, uma vez que:

A reserva do possível no Brasil passou a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dotação orçamentária ou de dinheiro sonante na caixa do Tesouro! Como o dinheiro público é inesgotável, segue-se que sempre há possibilidade fática de garantia de direitos!

No entanto, a renomada Ana Paula de Barcellos (2008) menciona que a reserva do possível:

procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...]; a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esse direitos.”

Portanto, não adianta existir normas legais acerca da efetivação dos direitos sociais se não houver dinheiro para custear as despesas geradas por determinado direito subjetivo.

A lei deve estabelecer e regular relações das mais variadas naturezas entre o Estado e o particular. Assim existem situações em que o Estado deverá gastar uma determinada quantidade de recursos financeiros para proporcionar um benefício ao indivíduo, como menciona a autora supracitada (BARCELLOS, 2008).

O princípio ou expressão reserva do possível pode-se desdobrar em dois componentes ou espécies, ou seja, no fático e no jurídico.

Como bem dispõe Daniel Sarmento (SOUZA NETO et al., 2008),

A reserva do possível fática deve ser concebida como a **razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes**. [...]; A reserva do possível jurídica identifica-se com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. A questão nodal, aqui, diz respeito à existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa, tendo em vista o princípio da legalidade da despesa. (grifos do autor)

Para o autor (SOUZA NETO et al., 2008) deve-se analisar o caso concreto, lembrando-se do princípio da razoabilidade, ou seja, caso um portador de uma doença rara necessite realizar uma cirurgia em outro país, sendo certo que no Brasil tal cirurgia não seria possível, o correto é o Poder Público custear tal cirurgia, já que demonstra a real necessidade, sendo assim, o Juiz não deverá indagar o custo, determinando a concretização do procedimento cirúrgico.

Uadi Lammego Bulos (2009) ressalva que, “Pelo **princípio** ou **cláusula da reserva do possível** cumpre ao Supremo exercer o papel excepcional de garantir o cumprimento dos encargos políticos-jurídicos, outorgados aos Poderes Legislativo e Executivo pela Constituição do Estado.” (grifos do autor)

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal tem a função típica de controlar a efetivação dos direitos fundamentais, dos quais o Poder Público tem o dever constitucional de concretizá-los.

O autor supracitado (BULOS, 2009) apresenta, ainda, o seguinte argumento:

Mediante a cláusula da reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal, quando provocado em sede de controle abstrato de normas, para se manifestar a respeito da concretização de direitos constitucionais, dando cumprimento ao **postulado de proteção**, deve observar dois fatores ao mesmo tempo: **razoabilidade da pretensão** – a razoabilidade da pretensão individual/social, deduzida em face do Poder Público, é o primeiro aspecto a ser examinado pela Corte. [...]; **disponibilidade financeira do Estado** – a existência de disponibilidade financeira do Estado, para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, é outro ponto a ser observado pelo Supremo em sua decisão. (grifos do autor)

Desse modo, analisa-se o fiel cumprimento dos direitos constitucionais e as possibilidades orçamentárias do Estado. Porém, caso o Estado comprove a insuficiência financeira nada poderá ser exigido ao mesmo, já que não existe aporte financeiro para salda-las, por outro lado, não se configura lícito que o Poder Público exima-se de

responsabilidade nos deveres constitucionais impostergáveis alegando-se falta de recursos (BULOS, 2009)

O princípio do melhor interesse baseia-se na necessidade real da criança e do adolescente, seja material, moral ou afetiva, garantindo assim, a eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Nas palavras de Andréia Rodrigues Amin et al. (2010), o princípio do melhor interesse “trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras gerações.”

Importante frisar que na prática nem sempre é possível efetivar o melhor interesse da criança e do adolescente, por isso existe meio legal na orientação dos juristas para melhor atender as exigências naturais da infância e da adolescência.

O princípio da municipalização busca alcançar eficiência e eficácia na prática da doutrina da proteção integral.

Destaca-se que a Constituição Federal descentralizou e ampliou a política assistencial. Assim, os municípios detêm obrigação para realização das políticas públicas de abrangência social.

Andréa Rodrigues Amin et al. (2010) entende que, “é mais simples fiscalizar a implementação e cumprimento das metas determinadas nos programas se o poder público estiver próximo, até porque reúne melhores condições de cuidar das adaptações necessárias à realidade local.”

Conclui-se que os princípios acima elencados, devem estar integrados para efetivar a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, eis que para proteger integralmente os mesmos, prioriza-se o melhor interesse, com absoluta prioridade na efetivação dos direitos fundamentais sociais, quais sejam escolas de boa qualidade, atendimento médico adequado, incentivo a cultura e ao lazer, entre outros.

Explorando assim, todos os níveis de desenvolvimento, bem como sendo fiscalizado por órgãos competentes para a concretização real do que a lei define como direitos mínimos para a formação de um cidadão consciente e democrático.

3.2.3 A interpretação dos direitos fundamentais sociais da infância e da adolescência na esfera Constitucional, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil.

Na esfera constitucional ensina Pedro Lenza (2011) que, a Constituição Federal traz em seu artigo 6º, a proteção à infância, bem como em seu artigo 203, inciso I e II, diz que tal proteção tem natureza assistencial, desse modo havendo expressa previsão de proteção à criança e ao adolescente nos termos do artigo 227 da própria Constituição Federal de 1988, e com destaque para a previsão do Estatuto da Juventude introduzido pela EC n. 65/2010. No artigo 227, parágrafo 3º, assegura à criança e ao adolescente e ao jovem direito à proteção especial. E por fim, em seu artigo 227, parágrafo 4º, estabelece que a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Andréa Rodrigues Amin (2010) entende que,

A carta Constitucional de 1988, afastando a doutrina da situação irregular até então vigente, assegurou às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direitos fundamentais, determinando à família, à sociedade e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los. Regulamentando e buscando dar efetividade à norma constitucional foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, microsistema Aberto de regras e princípios, fundado em dois pilares básicos: 1 – criança e adolescente são sujeitos de direito; 2 – afirmação de sua peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 preconizou os direitos fundamentais, inclusive os sociais, sendo certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi criado para regulamentar e dar efetividade a estes direitos, sendo inclusive responsável pela construção sistêmica da doutrina da proteção integral.

A lei nº 8.069 de 1990, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente, como fora mencionado em outro tópico, é um sistema aberto de regras e princípios, visando proteger integralmente os direitos mínimos e essenciais da infância, bem como da adolescência.

Finalizada a interpretação Constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente, necessário se faz mencionar o artigo 2º do Código Civil, isto é, da lei nº 10.406 de 2002. O Código Civil dispõe no seu 2º artigo (ANGHER, 2010) que, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Portanto, faz-se necessário discorrer acerca do início da personalidade, uma vez que “com a personalidade, o homem se torna sujeito de direitos” de acordo com Silvio Venosa (2010).

Assim, inicia-se a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente a partir do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro, assim este também terá tais direitos protegidos.

Como menciona Andréa Rodrigues Amin (2010), “o Estatuto da Criança e do Adolescente buscou tutelar crianças e jovens em suas diversas fases de vida, inclusive a uterina”, ou seja, demonstra-se que o ECA protege tanto o indivíduo que nasce com vida, quanto aquele que esteja no útero de sua genitora.

Neste sentido, ensina César Fiúza (2008), “a personalidade das pessoas naturais ou físicas começa no momento em que nascem com vida. Permanece por toda a existência da pessoa, que só a perde com a morte.”

Carlos Roberto Gonçalves (2010) afirma que, para se dizer que nasceu com vida é necessário que tenha respirado. Portanto, se o indivíduo respirou, este viveu, mesmo que tenha morrido logo em seguida. Não importa a época do nascimento, ou seja, se tenha nascido a termo ou se tenha antecipado.

“O Código tem várias disposições a respeito do nascituro, embora não o conceba como personalidade”, explica Silvio Venosa (2010).

César Fiúza (2008) conceitua o nascituro como “o feto em gestação. Literalmente, aquele que está por nascer; participio futuro do verbo latino *nasci*.” (grifo do autor)

Nas sábias palavras de Silvio Venosa (2010), “o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual.”

Compreende-se que o nascituro é protegido de seus direitos tanto no Direito Civil, como no Estatuto da Criança e do Adolescente e do Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade.

Por fim, vista a efetividade dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente, cabe analisar os titulares da responsabilidade ao mínimo existencial como proteção de tais direitos.

4 TITULARES DA RESPONSABILIDADE AO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Como já analisado, a Constituição Federal preconiza os direitos fundamentais, inclusive os sociais, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta tais direitos. Assim, deve-se analisar os responsáveis em proteger e efetivar os direitos mínimos da criança e do adolescente.

Os titulares abrangem a família, a sociedade e o Estado. Como bem dispõe o artigo 227 da Constituição Federal (ANGHER, 2010),

É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, a família que é a primeira rede de proteção na qual as crianças e adolescentes estão inseridos, detém o dever de cuidar, proteger e lutar pela dignidade da criança e do adolescente, bem como construir as primeiras bases de vida destes.

A sociedade é fundamental para o crescimento sadio da criança e adolescente, já que ajuda a criar direitos e ao mesmo tempo a cobrar providência em prol dos mesmos.

O Estado do qual detém a responsabilidade na administração dos recursos públicos, deve proporcionar vida digna com absoluta prioridade a todas crianças e adolescentes.

4.1 Responsabilidade da Família, da Sociedade e do Estado

Wilson Donizeti Liberati (2010), discorrendo sobre os responsáveis a proteção do mínimo existencial da criança e do adolescente, ensina que o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente praticamente transcreveu o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, do qual determina, primeiramente, a família como responsável e, supletivamente, o Estado e a sociedade. Demonstrando que os mesmos têm o dever de assegurar, por todos os meios e de todas as formas, com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes à constituição de um homem civilizado.

Nas palavras de Andréa Rodrigues Amin (2010), a responsabilidade em assegurar o respeito aos direitos fundamentais sociais “foi diluída solidariamente entre a família, sociedade e Estado, em uma perfeita co-gestão e co-responsabilidade.” Portanto, a família, a sociedade e o Estado são responsáveis solidariamente.

A autora supracitada (AMIN et al., 2010) explica que a legislação brasileira

adotou-se o princípio da descentralização político-administrativa, materializando-o na esfera municipal pela participação direta da comunidade através do Conselho Municipal de Direitos e Conselho Tutelar. A responsabilidade pela causa da infância ultrapassa a esfera do poder familiar e recai sobre a comunidade da criança ou do adolescente e sobre o poder público, principalmente o municipal, executor da política de atendimento, de acordo com o artigo 88, I, do ECA.

Pela família ser o primeiro agente socializador do ser humano, a falta de afeto e de amor desta, gravará para sempre seu futuro. A instituição familiar, ou seja, os pais, detêm o poder familiar em relação aos filhos menores, sendo certo que deverá ser exercida pelo pai e pela mãe, como estabelece o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ANGHER, 2010).

Ressalva Wilson Donizeti Liberati (2010) que “os pais são responsáveis pela formação e proteção dos filhos, não só pela detenção do poder familiar, mas pelo dever de garantir-lhes os direitos fundamentais assegurados pela Constituição, tais como a vida, a saúde, a alimentação e a educação (art. 227).”

Nota-se que os pais detêm o poder familiar, bem como devem proporcionar aos seus filhos os direitos fundamentais sociais, na medida de suas possibilidades.

O artigo 229 da Constituição Federal (ANGHER, 2010) afirma tal entendimento quando diz que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, [...]”

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010), poder familiar “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.”

Os direitos e deveres que incumbem ao pai e mãe, no tocante à pessoa dos filhos menores, encontram-se enumerados no artigo 1.634 do Código Civil.

O poder familiar é irrenunciável, ou seja, incompatível com transação, imprescritível, já que não decai pelo fato de não exercitá-lo e indelegável, os pais não podem renunciar ou transferir seus poderes a outrem (GONÇALVES, 2010).

Portanto, os pais devem proporcionar condições mínimas de existência aos seus filhos, como regula o ordenamento jurídico brasileiro.

Preceitua o artigo 1630 do Código Civil de 2002 (ANGHER, 2010) que, “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.” O dispositivo, como afirma Manoel Gonçalves (2010),

abrange os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos, bem como os adotivos. Os nascidos fora do casamento só estarão a ele submetidos depois

de legalmente reconhecidos, como foi dito, uma vez que somente o reconhecimento estabelece, juridicamente, o parentesco.

Nesse sentido, os pais possuem o poder familiar em relação aos filhos até os dezoito anos, já que acima, estes estão habilitados à prática de todos os atos da vida civil.

A sociedade em geral possui sua parcela de responsabilidade, como impõe a Constituição Federal e encontrando-se regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conforme bem assinala Andréa Rodrigues Amin (2010),

A comunidade, parcela da sociedade mais próxima das crianças e adolescentes, residindo na mesma região, comungando dos mesmos costumes, como vizinhos, membros da escola e igreja, também é responsável pelo resguardo dos direitos fundamentais daqueles. Pela proximidade com suas crianças e jovens possuem melhores condições de identificar violação de seus direitos ou comportamento desregrado da criança ou do adolescente, que os colocam em risco ou que prejudiquem a boa convivência. A sociedade geral, que tanto cobra comportamentos, estabelecidos pela elite como adequados, que tanto exige de nós – bons modos, educação, cultura, sucesso financeiro, acúmulo de riqueza -, mas nem sempre põe à disposição os meios necessários para atender suas expectativas, agora também é vista como responsável pela garantia dos direitos fundamentais, indispensáveis para que esse modelo de cidadão previamente estabelecido se torne real.

Observa-se que a autora divide em responsabilidade da comunidade e em sociedade, demonstrando que a primeira é aquela que fica nas proximidades da criança e do adolescente e a segunda, refere-se aos indivíduos mais distantes. Porém, ambos possuem sua parcela de responsabilidade.

Vale ressaltar, que a sociedade ao ser responsável, mostra-se caracterizado os direitos da 3ª geração ou dimensão, ou seja, os direitos de solidariedade ou fraternidade.

Wilson Donizeti Liberati (2010) relembra,

o apelo do 6º Princípio da Declaração Universal dos Direitos da Criança é veemente: [...] À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Por isso, quando se refere à família substituta, bem como intervenção do Ministério Público nos casos em que envolvem criança e adolescente, o cuidado da professora com seus educandos, os vizinhos que denunciam a autoridade caso de maus tratos dos pais com os filhos, são algumas hipóteses de responsabilidade da sociedade.

Por fim, o Estado detém sua parcela de responsabilidade com a infância e adolescência. Para Andréa Rodrigues Amin (2010) “o Poder Público, em todas as suas esferas – legislativa, judiciária ou executiva – é determinado o respeito e resguardo, com primazia, dos direitos fundamentais infanto-juvenis.”

A respeito da responsabilidade da área administrativa, Wilson Donizeti Liberati (2010) entende que,

por **absoluta prioridade** entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante. (grifo do autor)

Em suma, o Poder Executivo detém o dever de se preocupar com absoluta prioridade na efetividade dos direitos da criança e do adolescente, construindo creches, escolas adequadas, entre outros.

O Poder Judiciário, “a quem cabe prover os órgãos jurisdicionais de todo o material humano e físico que permita prestar jurisdição com eficiência”, como ensina Andréa Rodrigues Amin (2010).

E o Poder Legislativo, responsável na elaboração de projeto de lei orçamentária, a fim de destinar dentro dos recursos disponíveis, prioridade para promoção dos interesses infanto-juvenis.

Cabe ao Ministério Público, nos termos de suas funções institucionais, gravadas no inciso II do artigo 129 da Constituição Federal, promover e fiscalizar a garantia de prioridade da efetivação dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente. Por isso, sua intervenção obrigatória nos casos em que envolvem a infância e adolescência.

Conclui-se que a norma legal preceitua os titulares da responsabilidade ao mínimo existencial como proteção da criança e do adolescente, portanto incumbe a família, sociedade e o Estado efetivarem os direitos fundamentais sociais, sendo imprescindível a fiscalização do Ministério Público, bem como da população brasileira.

5 CONCLUSÃO

Diante desse quadro, após uma visão geral do instituto do mínimo existencial como proteção à criança e ao adolescente no Brasil, conclui-se que as normas constitucionais e infraconstitucionais preconizam a proteção, com absoluta prioridade, do exercício aos direitos fundamentais sociais.

Feitas essas análises, é de fácil constatação que a criança e o adolescente tornam-se sujeitos de direitos a partir do início da personalidade.

Nesse sentido, os direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente são direitos inatos ao ser humano e sendo proporcionados pelo Estado, bem como assegurados pela família e sociedade, com absoluta prioridade, sendo que referidos direitos estão elencados na Constituição Federal de 1988 e regulamentados na Lei 8.069 de 1990.

Desse modo, com o fulcro no artigo 227 da Constituição Federal, e inclusive no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil, adota-se a doutrina da proteção integral, na qual preocupa-se com pessoas em desenvolvimento, assim determinadas as crianças e os adolescentes, necessitando da efetivação de direitos próprios e especiais, bem como proteção diferenciada, especializada e integral.

Destaca-se que os direitos fundamentais sociais da infância e da adolescência estão protegidos por alguns princípios, dos quais são: dignidade da pessoa humana, reserva do possível, absoluta prioridade, melhor interesse e municipalização.

Portanto, a noção do mínimo existencial, ou, núcleo duro do direito fundamental, refere-se em verdade às condições mínimas materiais e morais em que uma criança e um adolescente necessitam para sua sobrevivência.

Em suma, vale destacar que atualmente muito se enfrenta realidades opostas, ou seja, aquelas pessoas que estão inclusos na classe média, conseguem obter uma vida digna, mas os indivíduos que se inserem na classe pobre, ficam a merce do Poder Público em receber agrados, como bolsa escola, auxílio gás, entre outros favorecimentos de políticas públicas de viciosas e não promotoras da autonomia, independência e plena capacidade dos indivíduos.

Não se pode olvidar que a sociedade brasileira necessita de pessoas mais ousadas e persistentes, visando um Brasil melhor, com oportunidades para uma vida digna.

E finalmente, priorizando as crianças e adolescentes, já que estes são imprescindíveis para a formação de um futuro melhor, sendo assim sementes em busca da geração de cidadãos conscientes.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues et. al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente Aspectos Teóricos e Práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

ANGHER, Anne Joyce (org.). 8. ed. Vade Mecum, São Paulo: Rideel, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA MENDES, Gilmar; MÁRTIRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito civil brasileiro: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.*

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PILLOTTI, Francisco; RIZZINI, Irene. **A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil**. Rio de Janeiro:

Instituto Interamericano Del Niño, Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SOUZA NETO, *Cláudio Pereira de et, al.* *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 1. ed. **Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.**

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E OS ACIDENTES DE CONSUMO PELO FATO DO PRODUTO

HILDELIZA LACERDA TINOCO BOECHAT CABRAL*

*Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad Nacional de La Plata
Professora de Direito Civil, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil da Universidade
Iguaçu/Itaperuna e da Rede Doctum/Carangola*

GISELLE DE OLIVEIRA PERES*

Bacharel em Direito pela Universidade Iguaçu – Campus V.

RESUMO. Este artigo pretendeu analisar os acidentes de consumo pelo fato do produto. Partiu-se do estudo da relação jurídica de consumo, passando pelos princípios da vulnerabilidade e hipossuficiência, objetivando-se caracterizar a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, que adota a responsabilidade civil objetiva, para se chegar aos aspectos gerais do acidente de consumo, com enfoque nas causas que geram um dano ao patrimônio e a saúde do consumidor.

Palavras-chave: Acidente de consumo, Responsabilidade objetiva, Vulnerabilidade, Consumidor e Fornecedor.

RESUMEN. Este artículo pretendió analizar los accidentes de consumo por El hecho Del producto. Se partió Del estudio de La relación jurídica de consumo, pasando por los principios de la vulnerabilidad y hiposuficiencia, objetivándose caracterizar la responsabilidad civil en el Código de Defensa del Consumidor, que adopta a responsabilidad civil objetiva, para llegarse a los aspectos generales del accidente de consumo, con enfoque en sus causas que generan un daño al patrimonio y la salud del consumidor.

Palavras-chave: Acidente de consumo, Responsabilidade objetiva, Vulnerabilidade, Consumidor y Proveedor.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo os acidentes de consumo pelo fato do produto, analisando-se o posicionamento de doutrinadores, bem como o entendimento dos Tribunais brasileiros.

Para tanto, será analisado o Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 12, prevê a responsabilidade pelo fato do produto, conceituando o produto defeituoso como aquele que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera. Este trabalho será dividido em três capítulos:

Serão estudados aspectos como a relação jurídica de consumo, com sua evolução histórica, realizando-se uma análise dos elementos subjetivos e objetivos, além da responsabilidade civil no CDC (Código de Defesa do Consumidor) pelo fato do produto que causa um dano que ofende a vida, a saúde, a higidez física e/ou psíquica, ou mesmo a segurança do consumidor, bem como a obrigação de indenizar que independe da existência de culpa. Serão citados posicionamentos doutrinários acerca do assunto, bem como será analisado o atual posicionamento da jurisprudência.

Serão analisados ainda os aspectos gerais do acidente de consumo, conceituado como um defeito do produto não só prejudicial ao objeto, mas que provoca um dano extrapatrimonial ao consumidor, sendo que o prejuízo do consumidor não fica restrito ao dano patrimonial, mas engloba outros danos, como, por exemplo, tratamento médico e hospitalar, ocasionados pelo acidente de consumo, além da falta de segurança dos produtos defeituosos que geram um dano físico ao usuário ou a terceiros mesmo quando utilizados ou manuseados corretamente, assim como a falha na informação quanto ao uso correto dos produtos, a falta de adequação das normas de fabricação e a ausência de atuação preventiva dos fornecedores.

2 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

As relações de consumo são atualmente uma constante na sociedade. Não há quem não estabeleça algum tipo dessas relações. Todos são, em algum momento, consumidores. Para regulamentar essas relações estabelecidas, tem-se no ordenamento jurídico vigente o Código de Defesa do Consumidor, resultante de uma determinação do legislador constituinte de 1988.

A evolução histórica das relações consumeristas trouxe a necessidade de um direito protetivo à parte vulnerável da relação. Um marco histórico que faz surgir a necessidade de uma lei específica de defesa no direito do consumidor foi a Revolução Industrial, onde ocorreu um aumento da população nos centros urbanos, que gerou o crescimento da procura por novos produtos, por novos serviços, surgindo assim a necessidade de um novo modelo de produção: a produção em escala⁸.

Um segundo marco é o período pós-Segunda Guerra Mundial, caracterizado pela revolução tecnológica⁹ que ensejou uma nova forma de produzir. Hoje, está-se na

⁸ RODRIGUES, José Ricardo Ruella. Evolução histórica do direito do consumidor. Disponível em: <http://bonilhaeruela.com/artigos/124-evolucao-historica-do-direito-do-consumidor.html>. Acesso em: 08 de agosto de 2011.

⁹ Ibidem.

era da informatização, num contexto de mundo globalizado, em que os avanços da tecnologia ampliam o mercado de consumo e conseqüentemente as relações consumeristas.

Com a evolução histórica, tem-se o monopólio da produção nas mãos do fornecedor, que estabelece a forma da produção. Com todo esse avanço, passou-se a ter uma produção em série, focada na quantidade e não na qualidade, fazendo com que defeitos surgissem regularmente, sendo necessário então que o direito viesse intervir nessas relações.

O direito então vigente não era suficiente para solucionar os problemas que apareciam com maior frequência. Surge um movimento mundial em que legislações de proteção ao consumidor vem regulamentar essas novas relações de consumo.

A evolução histórica das relações consumeristas trouxe a necessidade de um direito protetivo à parte vulnerável da relação. O início da reflexão jurídica mais profunda sobre direitos do consumidor firma-se no discurso do presidente norte-americano de 1962, John F. Kennedy, no qual enumerou direitos do consumidor e os considerou como novo desafio necessário ao mercado de trabalho, como salienta Cláudia Lima Marques¹⁰, afirmando o então presidente que “consumidores, por definição, somos todos nós”. Afirma, inclusive, em seu discurso que se insere no conceito de proteção ao consumidor o direito à saúde, tendo em vista a venda de produtos que comportam um risco para a saúde ou para a vida.¹¹

Eis que a CF (Constituição Federal) de 1988 estabelece no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o Congresso Nacional deveria em cento e vinte dias elaborar o CDC (Código de Defesa do Consumidor), inserindo também no Título de Direitos e Garantias Fundamentais no art. 5º, XXXII, a defesa do consumidor e elencando no art. 170, inciso V, a defesa do consumidor como princípio da atividade econômica.¹²

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que é a lei 8.078/90 serviu de modelo para muitos países da América do Sul, tendo características protetivas

¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 5.

¹² BRASIL. Constituição da República. *Vade Mecum* universitário de direito. 7. ed. revista. São Paulo: Riddel, 2009, p. 92, 27, 72.

diferenciadas, sendo considerado um microsistema multidisciplinar jurídico¹³, com regras de direito civil, constitucional, penal, dentre outros.

Traz ainda normas de ordem pública, que não podem ser derogadas pela vontade das partes, não podendo o consumidor renunciar ao direito assegurado, por ser este indisponível e normas de interesse social quando um caso particular possa vir a atingir toda a coletividade. É uma norma principiológica, trazendo em seu bojo princípios para conferir algumas prerrogativas ao consumidor que é o vulnerável da relação, conforme será analisado adiante.

2.1 Aspectos da relação contratual

O CDC tem um campo de aplicação abrangente, sendo aplicado às relações consumeristas em geral. Pode-se definir a relação jurídica de consumo como a estabelecida entre fornecedor e consumidor que tem por objeto a aquisição de um produto ou a prestação de um serviço. Nos ensinamentos de Rizzato Nunes “haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos pólos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços”.¹⁴

A doutrina pátria classifica os elementos da relação jurídica em subjetivos, sendo os relacionados aos sujeitos da relação, quais sejam, consumidor e fornecedor, e objetivos, que se referem ao objeto da relação consumerista, denominados produtos e serviços. O vínculo jurídico que une esses sujeitos é um produto ou um serviço.

A primeira definição do elemento subjetivo consumidor encontra-se no art. 2º do CDC que o define como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”¹⁵ É conceituado pela doutrina como consumidor *standard* ou *stricto sensu*, destinatário final de produtos ou serviços, destinatário fático e econômico do bem. Portanto, se alguém adquire um produto como intermediário e não como destinatário final, não há que se falar consumidor, pois estará dentro do ciclo de produção.

Segundo Nelson Nery Júnior¹⁶, são três os elementos que compõem o conceito de consumidor do citado artigo, caracterizado pela expressão “destinatário final”. O

¹³ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 8.

¹⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71.

¹⁵ BRASIL. Código de defesa do consumidor. *Vade Mecum* universitário de direito. 7. ed. revista. São Paulo: Riddel, 2009, p. 478.

¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 430.

primeiro elemento é o subjetivo, composto pela pessoa física ou jurídica, o segundo é o objetivo que se compõe da aquisição de produtos e serviços e o terceiro elemento é o teleológico que diz respeito à finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço.

Desse conceito que estabelece o consumidor como um destinatário final, surgiram controvérsias que resultaram na formação de duas correntes: a maximalista e a finalista, também conhecidas, respectivamente, como objetiva e subjetiva.

Defende a corrente maximalista que o conceito de consumidor deve ser interpretado de forma ampla, configurando-se consumidor a pessoa física ou jurídica na qualidade de destinatário fático do bem ou serviço, retirando assim o produto do mercado de consumo. Para os maximalistas não importa a destinação econômica dada ao bem. Dispensa-se a característica da vulnerabilidade do consumidor. Importante se faz a análise do posicionamento de João Batista de Almeida para o entendimento da citada corrente

Pela definição legal de consumidor, basta que ele seja o “destinatário final” dos produtos e serviços, incluindo aí não apenas aquilo que é adquirido ou utilizado para uso pessoal, familiar ou doméstico, mas também o que é adquirido para o desempenho de atividade ou profissão bastando, para tanto, que não haja a finalidade de revenda.¹⁷

Sustentam os adeptos desta corrente, que traz definição ampla, nas palavras de Cavalieri Filho que “o CDC seria um código geral de consumo, um código para a sociedade de consumo, razão pela qual a definição do seu art. 2º, *caput*, deverá ser interpretada de forma extensiva para que as suas normas possam servir cada vez mais às relações de mercado.”¹⁸

Já a corrente finalista entende que o conceito de consumidor destinatário final é mais restrito, sendo aquele que retira o produto do mercado para consumo próprio ou de sua família, excluindo deste conceito o profissional, tendo por fundamento a questão da vulnerabilidade do consumidor, já que o CDC busca tutelar a parte mais fraca da relação. Leciona Marques que

O destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de

¹⁷ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 56.

produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do produto que adquiriu. Neste caso não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço.¹⁹

O CDC expressamente possibilita a pessoa jurídica ser considerada consumidora. A corrente finalista faz diferenciação quando o produto é utilizado como meio de produção, caso em que não será considerada consumidora. Exemplo disso é o caso de uma empresa têxtil quando adquire algodão, que é produto essencial a sua atividade, não sendo considerada consumidora por ser o algodão matéria-prima do processo produtivo. Será, entretanto, considerada consumidora a mesma empresa têxtil que adquire um veículo para transporte de funcionário pelo fato de não ser este produto relacionado ao processo produtivo.

Para os finalistas, como bem salienta Garcia “o agigantamento do universo de aplicação do CDC acarretaria o desprestígio do fim especial visado pelo legislador, reforçando, em contrapartida, a tutela dos profissionais [...]”.²⁰

Importante se faz destacar a posição do Superior Tribunal de Justiça, que tinha precedentes de julgados no sentido de ser o conceito de consumidor destinatário final o defendido pela doutrina maximalista, entretanto, atualmente posiciona-se o STJ de acordo com doutrina finalista, conforme entendimento extraído do Recurso Especial Nº 541.867 – BA

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.²¹

Entretanto, a jurisprudência do STJ adere à corrente finalista de forma mitigada, admitindo a aplicação do CDC aos profissionais que demonstrem a vulnerabilidade

¹⁹MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 53.

²⁰ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: Código comentado e jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.18.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 541.867 – BA. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília – DF, 16 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 de julho de 2011.

técnica, jurídica ou econômica, como é o caso de algumas empresas de pequeno porte e microempresas.

O CDC também conceitua consumidor no parágrafo único do art. 2º, sendo considerados consumidores a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, afirmando este dispositivo o caráter de direito difuso que tem o direito do consumidor.²²

Outro conceito de consumidor trazido pelo CDC é o do art. 17, denominado consumidor por equiparação. Os consumidores do art. 17 do CDC são as vítimas do evento danoso, vítimas de um acidente de consumo. A regra presente neste artigo possibilita uma maior responsabilização pelo fato do produto ou serviço, visto que, como ressalta Cavalieri Filho “não faz qualquer sentido exigir que o fornecedor disponibilize no mercado de consumo produtos ou serviços seguros apenas para o consumidor, não se importando com terceiros que possam vir a sofrer danos pelo fato do produto ou do serviço [...]”.²³ É o denominado pela doutrina como consumidor *bystander*, compreendendo as pessoas físicas ou jurídicas atingidas em virtude do defeito do produto.

O último conceito de consumidor trazido pelo CDC encontra-se no art. 29 que também dispõe que são consumidores equiparados todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais e contratuais. Segundo Marques o citado art.

Concedeu um novo e poderoso instrumento (as ações autorizadas pelo CDC e sua ética de boa-fé objetiva nas relações negociais) para que os ‘consumidores-equiparados’ (na maioria também empresários) combatam as práticas comerciais abusivas que os lesam diretamente e que, mediatamente, prejudicam os outros consumidores e a harmonia do mercado.²⁴

O art. 29 do CDC é uma regra excepcionadora da abrangência original do CDC²⁵ que tem por escopo ampliar a incidência do código além dos limites da relação de consumo estabelecida entre consumidor e fornecedor presentes no art. 2º. Não há diferenciação na responsabilidade dos fornecedores perante os diferentes conceitos de consumidores.

²² BRASIL. Código de defesa do consumidor. *Vade Mecum* universitário de direito. 7. ed. revista. São Paulo: Riddel, 2009, p. 478.

²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 64.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 297.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 65.

O outro sujeito da relação jurídica de consumo é o fornecedor sendo todo aquele que possui o *animus* de oferecer com habitualidade produto ou serviço. Dispõe o CDC em seu art. 3º que fornecedor

É toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.²⁶

O CDC estabeleceu um conceito amplo de fornecedor, contemplando aqueles que participam do fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo. Conforme salienta Rizzato Nunes, fornecedor “é gênero do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante são espécies.”²⁷ Sendo assim, todos os intermediários que exerçam as atividades constantes no art. 3º são considerados fornecedores. É necessário que a pessoa física ou jurídica realize as atividades com profissionalismo, habitualidade e com finalidades econômicas, de onde se entende que não caracteriza relação de consumo quando não há a presença desses elementos, excluindo aqueles que exercem a atividade de forma eventual.

Assim como às pessoas físicas e jurídicas, o CDC impõe responsabilidade aos entes despersonalizados, bastando para isso que estejam inseridos nos critérios estabelecidos no supracitado artigo, pouco importando a natureza jurídica das referidas entidades ou mesmo a espécie de produtos e serviços oferecidos, sendo suficiente que a atividade exercida seja mediante remuneração.²⁸

Pertinente é a análise de João Batista de Almeida que esclarece:

Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos de venda espalhados por todo o território. Neste ponto, portanto, a definição de fornecedor se distancia da de consumidor, pois enquanto este há de ser o destinatário final, tal exigência já não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal.²⁹

²⁶ BRASIL. Código de defesa do consumidor. Vade Mecum universitário de direito. 7. ed. Revista. São Paulo: Riddel, 2009, p. 478.

²⁷ NUNES, Luis Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 66.

²⁹ ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 41.

Conforme já comentado, são elementos objetivos da relação jurídica de consumo os produtos e serviços. Define o CDC em seu art. 3º, §1º que produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Qualquer bem pode ser assim considerado, desde que seja resultado de atividade empresarial cujo fim seja a transformação econômica do produto.

Ao inserir expressamente os bens imóveis o CDC incluiu não apenas os bens que são materialmente ou juridicamente consumíveis. No que tange aos produtos imateriais, estes se encontram atrelados aos serviços, entendendo-se que não se vende um produto, seja ele material ou imaterial, sem serviço.³⁰

A doutrina vai além ao dispor que serão considerados também produtos os novos ou usados, fungíveis ou infungíveis. Também entende majoritariamente que os produtos gratuitos serão também objetos da tutela do consumidor. Exemplo disto é o consumidor que ganha uma amostra de cosméticos e esta vem a causar um dano estético, restando configurada a relação de consumo.

Quanto ao segundo elemento objetivo da relação consumerista, o serviço, o CDC o definiu no art.3º, §2º como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. O rol do citado artigo tem caráter exemplificativo, sendo que qualquer atividade prestada no mercado de consumo será considerada serviço.

Os serviços públicos serão objetos da relação de jurídica de consumo quando remunerados através de tarifa ou preço público, como ocorre nos casos de fornecimento de energia elétrica e transporte coletivo, entretanto, não será objeto da referida relação os serviços públicos remunerados através de impostos e outras espécies tributárias.

Há serviços que aparentemente são gratuitos, o que pode ser visualizado nos casos de estacionamento gratuitos de *shoppings* que na realidade são remunerados já que há um valor embutido no preço dos produtos oferecidos pelo *shopping*, é uma forma de remuneração indireta.

Para a doutrina, as entidades bancárias sempre estiveram no campo de incidência do CDC, mas houve divergências fazendo com que o tema fosse apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça que pacificou o entendimento através da súmula 297 que dispõe que o CDC é aplicável às instituições financeiras³¹. Também se pronunciou o Supremo Tribunal Federal neste sentido ao julgar improcedente ação direta de

³⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 69.

³¹ BRASIL. Súmula 297 STJ. Vade Mecum universitário de direito. 7. ed. revista. São Paulo: Riddel, 2009, p. 1159.

inconstitucionalidade nº 2591-1, cujo teor ressalta a incidência de aplicação do CDC as relações de consumo de natureza bancária ou financeira.³²

2.2 A tutela dos desiguais

A legislação de proteção ao consumidor tem por finalidade reequilibrar a relação de consumo, reforçando a posição do consumidor e proibindo ou limitando certas práticas de mercado. Como já dito anteriormente, o CDC é uma norma principiológica, com regras fundamentais expressas visando conferir algumas prerrogativas à parte mais fraca da relação.

O capítulo III do CDC dispõe sobre os direitos básicos do consumidor que revelam a especial proteção dada ao vulnerável da relação, vulnerabilidade que sustenta Cavalieri Filho ser

Requisito essencial para a formulação de um conceito de consumidor; está na origem da elaboração de um direito do consumidor; é a espinha dorsal que sustenta toda a sua filosofia. Reconhecendo a desigualdade existente, busca estabelecer uma igualdade real entre as partes na relação de consumo [...]. Só se justifica a aplicação de uma lei protetiva em face de uma relação de desiguais. Entre partes iguais não se pode tratar privilegiadamente uma delas sob pena de violação do princípio da igualdade.³³

Pode-se visualizar de forma significativa a proteção ao consumidor no disposto no art. 6º, inciso VIII do CDC que garante a inversão do ônus da prova a favor do consumidor quando comprovada a hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações. O CDC não trata da distribuição do ônus da prova, que no Código de Processo Civil é estabelecida de forma estática, cabendo ao autor provar o fato constitutivo do direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, mas simplesmente regula a possibilidade de ocorrer a inversão do ônus da prova. A inversão visa restabelecer a igualdade na relação, tendo por certo a posição de superioridade de condições técnicas e econômicas do fornecedor. Desta forma entende o Superior Tribunal de Justiça

A denominada inversão do ônus *probandi* a que se refere o inciso VIII do art. 6º do CDC, fica subordinada ao critério do Juízo quando provável a alegação

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2591-1. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2591&processo=2591>. Acesso em: 07 de agosto de 2011.

³³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p. 8.

ou quando hipossuficiente o consumidor, segundo regras ordinárias de experiência. Depende, portanto, de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor.³⁴

É possível a inversão de plano, independentemente de critério do juiz, quanto à publicidade, correção e veracidade de informações que cabem ao fornecedor conforme dispõe o art. 38 do CDC. É a chamada inversão do ônus da prova *ope legis*.

Há divergência na doutrina e na jurisprudência sobre o momento da aplicação da inversão do ônus da prova. Alguns autores defendem que o momento da inversão deve se dar no despacho saneador, preservando dessa forma os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo considerada uma regra de procedimento. Há outros que entendem que a inversão deve ocorrer na prolação da sentença por ser regra de julgamento.

Posiciona-se Nelson Nery Júnior com os que defendem o momento da prolação da sentença como adequado à inversão, entendendo que

Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou de sua inversão, porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário aquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza. A sentença, portanto, é o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova. Não antes.³⁵

A questão não é pacífica no Superior Tribunal de Justiça, tendo o egrégio tribunal decisões de acordo com os dois posicionamentos doutrinários.

Buscou o legislador estabelecer uma facilitação da defesa dos direitos do consumidor, conferindo a prerrogativa de inversão do ônus *probandi* para a parte processualmente mais fraca.

O CDC, conforme já salientado, é uma norma de ordem pública, de índole constitucional, um microsistema jurídico que visa a efetivar a tutela dos desiguais, que tem por fim proteger o consumidor frente ao fornecedor, assegurando-lhe os direitos relativos à sua dignidade. Conforme leciona Cabral

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 327195/DF. Relator: Ministro Antonio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=327195&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 25 de agosto de 2011.

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 798.

A proteção ao consumidor como norma de ordem pública recebe uma espécie de blindagem, sendo imperativa, cogente, inderrogável pela vontade das partes, que incidirá sobre qualquer relação de consumo mesmo que as partes afastem tal cláusula contratual, que permite ao julgador reconhecer de ofício uma ou mais cláusulas abusivas, entre outras vantagens que visam, em última análise, restabelecer o equilíbrio contratual entre consumidor e fornecedor.³⁶

Não há que se falar em afronta ao princípio da igualdade por conferir o CDC prerrogativas para o vulnerável da relação. Importante destacar as palavras de Rui Barbosa no discurso realizado para parabenizar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, intitulado Oração dos Moços, que define que

A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Conforme o exposto entende-se que “discriminações justificáveis não violam a noção de direito e justiça e, conseqüentemente, podem ser normalmente estabelecidas sem qualquer implicação de antijuridicidade.”³⁷

2.3 Vulnerabilidade e hipossuficiência

O Código de Defesa do Consumidor é uma regra principiológica, isto é, pautada em princípios. Dentre os princípios que regem as relações de consumo destacam-se o princípio da vulnerabilidade e da hipossuficiência.

O princípio da vulnerabilidade está inserido expressamente no CDC no art. 4º, inciso I reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, concluindo, desta forma, que o consumidor é a parte mais fraca da relação. Ensina Marques que vulnerabilidade “é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de

³⁶ CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. As Cláusulas Abusivas, seu Reconhecimento de Ofício e o Enunciado 381 da Súmula do STJ. Revista de Direito empresarial, concorrencial e do consumidor nº36, dezembro 2010/janeiro 2011, p.

³⁷ SAYEG, Ricardo Hasson. A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. Bauru: Edipro, 1995, p. 74.

consumo. É uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.”³⁸

O conceito de vulnerabilidade é essencial para a caracterização do consumidor que tem especial proteção jurídica por estar em posição de inferioridade perante o fornecedor, eis que estes estabelecem uma relação jurídica desigual que deve ser amparada pela legislação para coibir os abusos e tutelar os desiguais na medida de suas desigualdades. O consumidor é considerado vulnerável por não ter a real possibilidade de conhecer tecnicamente os produtos a ponto de se resguardar de possíveis defeitos ou aspectos do bem que possam ser prejudiciais tanto ao uso do produto como a sua própria integridade física. Não tem também o consumidor condições de avaliar criteriosamente cláusulas contratuais que possam vir a ser prejudiciais.

A doutrina pátria aponta três espécies de vulnerabilidade: técnica, jurídica e fática.

A vulnerabilidade técnica é aquela em que o consumidor não possui o conhecimento específico sobre o produto ou serviço, não podendo, portanto, ter a potencial consciência quanto às especificidades do produto que está sendo adquirido e sobre os meios de sua adequada utilização. Essa espécie de vulnerabilidade se presume quando ao consumidor não profissional, tendo por base o regramento de proteção ao consumidor, mas não quanto os profissionais que deverão comprovar no caso concreto a sua vulnerabilidade. Sustenta José Reinaldo de Lima Lopes, quanto a vulnerabilidade técnica que

O consumidor “médio” não tem como avaliar o que está comprando. Em casos de defeitos do produto deverá recorrer a quem tenha conhecimento especial relativo àquele produto, em nível semelhante ao do fabricante. Daí surge a necessidade de laboratórios e institutos de pesquisas independentes e confiáveis, capazes de atuar ao lado do consumidor.³⁹

A vulnerabilidade jurídica, também chamada de científica, é a que o consumidor não tem o conhecimento jurídico, contábil e econômico suficiente para as relações jurídicas de consumo, cabendo ao consumidor não profissional e pessoa física, mas não há a presunção em relação ao profissional que deve ter tais conhecimentos para exercer sua atividade. Deve o fornecedor presumir que o consumidor não possui o

³⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V.: BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 45.

conhecimento, portanto, deverá agir com boa-fé ao travar relações de consumo. Ressalta-se a decisão no Recurso Especial 311509-SP, quanto à referida vulnerabilidade, ao relatar que “nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga.”⁴⁰

Por fim, tem-se a vulnerabilidade fática, facilmente identificada pela significativa capacidade econômica e social dos que compõem a cadeia de fornecimento. O fornecedor está visivelmente em posição de superioridade econômica. Decorre da fragilidade econômica do consumidor frente ao fornecedor que dispõe de recursos financeiros elevados, sendo que aquele não dispõe de recursos financeiros para debater com este.

Marques reconhece a existência de mais uma espécie de vulnerabilidade, qual seja, a informacional, como básica do consumidor. Entende a autora que

No mundo atual, o déficit informacional dos consumidores está cada vez mais profundo. A jurisprudência, porém, está demonstrando uma tendência de valorizar as informações prestadas, mesmo que através da marca ou aparência, e daí tirando instrumentos de compensação dessa vulnerabilidade intrínseca do papel de consumidor.⁴¹

Entende a jurisprudência pátria a existência da hipervulnerabilidade de alguns consumidores por motivo de idade, condições especiais de saúde e por necessidades especiais, como se observa no que consta no Recurso Especial 586.316, sendo importante a sua análise

Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas, sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.⁴²

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 311509-SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJ 25/06/2001, p. 196.

⁴¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.: BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 96.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 586.316/MG. Relator: Min. Herman Benjamin. Disponível em: http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp_abdir_13_4_09_1.pdf. Acesso em: 08 de julho de 2011.

O princípio da hipossuficiência é de aspecto processual. Hipossuficiente é o consumidor que não consegue demonstrar suficientemente a prova. Entende o STJ que hipossuficiência é uma noção processual, como se pode extrair do Recurso Especial 243.386-SP que dispõe que “a assistência gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de hipossuficiente. É suficiente a simples afirmação de estado de pobreza para a obtenção do benefício.”⁴³

A hipossuficiência se divide em técnica e fática, sendo técnica quando o consumidor não consegue comprovar seu direito e fática quando o consumidor não consegue comprovar a dinâmica do evento, como foram os fatos.

Vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem como bem define Antônio Herman Benjamin quando leciona que “a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos, já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns - até mesmo a uma coletividade - mas nunca a todos os consumidores”⁴⁴.

Consolida-se no direito do consumidor a tutela dos desiguais através dos referidos princípios que possibilitam de forma significativa a proteção almejada pelo ordenamento jurídico. Portanto, encontra-se na adoção dos princípios da vulnerabilidade e hipossuficiência a tradução da especial proteção conferida ao consumidor que trava relações em nível desigual frente ao fornecedor que dispõe de conhecimentos e recursos elevados.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC

A responsabilidade civil é consagrada no ordenamento jurídico encontrando-se inserida no direito obrigacional. Dispõe o Código Civil em seu art. 186 que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, pratica ato ilícito.⁴⁵ Pelo exposto nesse artigo impõe-se o dever jurídico de não causar dano e, violado o dever, há a obrigação de indenizar.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 243.386/SP. Relator: Min. Felix Fischer. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=243386&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em: 30 de setembro de 2011.

⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 371.

⁴⁵ BRASIL. Código Civil. Vade Mecum universitário de direito. 7. ed. revista. São Paulo: Riddel, 2009, p. 154.

Conforme ensina Cavalieri Filho⁴⁶, a responsabilidade civil evoluiu no decorrer do século XX, começando pela flexibilização do conceito e da prova da culpa, logo após surgindo a culpa presumida, passando pela culpa contratual e pela culpa anônima e chegando ao conceito de responsabilidade objetiva, na qual, em alguns casos, adotou-se a teoria do risco integral inexistindo necessidade de se comprovar o nexo.

Dessa evolução surgiu a responsabilidade civil nas relações de consumo, necessária para a reparação do dano sofrido pelo consumidor, pautada nos princípios e direitos deste. O CDC veio sanar os problemas de proteção ao consumidor, visto que anteriormente não havia norma para disciplinar os casos de acidentes de consumo já que a responsabilidade civil tradicional era insuficiente.

A responsabilidade civil no CDC fundamenta-se na teoria do risco do empreendimento, o que enseja que todos que desejam realizar atividades no mercado de consumo têm de arcar com os possíveis defeitos ou vícios dos produtos e bens fornecidos. Aquele que auferir os cômodos do exercício da atividade, que tem por finalidade a obtenção de lucros, deve arcar com os incômodos de responsabilização pelos danos que causarem reparando o consumidor que sofreu tanto um dano como a consequente inadequação do produto ou serviço adquirido para determinada finalidade.

Estabelece também o CDC a sistemática da responsabilidade nas relações jurídicas de consumo, sendo dividida em responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço. O fornecedor responderá, portanto, pelos acidentes de consumo, que atualmente são uma constante no mercado de produção massificada, que tem colocado produtos no mercado de consumo que não atendem à segurança necessária à preservação da incolumidade física do consumidor que está sujeito a sofrer danos que deverão ser reparados pelos causadores.

A responsabilidade pelo fato do produto ou serviço encontra-se pautada em casos de defeitos que podem vir a ocasionar um dano ao consumidor, não oferecendo a segurança que deles legitimamente se espera. Já o vício do produto ou serviço demonstra uma inadequação ao fim a que se destina ou não corresponde à justa expectativa depositada pelo consumidor. A responsabilidade do fornecedor é, em regra, objetiva, independendo da demonstração de dolo ou culpa, conforme análise que se segue.

3.1 A responsabilização objetiva do fornecedor

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 262.

O direito do consumidor tem por fim proteger o vulnerável da relação, que é o consumidor, que não dispõe de meios suficientes para a prova de defeitos dos produtos e serviços. Por ser o consumidor incapaz de comprovar no caso concreto a culpa do fornecedor estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade civil objetiva para os acidentes de consumo, tanto pelo fato do produto quanto pelo fato do serviço. Dispõe o CDC no seu art. 12 de forma abrangente quanto à responsabilidade:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização.⁴⁷

A responsabilidade objetiva independe da comprovação do dolo e da culpa, bastando comprovar o dano e o nexo de causalidade entre o produto adquirido ou do serviço prestado e o dano sofrido. Nos termos do Código Civil Brasileiro a responsabilidade no direito privado é subjetiva, fundada na teoria da culpa, e em contrapartida fundamenta a responsabilidade objetiva presente no CDC a já citada teoria do risco do empreendimento, que nas palavras de Cavalieri Filho⁴⁸ se resume em não poder o consumidor assumir os riscos das relações de consumo ou não ser indenizado, cabendo ao fornecedor realizar através de mecanismos de preço os custos sociais dos danos, sendo assim uma justiça distributiva.

Destarte, impõe o CDC expressamente que os que compõem a cadeia de fornecimento sejam responsabilizados objetivamente pelos danos, estabelecendo mais um mecanismo de proteção ao consumidor perante o fornecedor.

Importante lembrar que quanto aos elementos a serem comprovados pelo consumidor, poderá o juiz inverter o ônus *probandi* quando presentes os requisitos de hipossuficiência ou verossimilhança das alegações. Ressalta-se também a dispensabilidade de o consumidor provar o defeito.⁴⁹

O CDC presume o defeito do produto, já que para o consumidor seria excessivamente difícil produzir provas, tendo em vista o não conhecimento específico

⁴⁷ BRASIL. Código de defesa do consumidor. Vade Mecum universitário de direito. 7. ed. revista. São Paulo: Riddel, 2009. p. 479.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 264, 265.

⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 149.

sobre os produtos colocados no mercado de consumo, cabendo ao fornecedor o ônus da prova, já que este é que detém os meios técnicos e científicos de produzi-las podendo demonstrar a inexistência de defeito.

O fornecedor tem o dever de oferecer a segurança razoavelmente exigida do produto. Surge, então, a responsabilidade de indenizar quando o fornecedor viola o dever de segurança colocando no mercado de consumo um produto que não tem a correta informação quanto à sua segurança, ou seja, um produto fora dos padrões da expectativa legítima de segurança do consumidor.

Ressalta-se que não há produto completamente seguro, e que há a necessidade de se colocar alguns produtos nocivos no mercado, como é o caso de venenos para matar insetos dentre outros, mas estes devem conter as informações necessárias à utilização adequada do produto, para que não venham a causar um dano que extrapole a sua nocividade necessária. O direito só atua quando a insegurança ultrapassar o patamar da normalidade e da previsibilidade.⁵⁰ Cumpre ressaltar que não se considera defeituoso, nos termos do art. 12, §2º do CDC, um produto pelo fato de existir outro melhor disponível no mercado. Ensina Garcia que

Para a verificação do defeito do produto deverá ser demonstrada impropriedade capaz de ocasionar acidente de consumo. O simples fato, por exemplo, de um carro ser fabricado com dispositivos que permitem maior segurança ao consumidor, como a inserção de *air-bags* ou freios ABS, não induz que veículos anteriormente fabricados sem tais dispositivos sejam considerados defeituosos.⁵¹

Tem-se a responsabilidade de forma objetiva por ser de difícil comprovação a existência de dolo ou culpa, não possuindo o consumidor a real capacidade de demonstrar tais elementos, provando que o fornecedor agiu com a finalidade de prejudicá-lo. O fornecedor poderá alegar a culpa concorrente ou a culpa exclusiva do consumidor que será analisada ainda neste capítulo.

Todo o sistema do CDC prevê a responsabilidade civil do fornecedor de forma objetiva, excetuando uma única categoria, qual seja a dos profissionais liberais conforme dispõe o art. 14, §4º, que como prestadores de serviços estão submetidos à

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 269.

⁵¹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: Código comentado e jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 119.

responsabilidade civil subjetiva. Enquadram-se no conceito de profissional liberal segundo Antônio Herman

O prestador de serviço solitário, que faz do seu conhecimento uma ferramenta de sobrevivência. É o médico, o engenheiro, o arquiteto, o dentista, o advogado. Trata-se, por outro lado, de categorias em franco declínio, na exata proporção em que, mais e mais, tais profissionais tendem a se agrupar em torno de empresas prestadoras de serviços: os hospitais, os grupos de saúde, as empresas de engenharia e de consultoria, as sociedades de advogados.⁵²

Os profissionais liberais têm a responsabilidade de aplicar todos os meios e técnicas de que dispõem para alcançar o fim almejado pelo consumidor contratante, mas não se obrigam a atingir o resultado por ser a sua obrigação considerada obrigação de meio, aquela na qual o profissional somente se obriga a empregar todo o seu conhecimento e habilidade para atingir o resultado esperado. Exemplo disto é a atividade exercida pelo médico na tentativa de curar um doente. Ele deverá empregar todos os meios disponíveis para amenizar o sofrimento, salvá-lo ou curá-lo, mas não se compromete a curar de fato, pois, apesar de todos os avanços na área médica, não é possível assegurar um resultado pretendido tanto por fatores inesperados como pela própria limitação da ciência.

Difere-se a obrigação dos médicos que assumem obrigação de resultado, como é o caso de cirurgias estéticas em que se busca um resultado garantido pelo profissional, tornando assim obrigado a atingir o resultado pretendido, devendo informar quanto às possibilidades e riscos ao contratante. Esta é a posição que predomina na doutrina e jurisprudência pátria, tendo sido pacificado o entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça. A responsabilidade do médico em casos de obrigação de resultado será objetiva, pois a culpa será presumida não sendo necessário que se produza prova quanto a esta, bastando, portanto, que demonstre o nexo e o dano sofrido por não ter sido alcançado o resultado.

Ressalta-se que o CDC não estabeleceu regime especial para os profissionais liberais que permanecem subordinados a todas as regras e princípios constantes na norma consumerista, apenas estão inseridos na exceção por desenvolverem uma atividade que tem caráter pessoal como ensina Cavalieri Filho:

⁵² BENJAMIN, Antônio Herman V.: BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 165.

A atividade dos profissionais liberais é exercida pessoalmente, a determinadas pessoas, *intuito personae*, na maioria das vezes com base na confiança recíproca. Trata-se, portanto, de serviços negociados, e não de contratos por adesão. Sendo assim, não seria razoável submeter os profissionais liberais à mesma responsabilidade dos prestadores de serviços em massa, empresarialmente, mediante planejamento e fornecimento em série. Em suma, não se fazem presentes na atividade do profissional liberal os motivos que justificam a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço em massa.⁵³

Conclui-se, portanto, que o CDC protege o consumidor dos abusos estabelecendo a responsabilidade civil objetiva, mas também tutela o fornecedor em determinados casos. É, pois, a responsabilidade civil objetiva, mais um instrumento para a concretização da especial proteção dada ao vulnerável da relação jurídica de consumo.

3.2 A solidariedade na cadeia de fornecimento

O CDC estabeleceu a responsabilidade civil pelo fato do produto em seu art. 12, incluindo todos aqueles que integram a cadeia de fornecimento como responsáveis por ressarcir o consumidor lesado. Dispõe a norma consumerista que os fornecedores respondem solidariamente pelos danos que seus produtos causarem aos consumidores nos termos do art. 7º, parágrafo único, que informa que em havendo mais de um autor da ofensa, responderão solidariamente todos os envolvidos pela reparação dos danos previstos pela legislação do consumidor. Estabelece também o art. 25 nos seus parágrafos que tendo mais de um responsável pela causação do dano serão solidariamente responsáveis os causadores, bem como quando o dano for causado por componentes ou por peças incorporadas ao produto.

Destaca-se que o CDC utiliza-se do conceito de fornecedor como gênero que comporta as espécies elencadas no art. 12, sendo considerados aqueles que desenvolvem as atividades no mercado de consumo, em consonância com o que dispõe o art. 3º.

Nas hipóteses de responsabilidade pelo fato do produto o consumidor tem de avocar o responsável pelo defeito que será o fabricante, o produtor, o construtor ou importador, não cabendo a liberdade de escolha contida no art. 18, que dispõe sobre os vícios do produto, que possibilita ao consumidor pleitear frente a qualquer um dos que integram a cadeia de fornecimento, pois a regra é a especificação do agente.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 288, 289.

O CDC não incluiu o comerciante no disposto no art. 12 sendo excluído da via principal, tendo este, portanto, responsabilidade subsidiária conforme dispõe o art. 13 que informa que será o comerciante responsável quando não puderem ser identificados os responsáveis contidos no art. 12, quando o produto for fornecido sem identificação clara dos referidos responsáveis e quando o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Nesse sentido ressalta-se a decisão do STJ em Recurso Especial:

O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo. A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito do consumidor de propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante.⁵⁴

Para o melhor entendimento, ressalta-se a posição de Cavalieri Filho que leciona quanto à responsabilidade subsidiária do comerciante que

Convém ressaltar que a inclusão do comerciante como responsável subsidiário foi para favorecer e reforçar a posição do consumidor, não para enfraquecê-lo. Importa dizer que a inclusão do comerciante não exclui a do fornecedor; aumenta a cadeia dos co-obrigados, não a diminui [...]. O comerciante não é terceiro em relação ao fabricante, pois é ele que o escolhe para vender os seus produtos. Logo, responde também por qualquer defeito do produto ou serviço, mesmo que surja já no processo de comercialização. O dever jurídico do fabricante é duplo: colocar no mercado produtos sem vício de qualidade e impedir que aqueles que os comercializam, em seu benefício, maculem sua qualidade original.⁵⁵

A doutrina pátria classifica os sujeitos do pólo passivo da relação jurídica de responsabilidade civil nas relações de consumo em fornecedor real, aparente e presumido. O fornecedor real inclui o fabricante, o produtor e o construtor que são os que efetivamente participam da realização e criação do produto acabado ou parte componente, sendo o fornecedor final e o intermediário. Fornecedor aparente segundo Arruda Alvim é aquele que “se apresenta como tal, apondo no produto o seu próprio nome, marca ou sinal distintivo, respondendo, por assim dizer, a título de uma responsabilidade substitutiva ao fato do produto.”⁵⁶ Aplica-se ao fornecedor aparente a teoria da aparência sendo responsabilizado diretamente perante o consumidor.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 980.860-SP - 3^a Turma - j. 23.04.2009. Relator: Min. Nancy Andrighi. DJe 02.06.2009.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 275.

⁵⁶ ALVIM, Arruda. Código do consumidor comentado. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 97.

Fornecedor presumido para Garcia⁵⁷ é o importador e o comerciante de produto anônimo que assumem a condição de fabricantes, respondendo pelos acidentes de consumo.

Estabeleceu o CDC a solidariedade na reparação do dano em havendo mais de um fabricante para o mesmo produto ou mais de um causador do dano. Destarte, exemplificam-se quando o consumidor adquire um carro cujo freio, em virtude de defeito, não funciona causando um acidente de consumo, podendo o consumidor acionar tanto o fabricante do veículo quanto o do sistema de freios ou mesmo os dois conjuntamente.

Por ser o Código de Defesa do Consumidor uma norma de ordem pública, é vedado às partes convencionar cláusula que exclua a responsabilidade solidária dos fornecedores, dispondo o art. 25 sobre a impossibilidade de estipulação contratual que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar, que caberá aos fornecedores acionados pelo consumidor.

A legislação de consumo assegura o direito de regresso ao fornecedor que ressarcir o consumidor lesado, tendo este direito a ingressar contra os que contribuíram para a causação do dano, desta forma, acionando o consumidor um dos fornecedores poderá este ingressar contra os componentes da cadeia de fornecimento que deram causa ao acidente de consumo. Ensina Érico de Pina Cabral que

No direito do consumidor a solidariedade passiva é imperfeita, pois, o art. 13, parágrafo único, assegura ao fornecedor solidário que pagou os danos ao consumidor, o direito de regresso contra os demais apenas naquilo que corresponde à participação de cada um no resultado danoso. Como explica Nelson Rosenvald, o pagamento da reparação integral ao consumidor, por qualquer dos réus, não implica na divisão proporcional do valor indenizado e cada fornecedor arcará perante aquele que pagou, por sua correspondente participação na causação do evento.⁵⁸

Portanto, todos aqueles que integram a cadeia de fornecimento são responsáveis solidariamente na medida de suas participações no defeito. Como bem informa Rizzato Nunes “a sistemática da responsabilidade civil estabelecida pelo CDC é a mais ampla possível na defesa do consumidor, de modo que não se poderia mesmo interpretar de maneira diferente essa questão.”⁵⁹

⁵⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: Código comentado e jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 119.

⁵⁸ CABRAL. Érico de Pina. A solidariedade nas relações de consumo. Jornal Carta Forense. 04 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=5553>. Acesso em: 27 de julho de 2011.

3.3 Excludentes da responsabilidade civil

A legislação consumerista dispõe quanto aos instrumentos capazes de coibir as práticas lesivas ao consumidor, visando à proteção deste em face da superioridade do fornecedor. Conforme já citado, o fornecedor responderá objetivamente pelos danos que causar ao consumidor, sendo necessária apenas a comprovação do dano e do nexo de causalidade. Cumpre ressaltar que o CDC não impõe de forma absoluta a responsabilização do fornecedor que também é amparado pela sistemática consumerista em casos específicos para que o consumidor não venha a obter vantagens indevidas pela proteção que lhe é concedida.

Para que seja afastada a obrigação de indenizar o consumidor deverá o fornecedor, conforme dispõe o art. 12, §3º, provar que não colocou o produto no mercado de consumo, que embora tenha colocado o produto o defeito inexistente ou que o acidente de consumo ocorreu exclusivamente por culpa do consumidor ou de terceiro.

As excludentes são uma forma de mitigação da responsabilidade do fornecedor concretizando a responsabilidade civil objetiva pela teoria da atividade, afastando assim a incidência da teoria do risco integral.⁶⁰

Quando o fornecedor demonstrar que não colocou o produto no mercado de consumo não há que se falar em responsabilidade, pois o nexo de causalidade é rompido, restando claro que não há a possibilidade de se imputar a responsabilidade ao fornecedor que não concorreu para a causação do dano. Exemplo clássico da doutrina são os casos em que ocorre roubo ou furto de produtos defeituosos que estão estocados, sendo introduzidos no mercado de consumo à revelia do fornecedor. Quanto a esta excludente da responsabilidade do fornecedor, entende Cavalieri Filho que “faz sentido em face da presunção de que, estando o produto no mercado de consumo, é porque foi introduzido pelo fornecedor; o que a lei quis dizer é que caberá ao fornecedor elidir esta presunção.”⁶¹

Exclui-se também a responsabilidade civil do fornecedor quando este provar que o defeito inexistente pelo fato de que não havendo defeito não há a possibilidade de o produto ser o causador do acidente de consumo. O ônus de provar que o produto não é defeituoso cabe ao fornecedor por ser o detentor do conhecimento acerca do produto e

⁵⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 278.

⁶⁰ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: Código comentado e jurisprudência. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 119, 120.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 279.

de suas funcionalidades, podendo assim demonstrar se o produto de fato não possui defeito capaz de causar o dano. O defeito é presumido, cabendo ao fornecedor elidir esta presunção para afastar a responsabilidade. Ressalta-se o entendimento de Cavalieri Filho ao lecionar que

A rigor, esta excludente prejudica as demais. Se o fato gerador da responsabilidade do fornecedor é o defeito do produto ou serviço, logicamente sempre que não existir defeito não haverá que se falar em responsabilidade. Se ocorrer o acidente a causa terá sido outra, não imputável ao fornecedor. O Código, todavia, na busca de uma disciplina clara, espcadora de qualquer dúvida, explicitou outras causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor que, na sua essência, decorrem da inexistência de defeito do produto ou serviço.⁶²

A última excludente elencada no citado artigo, que apresenta um rol taxativo, é a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. A culpa exclusiva do consumidor ocorre quando o acidente de consumo é causado unicamente por ato do consumidor que pratica uma ação que causa o evento danoso, inexistindo qualquer defeito no produto que tenha contribuído para a causação do dano. Leciona Cavalieri Filho que a exclusão por culpa exclusiva do consumidor decorre de uma conduta que é “causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência.”⁶³

Ocorre também nessa modalidade de exclusão de responsabilidade o rompimento do nexo causal, impossibilitando, desta forma, que o fornecedor seja responsabilizado pelo fato por não haver relação de causa e efeito, restando evidente que não há nexo entre o dano sofrido e a atividade do fornecedor.

Ressalta-se que em um acidente de consumo poderá ocorrer concorrência de culpa, conforme entendimento da melhor doutrina e posição do STJ ao pronunciar-se sobre o tema, na qual concorrem para o evento tanto a vítima quanto o fornecedor, que configura uma causa minorante da responsabilidade deste. Nesse sentido Cavalieri Filho argumenta que

Muitos autores não admitem a culpa concorrente nas relações de consumo por considerarem incompatível a concorrência de culpa na responsabilidade objetiva. Como falar em culpa concorrente onde não há culpa? Por este fundamento, todavia, a tese é insustentável porque, na realidade, o problema é de concorrências de causas e não de culpas, e o nexo causal é pressuposto fundamental em qualquer espécie de responsabilidade. Entendemos, assim,

⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 279.

⁶³ Idem. p. 280

que mesmo em sede de responsabilidade objetiva é possível a participação da vítima (culpa concorrente) na produção do resultado, como, de resto, tem admitido a jurisprudência em casos de responsabilidade civil do Estado.⁶⁴

Quanto à excludente de responsabilidade civil por culpa exclusiva de terceiro, provando o fornecedor que o acidente de consumo ocorreu exclusivamente pela conduta de terceiro, não haverá responsabilidade do fornecedor perante o consumidor por inexistir o nexo causal, como ocorre em relação a todas as excludentes.

O terceiro presente na redação do art. 12, §3º, inciso III é o estranho a relação jurídica de consumo, aquele que não compõe a cadeia de fornecimento, não existindo, portanto, qualquer vínculo entre o acidente de consumo e o fornecedor, motivo pelo qual se afasta a responsabilidade. O comerciante não é considerado terceiro, pois, apesar de não constar na relação do citado artigo encontra-se expressamente no art. 13 como parte da relação jurídica de consumo respondendo subsidiariamente.

Destacam-se as figuras do caso fortuito e da força maior que não foram inseridos no rol das excludentes da responsabilidade civil do fornecedor perante o consumidor, mas que são consagradas no direito tradicional brasileiro como excludentes de responsabilidade. Ressalta-se que o caso fortuito se divide em externo e interno, sendo entendido como interno o fato imprevisível e inevitável ocorrido no processo de fabricação do produto, não excluindo a responsabilidade por se tratar de um risco inerente à atividade exercida pelo fornecedor, e externo àquele que não estabelece qualquer relação com a atividade do fornecedor que, em regra, ocorre posteriormente à fabricação ou à formulação do produto. Importante se faz ressaltar o entendimento de Cavalieri Filho que conclui ser

O fortuito externo, em nosso entender verdadeira força maior, não guarda relação alguma com o produto, nem com o serviço, sendo, pois, imperioso admiti-lo como excludente de responsabilidade do fornecedor, sob pena de lhe impor uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, da qual o Código não cogitou.⁶⁵

O CDC ao dispor sobre as excludentes da responsabilidade civil do fornecedor teve por fim garantir a proteção deste nas hipóteses em que não tenha participação no evento deletério, não sendo, portanto, plausível que este respondesse por fato que não guarda nexo de causalidade com a sua atividade produtiva.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 284.

4 ASPECTOS DO ACIDENTE DE CONSUMO

O CDC, sendo uma norma protetiva ao consumidor, estabelece que os produtos colocados no mercado de consumo deverão ser seguros e inofensivos à saúde dos consumidores, estando os fornecedores obrigados a prestarem as informações necessárias e adequadas, levando-se em consideração a periculosidade normal que qualquer produto é capaz de oferecer, já que os produtos disponíveis no mercado consumerista não são absolutamente inofensivos ao consumidor, mesmo quando manuseados de forma correta. Quando ultrapassado esse limite de periculosidade normal responderá o fornecedor pelos danos causados, denominados acidentes de consumo.

Os acidentes de consumo decorrem de um defeito no produto que causa um dano ao consumidor quando este utiliza o produto de acordo com o fim a que ele se destina, estendendo o prejuízo do consumidor ao produto e a sua própria saúde física.

Atualmente a massificação da produção e a primazia por quantidade têm colaborado para a ocorrência desses eventos danosos. Pode-se afirmar que os acidentes de consumo ocorrem, dentre outros fatores, em decorrência de falha na informação quanto à utilização correta do produto, ausência de atuação preventiva dos fornecedores, falta de adequação dos produtos às normas de fabricação e pelos defeitos que geram insegurança ocasionando os acidentes.

No Brasil a incidência dos acidentes de consumo vem aumentando gradativamente, despertando a atenção do Poder Público que tem colocado a disposição dos consumidores órgãos de defesa e proteção de seus interesses.

Não há no país estatísticas sobre o impacto que esses acidentes de consumo podem causar no aspecto social e econômico. Ressalta-se que esses acidentes causam impactos significativos assim como os acidentes de trânsito e de trabalho que receberam tratamento a fim de minimizar a sua ocorrência após o registro de suas incidências.

Dados do Inmetro informam que os maiores causadores de acidentes de consumo são os produtos infantis, eletrodomésticos, alimentos e embalagens. O Inmetro objetiva com o registro a elaboração e revisão de normas e regulamentos técnicos, a fim de reduzir o número de acidentes, de forma a aperfeiçoar os produtos colocados no mercado de consumo e ações de fiscalização e educação de consumo pelas autoridades competentes.⁶⁶

⁶⁶ Informações ao consumidor. Acidentes de consumo: relate seu caso. Inmetro. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/consumidor/acidente_consumo.asp. Acesso em: 13 de outubro de 2011.

4.1 O fato do produto

O fornecedor será responsabilizado pelo dano que causar ao consumidor ocasionado por acidente de consumo conforme dispõe o CDC no art. 12 quanto à responsabilidade pelo fato do produto, que decorre de um defeito. Nas palavras de Cavalieri Filho o fato do produto é “um acontecimento externo, que ocorre no mundo exterior, que causa dano material ou moral ao consumidor (ou ambos), mas que decorre de um defeito do produto; seu fato gerador será sempre um defeito do produto.”⁶⁷

A palavra chave do conceito de acidente de consumo é defeito. O defeito é o elemento caracterizador do acidente de consumo que gera a responsabilidade civil objetiva adotada pela sistemática do CDC que dispõe que produto defeituoso é aquele que “não oferece a segurança que dele legitimamente se espera levando em consideração as circunstâncias relevantes.”⁶⁸ O defeito atinge a incolumidade físico-psíquica do consumidor e de seu patrimônio.

Quanto aos defeitos, classificam-se em defeitos de fabricação, de concepção e de comercialização. Os de fabricação dizem respeito ao momento em que o produto é manufaturado, tendo três traços fundamentais, quais sejam, a inevitabilidade, previsibilidade estatística e a manifestação limitada. Os de concepção são os denominados defeitos de formulação, de construção e de *design*, apresentando um risco desarrazoado mesmo quando produzido em conformidade com o planejado e especificado. Já os defeitos de comercialização estão atrelados ao conceito de apresentação do produto, quando contêm informações insuficientes ou inadequadas quanto a sua utilização e riscos, também conhecidos como defeitos de informação.⁶⁹

Há inúmeros casos de acidentes de consumo pelo fato do produto que expressam claramente o conceito de defeito que enseja a responsabilização pelo fato do produto. Fato que restou conhecido por toda a sociedade foi o maior *recall* da montadora alemã Volkswagen que atingiu mais de 477 mil veículos, realizado em 2008. Foi evidenciado que o manuseio do banco traseiro do Fox oferecia uma insegurança, pois machucou e mutilou os dedos de alguns proprietários.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2010, p.266.

⁶⁸ BRASIL. Código de defesa do consumidor. *Vade Mecum* universitário de direito. 7. ed. revista. São Paulo: Riddel, 2009. p. 479

⁶⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 151, 152, 153.

O acidente acontecia quando o usuário tentava aumentar o espaço do porta-malas, rebatendo o banco traseiro. Para a operação, era preciso puxar uma alça embaixo do banco traseiro, para deslocar o encosto do assento. O perigo ocorria quando o consumidor encaixava o dedo na argola dessa alça, o que ocasionava o dano. Na época, a montadora inicialmente negou que estivesse realizando o *recall* e afirmou que os acidentes decorriam do mau uso do sistema de rebatimento do banco traseiro, oferecendo somente um anel de borracha aos proprietários.

Contudo, o *recall* foi realizado pela montadora mediante acordo firmado com o Ministério da Justiça com a participação do DPDC – Departamento de proteção e defesa do consumidor - onde foi instalado um novo sistema aperfeiçoado e novas orientações ao motorista e houve aplicação de multa milionária à empresa junto ao governo por colocar os consumidores em risco.

Outro fato que demonstra claramente o conceito de acidente de consumo pelo fato do produto é a apelação proposta ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por acidente ocasionado pela explosão de uma garrafa de cerveja que causou a perda da visão do olho direito do consumidor, sendo que

O estouro de uma garrafa de cerveja, por certo, não pode ser considerado normal e previsível. Ao contrário, é um fato raro, mas que eventualmente pode ocorrer, não existindo, como salientado pela autora e admitido pela requerida, qualquer menção sobre essa possibilidade e forma de evitá-la. Se há possibilidade de ocorrer em razão do transporte inadequado, como ventilou a requerida, compete-lhe informar os consumidores sobre a forma pela qual deve ocorrer o transporte sem a possibilidade de tais acidentes. O fabricante é, pois, solidariamente responsável pelos riscos acarretados ao consumidor pelos produtos que coloca no mercado.⁷⁰

Acidentes de consumo como os anteriormente citados são constantes no atual mercado consumerista e tem causado prejuízos cada vez maiores aos consumidores expostos a esses defeitos. Conforme analisado, o acidente de consumo nada mais é do que um defeito extrínseco do produto que não restringe o dano ao produto, alcançando danos à saúde do consumidor que na maioria das vezes tem de ser submetidos a tratamentos médico, hospitalar e psíquico decorrentes do acidente de consumo.

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Des. Nagib Slaibi. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=JURIS&LAB=CONxWEB&PORTAL=1&PORTAL=1&PGM=WEBPCNU88&N=200900157530&Consulta=&CNJ=0000358-28.2003.8.19.0204>. Acesso em: 19 de outubro de 2011.

O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior através do Inmetro entende que além de penalizar o CDC pretende identificar os produtos e serviços que colocam em risco a segurança e a saúde do consumidor – com foco na regulamentação do que é importante; subsidiar o setor produtivo para melhorar a qualidade do produto nacional e assim, aumentar a competitividade da empresa brasileira; priorizar os Programas de Avaliação da Conformidade implantados pelo Inmetro; e promover campanhas de orientação e educação do consumidor.⁷¹

Em todo o mundo se tem constatado o grande prejuízo por acidentes de consumo. Pode-se analisar a dimensão desses prejuízos pelos dados da *Consumer Product Safety Commission* nos Estados Unidos da América que informam que 10 milhões de atendimentos médicos são realizados anualmente em decorrência de acidentes de consumo e calcula-se que os gastos alcançam a soma de 700 bilhões de dólares por danos à propriedade, óbitos e tratamentos das vítimas.

Nos acidentes de consumo, o direito do consumidor se volta para o acontecimento material inerente ao produto que não possui a segurança esperada, sendo o defeito o causador do dano. O elemento central para a caracterização do defeito é a carência de segurança que prejudica o produto em sua utilização resultando no dano ao consumidor e inclusive ao produto que conseqüentemente restará inutilizado.

Como já ressaltado, não há produtos absolutamente seguros, mas não podem esses produtos extrapolar o grau de periculosidade normal que possa resultar em acidentes. Quanto a periculosidade, divide-se em periculosidade inerente, adquirida e exagerada.

A periculosidade inerente é caracterizada por um risco intrínseco do produto, inerente a sua própria natureza, sendo capaz de causar acidentes, mas insere-se dentro do risco normal e previsível de qualquer produto. Já a periculosidade adquirida se faz presente quando o produto torna-se perigoso em decorrência de um defeito, sendo caracterizada pela imprevisibilidade. Por fim, tem-se a periculosidade exagerada quando os produtos apresentam um alto grau de nocividade aos consumidores, onde as informações colocadas a disposição destes não são capazes de prevenir os possíveis

⁷¹ Inmetro. Portal do Consumidor. Acidentes de consumo: uma visão técnica sobre o tema. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/consumidor/pdf/acidentes-consumo-uma-visao-tecnica.pdf>. Acesso em: 24 de outubro de 2011.

danos, já que a potencialidade do dano é tamanha que a previsibilidade não consegue ser suprida pelas informações fornecidas.

Portanto, o fato do produto, entendido como acidente de consumo, causa um dano ao consumidor pela existência de um defeito que gera a insegurança, devendo o fornecedor ser responsabilizado pelo evento danoso.

4.2 O consumidor por equiparação

O CDC trouxe para o ordenamento jurídico um conceito amplo de consumidor. Dentre os conceitos presentes no referido diploma legal encontra-se o de consumidor por equiparação presente no art. 17 que equipara a consumidor todas as vítimas do evento deletério. Por esse conceito entende-se que o consumidor é toda vítima do dano independente de ter contratado o fornecedor ou mesmo conhecer o sujeito responsável pelo evento.

O referido artigo não utilizou a expressão “destinatário final” contida no conceito de consumidor do art. 2º, que fundamenta a teoria finalista já analisada, utilizando somente a expressão “vítimas do evento”, incluindo, portanto, os profissionais que adquirem produtos para revenda quando vierem a sofrer acidente de consumo, expressando um conceito mais amplo ao englobar os profissionais que ao adquirirem um produto, mesmo que para revenda, sejam vítimas de acidente de consumo pelo defeito que o produto apresenta, ensejando a responsabilidade do fornecedor perante àqueles.

Todos os consumidores atingidos pelo acidente terão direito a ampla indenização pelos danos causados. Justifica-se a ampliação do campo de incidência do CDC devido a coletividade de pessoas que podem vir a ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores ainda quando não sejam consumidores *stricto sensu*. Nesse sentido argumenta Marques

Basta ser vítima de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC - não é necessário ser destinatário final, ser consumidor concreto, basta o acidente de consumo oriundo desse defeito do produto

3e do serviço que causa o dano.⁷²

O art. 17 do CDC é uma complementação do parágrafo único do art. 2º que enuncia como consumidores equiparados a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de consumo⁷³, não sendo necessário a intervenção direta, já que é possível que um indivíduo esteja na posse de um produto com o qual foi apresentado e este venha lhe causar um dano decorrente de defeito, portanto, não guarda qualquer relação com o fornecedor, mas foi atingido pelo evento. Argumentando nessa esteira José Geraldo Brito Filomeno, com a autoridade de quem participou da elaboração do anteprojeto que resultou no Código de Defesa do Consumidor, que

O que se tem em mira no parágrafo único do art. 2º do CDC é a universalidade, conjunto de consumidores de produtos e serviços, ou mesmo grupo, classe ou categoria deles, e desde que relacionados a um determinado produto ou serviço, perspectiva essa extremamente relevante e realista porquanto é natural que se previna, por exemplo, o consumo de produtos ou serviços perigosos ou então nocivos, beneficiando-se assim abstratamente as referidas universalidades e categorias de potenciais consumidores.⁷⁴

Nesse sentido também dispõe o art. 29 que são equiparados a consumidores todos aqueles expostos as práticas comerciais abusivas, ampliando assim o conceito de consumidor estabelecido pela sistemática consumerista com o intuito dar proteção àquele que sofreu um dano mesmo quando não tenha relação direta com o fornecedor.

Nos ensinamentos de Marques, conclui-se a questão do consumidor equiparado, presentes nos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29 do CDC, que dispõem sobre os que serão considerados consumidores para fins de reparação de danos, que

Ao impor ao fornecedor de serviços (e produtos), deveres de lealdade e segurança genéricos (extracontratuais e contratuais) frente a todos os consumidores (art. 2º, art. 17 e art. 29 do CDC) é um grande jugo, pois nem ele pode identificar quem são estes consumidores em potencial, individuais, coletivos e mesmo difusos (art. 81 do CDC). Se os consumidores in concreto

⁷² BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.97.

⁷³ BRASIL. Código de defesa do consumidor. Vade Mecum universitário de direito. 7. ed. revista. São Paulo: Riddel, 2009, p. 476

⁷⁴ MELO, Nehemias Domingos de. Do conceito ampliado de consumidor. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4984/do-conceito-ampliado-de-consumidor>. Acesso em: 27 de outubro de 2011.

irão usar de seus novos direitos contratuais não é certo, certo é que o sistema do CDC criou novos deveres do fornecedor frente a estes ex-terceiros, agora consumidores, que como tal e neste patamar de boa-fé, qualidade e segurança devem ser tratados no mercado, indistintamente se contratam os serviços, se os utilizam diretamente, se neles intervêm ou se são apenas expostos a eles.⁷⁵

O CDC buscou com a ampliação do conceito de consumidor impor ao fornecedor a obrigação de colocar no mercado de consumo produtos seguros, que atendam os requisitos de segurança exigidos. Os conceitos de consumidor por equiparação traduzem mais uma forma de proteção àqueles que de alguma forma, direta ou indireta, tenham participado da relação jurídica de consumo, sendo atingidos por acidentes de consumo ou mesmo expostos a práticas abusivas.

4.3 A Reparação à Vítima

O CDC preconiza no art. 6º que a segurança do consumidor é direito básico. Tomando-se essa afirmativa como premissa verdadeira, tem-se a reparação como obrigatória todas as vezes que o consumidor sofrer um dano em decorrência da relação de consumo, isto é, quando verificado um acidente de consumo.

O próprio CDC, em seu artigo 12 estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço, sendo essa modalidade verificada independentemente de análise de culpa ou dolo, comprovada a coexistência dos pressupostos conduta ilícita, dano e nexos de causalidade. A responsabilidade do fornecedor baseia-se no fato de que este assume o risco do empreendimento ao iniciar a atividade, devendo arcar com os prejuízos decorrentes da atividade desempenhada.

São responsáveis pela reparação à vítima em acidentes de consumo, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro e o importador. Optou o CDC por especificar os responsáveis, não utilizando o termo fornecedor que é gênero, por ser regra, em casos de defeitos, a especificação do responsável. Nos casos de acidentes de consumo a ação reparatória deve dirigir-se ao responsável pelo defeito, salvo nos casos de responsabilidade subsidiária dos comerciantes, que se dará quando não puderem ser identificados os fabricantes, construtores, produtores e importadores;

⁷⁵ Marques, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pg. 47.

não forem os produtos fornecidos com informações claras; ou não conservados adequadamente pelos comerciantes.

A reparação à vítima deverá ser realizada de forma integral, abrangendo danos materiais, morais, estéticos e à imagem, garantindo-se, assim, a real compensação pelo dano sofrido. A reparação abrangerá inclusive os danos que foram provocados ao próprio produto causador do evento.

O legislador consumerista almejou com a ampla reparação proteger o consumidor frente às inúmeras possibilidades de danos que os produtos defeituosos causam ou possam vir a causar devido sua potencialidade lesiva.

O CDC impõe o dever de indenizar na medida das consequências sofridas pelo consumidor, portanto, o consumidor será ressarcido conforme os danos resultantes do acidente de consumo. Será o consumidor reparado até a medida que lhe foi prejudicial o evento deletério.

O dano será sempre pressuposto para a caracterização da responsabilidade civil pelo fato do produto, sem o qual não há que se falar em acidente de consumo.

Quanto à composição da indenização pelos danos materiais, morais, estéticos e à imagem, salienta Rizzato Nunes que

A composição da indenização do dano material compreende os danos emergentes, isto é, a perda patrimonial efetivamente já ocorrida e os chamados “lucros cessantes”, que compreendem tudo aquilo que o lesado deixou de auferir como renda líquida, em virtude do dano. [...] A indenização por dano moral tem caráter satisfativo-punitivo e tem de ser fixada segundo critérios objetivos. De maneira assemelhada deve-se apurar a indenização relativa ao dano estético e à imagem.⁷⁶

Conclui-se, portanto, que o CDC estabeleceu a reparação integral ao consumidor pelos danos sofridos em decorrência de defeitos que geram os acidentes de consumo, não sendo admitida a responsabilidade civil tarifada, concretizando a aplicação da justiça distributiva, que se mostra capaz de redistribuir os riscos inerentes à sociedade de consumo.⁷⁷

⁷⁶ NUNES, Luis Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.177,178.

⁷⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de direito do consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 149.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou demonstrar a importância da reparação decorrente do fato do produto, comumente denominado pela doutrina como acidente de consumo, que causa um dano ao consumidor pela ausência de segurança que legitimamente se espera dos produtos colocados no mercado de consumo.

A proteção ao consumidor é fundamentada na Constituição Federal que estabeleceu a defesa do consumidor como direito fundamental e também como princípio da ordem econômica nacional, demonstrando a importância das relações de consumo na atual sociedade.

O CDC, sendo um microsistema multidisciplinar jurídico, pautado em princípios, contendo regras de ordem pública, tem por objetivo principal a proteção do consumidor que é o destinatário final dos produtos e serviços. Ressalta-se a importância de se proteger o ente que está em desigualdade para restabelecer o equilíbrio da relação jurídica de consumo.

Estabeleceu a legislação consumerista que o consumidor é a parte vulnerável da relação jurídica de consumo, por estar em posição de desigualdade frente ao fornecedor que detém o conhecimento técnico sobre as especificações do produto, assim como está em posição superior econômica e jurídica em relação ao consumidor. Também é reconhecido aos consumidores o princípio da hipossuficiência que tem caráter processual, quando o consumidor não é capaz de comprovar a dinâmica dos fatos ocorridos, não sendo comum a todos consumidores, diferentemente do que ocorre com a vulnerabilidade.

Consagrou também o CDC a responsabilidade civil objetiva, que independe da comprovação de culpa, bastando para a sua caracterização a comprovação do dano e do nexo de causalidade, ressalvado os casos de excludentes da responsabilidade civil. A responsabilidade civil no CDC fundamenta-se na teoria do risco do empreendimento, sendo mais um mecanismo de proteção a parte mais fraca da relação jurídica de consumo.

Tem-se por certo que os acidentes de consumo pelo fato do produto vêm ocorrendo com significativa frequência, sujeitando os consumidores a danos patrimoniais e extrapatrimoniais, que comprometem a saúde física do consumidor e as

funcionalidades dos produtos causadores do evento deletério, devendo, portanto, ser o consumidor reparado integralmente pelos prejuízos sofridos.

Por fim, após todo estudo realizado, foi possível analisar os aspectos dos acidentes de consumo ocasionados pelo fato do produto, constantes na atual sociedade consumerista em que se preza pela produção massificada em detrimento da qualidade dos produtos colocados a disposição do consumidor, estando este cada vez mais exposto a insegurança que os produtos defeituosos trazem quando da sua utilização.

Ressalta-se que o legislador consumerista estabeleceu a proteção ao consumidor de forma abrangente, equilibrando desta forma a relação jurídica estabelecida entre este e o fornecedor, e inseriu no país órgãos de proteção e defesa ao consumidor, formando um sistema protetivo para dar efetividade às normas de proteção ao vulnerável das relações estabelecidas, atingindo de maneira significativa a proteção ao consumidor em todos os aspectos e principalmente no que tange aos acidentes de consumo pelo fato do produto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Arruda. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL, *Vade Mecum universitário de direito*. 7. ed. revista. São Paulo: Riddel, 2009.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **As Cláusulas Abusivas, seu Reconhecimento de Ofício e o Enunciado 381 da Súmula do STJ**. *Revista de Direito empresarial, concorrencial e do consumidor* nº36, dezembro 2010/janeiro 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAYEG, Ricardo Hasson. **A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico**. Bauru: Edipro, 1995.

SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal de 1988

DPDC – Departamento de proteção e defesa do consumidor

INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTIMIDADE *VERSUS* ORIGEM GENÉTICA: A PONDERAÇÃO DE INTERESSES APLICADA À REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Hideliza Lacerda Tinoco Boechat Cabral

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad Nacional de La Plata
Especialista em Direito Público e em Direito Privado

Professora de Direito de Família e das Sucessões no Curso Jurídico da *Doctum* e de Sucessões na UNIG

Dayane Ferreira Camarda

Bacharel em Direito
Estagiária do Ministério Público de Guaçuí-ES

RESUMO

O presente artigo objetivou analisar a ponderação de interesses quando da aparente colisão de direitos fundamentais que emanam da aplicação das técnicas de reprodução assistida heteróloga. Se por um lado, o doador de gametas possui um direito fundamental à intimidade (preservação do anonimato), por outro, em algumas hipóteses, o ser humano gerado a partir daquele material genético, passa a titularizar o direito fundamental ao conhecimento de sua origem genética. Em face da ausência de legislação sobre o tema, procurou-se demonstrar a necessidade da aplicação da técnica de ponderação de interesses, resguardando-se o bem jurídico que no caso concreto seja mais apto a assegurar os direitos da personalidade. **Palavras-chave:** ponderação de interesses; origem genética; intimidade; reprodução humana heteróloga; dignidade da pessoa humana.

RESUMEN

El presente artículo objetivó analizar la ponderación de intereses ante la aparente colisión de derechos fundamentales que emanan de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heteróloga. Si por un lado, el donante de gametos posee un derecho fundamental a la intimidad (preservación del anonimato), por otro, en algunas hipótesis, el ser humano generado a partir de aquél material genético, pasa a titularizar el derecho fundamental al conocimiento de su origen genética. Ante la ausencia de leyes acerca del tema, se buscó demostrar la necesidad de la aplicación de la técnica de ponderación de intereses, resguardándose el bien jurídico que en el caso concreto sea más apto a asegurar los derechos de la personalidad.

Palabras-llave: ponderación de intereses; origen genética; intimidad; reproducción humana heteróloga; dignidad de la persona humana.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. 2.1 Evolução histórica; 2.2 Lineamentos Conceituais; 2.3 Principais Métodos de Reprodução Humana Assistida; 2.3.1 Inseminação Artificial; 2.3.2 Inseminação Artificial Homóloga; 2.3.3 Inseminação Artificial Heteróloga; 2.3.4 Fertilização *in vitro*. **3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA.** 3.1 Direito ao Anonimato do Doador de Gametas; 3.2 Direito à Origem Genética; 3.3 Razões que levam o Filho Socioafetivo a Buscar sua Origem Genética . **4. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS COMO SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE INTERESSES: DIREITO AO ANONIMATO E DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA.** 4.1 O Anonimato como Direito Fundamental à Intimidade; 4.2 O direito ao Conhecimento da Origem Genética na Perspectiva dos Direitos Fundamentais; 4.3 A Ponderação de Interesses nos Direitos Fundamentais. **5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

LISTA DE ABREVIACÕES

CC – Código Civil
CF – Constituição Federal
CFM - Conselho Federal de Medicina
DOU – Diário Oficial da União
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
FIV – Fertilização *In Vitro*
FIVh – Fertilização *In Vitro* Homóloga
FIVhe – Fertilização *In Vitro* Heteróloga
IA – Inseminação Artificial
OMG – Organização Mundial de Saúde
REsp – Recurso Especial
RHA – Reprodução Humana Assistida
STJ- Superior Tribunal de Justiça

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a polêmica dualidade que envolve a fecundação heteróloga: por um lado, o direito à preservação da identidade do doador de gametas, e por outro, o direito à origem genética à luz da principiologia constitucional, ambos constitucionalmente protegidos.

Com o grande crescimento da utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida, faz-se cada vez mais necessária a criação de uma legislação específica que regulamente essas técnicas, uma vez que, em se tratando de Reprodução Humana Assistida Heteróloga, situação que envolve a doação de gametas de terceiro anônimo estranho ao casal, surge um conflito entre direitos fundamentais, oriundos do inviolável princípio da dignidade da pessoa humana. Tratam-se de dois direitos fundamentais: à intimidade, no que tange à preservação do anonimato do doador de material genético; e ao conhecimento da ascendência genética, como forma de garantir o direito da personalidade e, em alguns casos específicos, garantir o direito à vida.

O anonimato gera grandes discussões devido à possibilidade jurídica de se ter esse sigilo quebrado para que se esclareça a origem genética da pessoa gerada por meio de inseminação artificial heteróloga, já que essa possibilidade vai de encontro ao direito à intimidade do doador.

O direito que tem a pessoa de conhecer sua ascendência é um assunto bastante delicado, já que o remete às suas origens e, assim, aos seus pais biológicos, sendo esse direito corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, tratado pelo ECA como personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, já que se trata de um direito fundamental.

Este estudo tem como escopo analisar o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de material genético como vertentes da dignidade da pessoa humana em dois direitos fundamentais, quais sejam: o direito à identidade e o direito à intimidade, respectivamente, os quais no caso de reprodução humana assistida heteróloga entram em aparente colisão de interesses. Diz-se aparente porque, numa interpretação sistemática levar-se-ão em linha de conta todos os aspectos e peculiaridades do caso concreto. Para tanto, buscar-se-á solução do aparente conflito através da técnica de ponderação de interesses.

Dessa forma, no presente artigo é fundamental utilizar-se da ponderação como critério para a solução do presente conflito de interesses fundamentais, recorrendo-se ao princípio maior da dignidade da pessoa humana como parâmetro para definição de que direito deve sobrepor-se ao outro.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

2.1 Evolução Histórica

Durante décadas da História o conceito de início e fim da vida humana esteve presente nos campos das ciências médicas, biológicas, filosóficas e religiosas, apresentando peculiaridades e noções fundamentais para a construção do conceito de pessoa. Existem relatos de que no século 5 a.C., os povos Gregos, já contribuíam para as pesquisas embriológicas (MACHADO, 2011, p. 28).

Quanto à reprodução assistida, a primeira inseminação artificial de que se tem registro, foi realizada no século XIV, pelos árabes, precisamente no ano de 1332, em éguas, utilizadas como técnica de guerra. Em 1776, foi registrada a primeira inseminação artificial pelo conhecimento científico, quando um naturalista italiano chamado Lazzaro Spallanzani realizou a primeira inseminação artificial em uma cadela,

a qual pariu três crias (SILVA, 2004). As investigações sobre inseminação artificial na espécie humana teve início em torno de 1790, baseadas nas formas utilizadas para a reprodução bovina, porém essa utilização não foi precisa, gerando baixo índice de sucesso (MOURA; et.al., 2009).

Segundo Machado (2011, p.29), foi a partir da descoberta de Dogues, em 1883, de que os ovários têm participação no processo de fecundação, os pesquisadores concluíram que a fertilização se constitui através da união do núcleo de um espermatozóide com o núcleo de um óvulo. A partir de então, com os avanços da ciência, as indagações e pesquisas passaram a se difundir, ocupando um lugar de extrema importância quando se fala em esterilidade.

Segundo Silva (2004), os primeiros sucessos de fertilização *in vitro* ocorreram aproximadamente em 1959, realizados pelo cientista Chang, através de técnicas aplicadas em coelhas. Porém, o auge da reprodução humana assistida, comenta Silva (2004), se deu em 25 de julho de 1978, quando nasceu na Inglaterra, na cidade de Oldham, o primeiro bebê gerado através da técnica de fertilização *in vitro*. Louise Joy Brown, concebida pelos gametas de seus pais, através do trabalho dos pesquisadores Patrick Steptoe e Robert Edwards. No mesmo ano nascia na Índia através do Dr. Saroj Kanti Bhattacharya, o segundo “bebê de proveta”.

Em São Paulo, no dia 07 de outubro de 1984, nascia Ana Paula Caldeira, através da técnica realizada pelo ginecologista Milton Nakamura, pioneiro em fertilização *in vitro* no Brasil. A partir de 1980, o nascimento dos bebês inseminados artificialmente deixou de se constituir acontecimento raro. Nesse mesmo ano foi criado na Austrália o primeiro banco de embriões congelados, e, em 1984, no mesmo país, nasceu Baby Zoe, o primeiro ser humano concebido a partir do uso de um embrião criopreservado (MACHADO, 2011, p. 30).

Hoje a reprodução humana assistida ganha relevante papel na sociedade, devido ao fato de o direito de procriar ser inerente a todos os seres humanos, contudo esse direito encontra barreiras, devido à inexistência de legislação que regulamente o tema.

2.2 Lineamentos Conceituais

Historicamente, a esterilidade sempre foi considerada um fator negativo na vida das pessoas, considerada desde os mais remotos tempos como motivos de degradação nos grupos familiares e sociais, que jamais cogitaram, que algum dia, alguém poderia

nascer por outro meio se não o da reprodução natural. Porém, graças aos avanços da medicina a possibilidade de gerar um filho aos casais estéreis tornou-se possível.

Os termos esterilidade e infertilidade são usados sem distinção, para indicar a incapacidade de reprodução, não obstante não seja o correto, por serem termos com significados diversos. Segundo Machado (2011, p. 30), a esterilidade, na maioria das vezes, significa a incapacidade definitiva de engravidar, se caracterizando pela impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível. Em contrapartida, o Pró-Criar, Centro de Medicina Reprodutiva de Belo Horizonte, define a infertilidade como a dificuldade em se alcançar a gravidez. Alguns consideram-na como a incapacidade de se levar a gravidez até próximo ao termo, ou seja, ao tempo viável para o nascimento e sobrevivência do recém-nascido. Sobre o tema em questão, a doutrinadora Maria Helena Machado (2011, p. 23) afirma que

A impossibilidade de procriar não atinge somente psicologicamente o indivíduo, como atinge diretamente o casal. Na mulher, priva-a insubstituível sensação do estado de mãe. Enquanto no homem, o atinge no que ele tem de mais profundo, causando-lhe graves desordens psicológicas e emocionais.

Dessa forma, é importante destacar, que tanto a esterilidade como a infertilidade, podem se originar de fatores femininos, como também masculinos, normalmente por um problema de ordem física ou até mesmo psicológica.

Para a Organização Mundial de Saúde (ABC da Saúde; Investigação de Infertilidade) a infertilidade é considerada como a ausência de concepção depois de um período de dois anos de relações sexuais com uma frequência adequada e sem qualquer proteção, sem que disso resulte gravidez. Enquanto a esterilidade se dá pelo período de um ano.

Destacam-se as causas de esterilidade, que podem ser referentes à má-formação congênita, na qual o indivíduo nasce com algum tipo de anomalia e aquelas decorrentes de doenças supervenientes ou da esterilização química ou cirúrgica.

Assim, as técnicas de reprodução humana medicamente assistidas surgiram como uma forma legítima para resolver os problemas criados pela esterilidade, deixando para trás qualquer tipo de frustração humana em se multiplicar e em se perpetuar pela procriação.

Nessa linha de intelecção, as juristas Andréa Aldrovandi e Danielle G. França citadas por Eliane Cristina da Silva (2002, p. 244) conceituam reprodução humana assistida:

A reprodução humana assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade.

Portanto, a reprodução assistida, também chamada de procriação medicamente assistida, em uma perspectiva simples e de fácil compreensão nada mais é do que o processo segundo o qual são utilizadas diferentes técnicas de reprodução humana. Corresponde à interferência do homem no método natural de procriação humana, independentemente da forma empregada. Qualquer que seja o conceito atribuído à reprodução humana, o aspecto que deve ser considerado são as conseqüências dessas técnicas às relações jurídicas.

2.3 Principais métodos de reprodução humana assistida

O anseio de ter filhos é inerente ao ser humano desde os tempos mais antigos. Todavia, devido a problemas de diversas origens, a vontade de ter um filho nem sempre pode ser concretizada de forma natural e foi devido à inclusão dos direitos reprodutivos no rol de direitos fundamentais que o tratamento para os casos de infertilidade passou a ser função também do Estado, conforme Art. 226, § 7º da CF (Constituição Federal), *in verbis*:

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Nesse sentido, a Resolução de nº 1.957/2010 do CFM, Conselho Federal de Medicina, trouxe algumas modificações em relação à antiga de nº 1.352/92, sendo uma das normas que trata expressamente da reprodução humana assistida. Em seu artigo 1º de sua primeira seção, delinea as técnicas usadas: “1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas”. Verifica-se, conforme o teor dessa norma, que apenas serão utilizadas as técnicas de reprodução assistida quando ocorrer o insucesso das técnicas naturais.

Porém, essa Resolução do CFM (Conselho Federal de Medicina) apenas disciplina procedimentos éticos a serem observados pela categoria médica, sendo indispensável à existência de preceitos que estabeleçam quais os casos em que se deve utilizar a reprodução artificial como também quais as pessoas que poderão se valer desses métodos.

É importante destacar, consoante já comentado, que com o rápido desenvolvimento da ciência, os casais inférteis já dispõem de várias técnicas para resolverem o problema de esterilidade, sendo as mais comuns a Inseminação Artificial e a Fertilização *in vitro*.

2.3.1 Inseminação artificial

A expressão inseminação deriva do latim, formada pela preposição “*in*” mais “*semirare*”, que significa “semente”. O adjetivo “artificial”, que também deriva do latim, “*artificialis*”, por sua vez, significa “feito com arte”.

Regina Fiúza e Severo Hryniewicz (2008, p. 92) assim conceituam:

A técnica da Inseminação Assistida é relativamente simples e consiste na introdução do esperma na vagina, por meio de uma cânula. É a técnica mais antiga, que teve um longo processo de desenvolvimento e não causou grandes polêmicas desde que foi desenvolvida.

Portanto, denomina-se inseminação artificial ou fecundação *in vivo* a introdução de esperma no interior do canal genital feminino, feita diretamente no corpo da mulher, por procedimentos mecânicos, sem que tenha havido aproximação sexual do casal, com o fim de originar um ser humano. Machado (2011, p. 32), conceitua inseminação artificial:

A inseminação artificial também denominada “concepção artificial”, “fertilização artificial”, além de outras denominações utilizadas, consiste no procedimento técnico-científico de levar o óvulo ao encontro do espermatozóide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não a do relacionamento sexual.

Destarte, a inseminação artificial pode ocorrer através de quatro formas: Inseminação Artificial Intravaginal, Inseminação Artificial Intrauterina, Inseminação Artificial Intraperitoneal ou Inseminação Artificial Intrauterina – GIFT – (MACHADO, 2011, p. 32).

Ocorre a inseminação intravaginal quando o esperma fresco é depositado no fundo da vagina através de uma seringa plástica, enquanto a inseminação intrauterina ocorre com a inserção dos espermatozóides, por meio de uma sonda, diretamente na cavidade uterina da mulher, que dirigem-se às Trompas de Falópio em busca de um óvulo para fecundar. Já a inseminação intraperitoneal, é aquela em que os espermatozóides são introduzidos por meio de uma microagulha, diretamente no líquido intraperitoneal, através de uma injeção aplicada dentro da cavidade abdominal da mulher para que as próprias trompas capturem os espermatozóides, a fim de fertilizar o óvulo. Por fim, tem-se a inseminação artificial intratubária (GIFT) que é aquela em que os dois gametas, óvulo e espermatozóide, após uma estimulação química, são coletados assim como na primeira etapa da fertilização *in vitro* e depois são transferidos para as tubas uterinas onde ocorre a fecundação.

É importante destacar que a inseminação artificial ou fecundação *in vivo* difere-se da fertilização *in vitro*, uma vez que, explica Machado (2010, p. 33), nesta o encontro do espermatozóide com o óvulo não ocorrerá na trompa, mas no laboratório, em um tubo ou em cultura laboratorial. A fecundação artificial, segundo Bernard (1994, p. 73 e 81) foi o primeiro exemplo de procriação medicamente assistida, sendo atualmente uma das técnicas mais utilizadas, por se afigurar uma das de mais simples aplicação. Trata-se de uma verdadeira revolução biológica, ética e social.

2.3.2 Inseminação artificial homóloga

Considera-se inseminação artificial homóloga aquela na qual a fecundação acontece pelo sêmen do cônjuge ou companheiro da respectiva mulher que o receberá.

Maria Helena Machado (2011, p. 34) ao tratar do tema afirma:

Se a introdução do sêmen é feita na futura mãe pode-se distinguir a inseminação em: homóloga ou heteróloga. A inseminação é homóloga se existe um casal na iniciativa da procriação e o sêmen provém do varão. Sempre que o sêmen for de um doador ocorre a inseminação heteróloga.

A inseminação artificial homóloga em tese não gera problemas quanto à filiação, já que os pais que assumirão a criança são os mesmos que doaram o material genético, além de não modificar a hereditariedade biológica da criança.

2.3.3 Inseminação artificial heteróloga

Entende-se por inseminação artificial heteróloga aquela em que o sêmen utilizado é de terceiro, e não é do cônjuge ou companheiro da mulher inseminada. Trata-se de técnica utilizada por vários motivos de esterilidade masculina, tais como: por ausência completa de espermatozóides (azoospermia), por obstruções nas vias excretoras dos testículos (azoospermia excretora), por hipofertilidade, por motivos de anomalias morfológicas, por motivações genéticas, bem como por portar o vírus HIV (MACHADO, 2010, p. 32).

Nesse sentido, afirma Machado (2010, p. 33):

O cônjuge ou companheiro que não produzir espermatozóides ou produzi-los em número inferior ao necessário para que ocorra a fertilização, poderá resolver o seu problema de infertilidade, utilizando-se de espermatozóides de doadores, através dos bancos de sêmen. Neste caso, tem-se uma inseminação artificial heteróloga.

Diferentemente da inseminação artificial homóloga, a heteróloga gera complexos problemas jurídicos, por gerar dúvidas ainda não abordadas pela legislação brasileira, como a questão da possibilidade de a pessoa concebida mediante aplicação dessa técnica vir a buscar sua origem genética, invalidando assim, alguns princípios da Medicina quanto ao anonimato do doador de gametas.

2.3.4 Fertilização *in vitro*

Fertilização *in vitro* ou fivete como também é conhecida, é uma das técnicas de reprodução assistida onde o óvulo e os espermatozóides são fecundados fora do corpo da mulher, sendo posteriormente colocado no útero da mesma o embrião alcançado para que ali se desenvolva. Para que este processo ocorra, se faz necessária a passagem pelas seguintes etapas: primeiro necessita-se da indução da ovulação; em seguida, se realiza a punção folicular e cultura dos óvulos; depois, a coleta e preparação do esperma; por fim, completa-se com a inseminação e cultura dos embriões.

A doutrinadora Juliane Fernandes Queiroz (2001. p. 74) explana o procedimento de FIV sendo “um procedimento pelo qual o óvulo é removido de um folículo e fecundado por um espermatozóide fora do corpo da mulher, em meio artificial adequado para se iniciar a reprodução celular, quando então, o embrião será implantado no útero materno”

Conforme estatuído pelo CFM, o máximo de embriões a serem transferidos ao útero da mulher que deseja engravidar são quatro, conforme art. 6º da Resolução de nº 1.957/10:

6 - O número máximo de ovócitos (TESTART, 1995, p. 120) de embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões (Resolução do CFM, D.O.U. 06/01/2011).

Similar à inseminação artificial, a fertilização *in vitro* homóloga consiste em fecundar o óvulo da mulher com o próprio sêmen do marido ou companheiro, porém, diferentemente daquela, a mesma ocorrerá em laboratório, fora do corpo da mulher que será inseminada. Esse tipo de fertilização não traz maiores problemas ao ordenamento jurídico, uma vez que a paternidade biológica será a mesma que a legal. Ocorre que na fertilização *in vitro* heteróloga, o material o qual será utilizado para a fecundação é de terceiro, estranho àqueles que serão pais sócioafetivos da criança gerada. Tal fecundação propicia sérios problemas éticos-jurídicos do mesmo modo que a modalidade heteróloga de inseminação artificial.

3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA

Com a possibilidade da realização de reprodução assistida heteróloga em que se é possível procriar sem a contribuição genética de um dos cônjuges ou companheiro, se faz imprescindível estabelecer critérios para solucionar os consequentes efeitos jurídicos gerados com a referida técnica no que diz ao direito de conhecimento à origem genética e ao direito ao anonimato do doador de gametas.

Conforme leciona Heloísa Helena Barboza (1993, p. 79) a reprodução artificial de um modo geral, leva a repensar o conjunto de instituições estruturais do Direito, tais como: família, filiação e direitos sucessórios, especulando-se assim quais os critérios mais eficientes para decisões concretas de difícil análise sobre os questionamentos de índole jurídica.

No Brasil não existem normas que regulamentem a matéria em comento, gerando complexos problemas, vez que a Resolução do CFM, nada mais é que um regulamento interno, dotado de princípios gerais que devem ser seguidos pela classe

médica, não esclarecendo e muito menos solucionando problemas inerentes à ordem jurídica.

Neste sentido comenta Olga Jubert Krell (2011, p. 162, 63):

Enquanto não houver no Brasil uma lei específica disciplinando os efeitos jurídicos da filiação originária da reprodução assistida, a construção teórica do modelo de paternidade-maternidade e filiação decorrente da reprodução assistida heteróloga deverá conjugar aspectos dos outros dois modelos – adoção e a filiação clássica –, sempre procurando compatibilidade e harmonia, observando-se os princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais e aplicáveis.

Assim, pode-se afirmar que o desenvolvimento de técnicas de reprodução medicamente assistida acarretou grandes alegrias aos casais que desejavam, mas não podiam ter filhos. Contudo, o desenvolvimento científico que possibilitou tais avanços não poderia deixar de estar acompanhado por questionamentos de ordem moral, religiosa, científica e principalmente jurídica, vez que as técnicas de reprodução assistida envolvem vidas, tanto daqueles que desejam ser pais, quanto daqueles que virão a ser filhos, sendo imprescindível a normatização que regulamente a matéria.

3.1 Direito ao anonimato do doador de gametas

Para que ocorra a reprodução assistida heteróloga se faz necessário que se tenha bancos de sêmen, pois o sêmen a ser utilizado para a fecundação do óvulo será de terceiro. Nesse contexto, os bancos de sêmens são fundamentais para a conservação do material genético humano, sendo sua finalidade manter armazenados os sêmens, por tempo indefinido, congelados em um botijão de nitrogênio líquido, para a realização de técnicas de reprodução humana assistida, tanto para as técnicas homólogas (caso, por exemplo, de homens que farão vasectomia), tanto para inseminações heterólogas (em que o sêmen será de um doador).

Cumprе ressaltar que as informações contidas em bancos de sêmen, se dividem em dois grupos: para fins terapêuticos, como no caso das inseminações homólogas, para as quais será mantido congelado o sêmen de homens que irão, por algum motivo, se submeter a tratamentos, que poderão acarretar a infertilidade, por exemplo, ou um tratamento de quimio ou radioterapia; e os bancos de sêmen, para fins de doações anônimas, destinados à inseminação heteróloga, pela necessidade de o material

fecundante ser de terceiro estranho ao casal, em razão de infertilidade insuscetível de tratamento.

Comenta Mendes (UNIVALE, 2006), no Brasil, a doação de espermatozoides, diferentemente de alguns países europeus, deve ser totalmente sem interesse de se manter qualquer relação com a criança a ser gerada, porém, apesar de ser garantido o anonimato, exige-se um registro para facultar identificação futura em caso de necessidade.

Segundo determinação do art. 2º e 3º do item IV, da Resolução nº 1.957/2010 do CFM, deve ser garantido o anonimato do doador, assim como também dos que receberão o material doado. Observe-se:

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

O anonimato gera grandes discussões devido à possibilidade jurídica de o mesmo ser quebrado para que se esclareça a origem genética da pessoa gerada via inseminação artificial heteróloga, uma vez que essa possibilidade entra em conflito com o direito à intimidade do doador, que teria a identidade revelada.

Assevera Donizetti (2007. p. 120):

No âmbito do Direito, os argumentos desfavoráveis ao anonimato do doador são de ordem constitucional, porquanto esteados no entendimento de que a imposição dessa obrigatoriedade atenta contra a Lei fundamental. Para essa corrente, a observância do anonimato do doador de gametas pelos “estabelecimentos” que cuidam da infertilidade, bem como para aqueles que fazem a doação do material, contraria o princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo eles, atinge tanto a criança, que nascerá com a utilização do material recebido, quanto o próprio doador. A dignidade da criança é lesionada quando é retirado o direito de ter acesso às suas origens, uma vez que ao privá-la desse conhecimento ela é quase que transportada para o mundo animal. Afinal, o que diferencia a reprodução dos seres humanos e dos animais é o conhecimento das origens e a vinculação que se estabelece com quem lhe concedeu.

O referido sigilo é justificável uma vez que a quebra do mesmo pode gerar grandes conseqüências não só para o doador do material fecundante, como também para o filho concebido pela referida técnica. Conforme explica Guilherme Calmon (2003a, p. 903):

O anonimato dos pais naturais - na adoção – e na pessoa do doador – na reprodução assistida heteróloga – se mostram também necessários para permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção do melhor interesse da criança ou adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da discriminação e estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto de procriação assistida heteróloga.

Entende-se, portanto, que o doador de gametas tem direito a manter este ato em sigilo, ou seja, na intimidade, de forma que as outras pessoas dele não obtenham informação.

Conforme indica Mendes (UNIVALE, 2006), os favoráveis ao anonimato, sendo na maioria das vezes juristas, cientistas e médicos, indicam por estudos e pesquisas, ser o anonimato mais benéfico. Apontam, ainda, a dificuldade que se cria, com a possibilidade de investigação, o risco de se desaparecerem os doadores (o que ocorreu na Suécia) e o aspecto negativo da existência de vínculo afetivo entre o doador e a criança.

Em suma, é de grande relevância que a quebra do sigilo da identidade do doador de gametas que deu origem à outra pessoa seja prevista em lei, assim como as demais regras pertinentes às técnicas de reprodução assistida humana, contudo, observados certos critérios como maturidade suficiente do interessado (recomenda-se maioridade civil) e a necessidade da obtenção dessa informação.

3.2 Direito à origem genética

No Brasil, a identidade é considerada como um dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres humanos, inserido no âmbito dos direitos da personalidade. Esta identidade compreende todos os caracteres da pessoa como indivíduo, seja em sua história genética, seja em sua história pessoal. Nessa senda, o doutrinador Paulo Otero (1999, p. 90) defende que a garantia constitucional da identidade genética do ser humano conduz, necessariamente, ao princípio da verdade biológica.

No que tange ao direito à identidade pessoal, Olga Jubert Krell (2011, p. 74) afirma:

Assim, o direito à identidade pessoal envolve um direito à historicidade pessoal, para que cada um possa saber como foi gerado, a identidade civil de seus progenitores e conhecer o seu primogênito genético, o que pode ser essencial para a prevenção e mesmo cura de doenças hereditárias. É correta a afirmação de que “a bobagem genética é hoje parte da identidade da pessoa”.

Visto assim, a fórmula identidade genética compreenderia também o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores.

De um lado é defendido o direito ao anonimato do doador de gametas para a prática de inseminação artificial heteróloga, por outro, se depara com o direito dado à criança de conhecer sua origem genética. Autores renomados como Belmiro Pedro Welter (2003, p. 229) defendem este direito, sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, que aduz: “Em qualquer caso, o filho, o pai e a mãe têm o direito de investigar e/ou de negar a paternidade ou a maternidade biológica, como parte integrante de seus direitos de cidadania e de dignidade de pessoa humana.”

Entende-se, do mesmo modo, o direito ao conhecimento da origem genética como decorrente do disposto no art. 227, § 6º da CF de 1988, que aduz que todos os filhos terão os mesmos direitos e qualificações. Seguindo essa linha de raciocínio, deve-se dar à criança gerada pela técnica de reprodução assistida heteróloga o direito de conhecer sua origem da mesma forma que outro indivíduo nascido de relações sexuais tem conhecimento.

Segundo entendimento de Olga Jubert Krell (2011. p. 186),

No tangente à especialidade da fecundação artificial heteróloga, o anonimato do doador pode ser quebrado, assim como o anonimato do pai biológico na adoção por ação de estado, que garanta ao filho o direito à personalidade e ao conhecimento da sua origem genética, para poder verificar doenças hereditárias e evitar impedimentos matrimoniais.

Assim é outro entendimento que defende o direito ao conhecimento da origem genética, com fundamento no direito da personalidade, tanto em relação ao direito à vida, quanto no que respeita o direito à identidade. Salienta-se no que respeita ao direito à vida e à integridade física, deve-se considerar essa possibilidade, uma vez que devido ao desenvolvimento da Medicina nos últimos anos, é possível se evitar e até mesmo curar doenças genéticas que dependam da análise da origem biológica.

Nessa acepção ensina Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 525):

O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida.

Quanto ao direito à identidade, afirma Lôbo que na busca da identidade genética, há apenas a procura pelo procriador ou genitor, que em nada altera o vínculo da

paternidade já existida. Neste contexto, Silmara Juny de Abreu Chinelato, citada por João Roberto Moreira Filho (2002), afirma que

O “direito à identidade genética” não significa a desconstituição de paternidade dos pais sociafetivos. Hoje, enfatiza-se a importância da paternidade socioafetiva e a denominada “desbiologização” da paternidade. E o filho só conheceria os pais biológicos se quisesse. O que não se pode é negar o Direito de Personalidade à identidade e fazê-lo crescer sob uma mentira, como alertam os psicólogos. Um simples exame de tipo sanguíneo pode destruir toda a fantasia de que a criança é filha biológica de um casal.

Não é diferente o posicionamento do STJ (REsp nº 127.541/RS, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10.04.2000, Diário de Justiça 28/8/2000), o qual em acórdão inédito decidiu que uma pessoa vinculada à outra pela adoção poderia investigar a sua paternidade com base nos dados biológicos. *In verbis*:

ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA.

Segundo Olga Jubert Krell a decisão merece destaque, porque identifica a existência de dois direitos fundamentais que colidem: o direito ao conhecimento da origem genética e o direito à identidade familiar, que permanecerão inalterados (2011, p. 85).

Assim sendo, ao filho gerado artificialmente e ao filho adotado apenas seria possível o direito ao acesso às informações genéticas, o que significa dizer que em ação própria não se buscaria o estado de filho, tentando impugnar o vínculo jurídico estabelecido, mas, sim o direito ao conhecimento de sua origem genética de forma a evitar ou tratar doenças hereditárias e para se impedir o caso de incesto.

Nessa esteira lembra Olga Krell (2011, p. 188) que

É dado à pessoa gerada artificialmente ingressar com ação de estado para assegurar o seu direito da personalidade ao conhecimento da origem genética, sem que isso altere a filiação já estabelecida. Ao mesmo tempo, não caberia ao filho o direito de ingressar com ação para contestar a paternidade originária de reprodução heteróloga, sendo esta, privativa do marido da mãe, assim como ocorre nos casos de reprodução natural.

Vale destacar que não restam dúvidas de que ambos os interesses, seja o do doador de gametas ou o da criança gerada, encontram abrigo no texto constitucional, tem-se portanto uma colisão de direitos fundamentais.

3.3 Razões que levam o filho sócioafetivo a buscar sua origem genética

Através da técnica de reprodução assistida heteróloga, não se pode, baseando-se no princípio da igualdade, ao determinar a paternidade e maternidade da criança concebida em favor dos pais sócioafetivos, olvidar que além dos pais, a criança também possui interesses, dentre os quais, buscar sua própria origem genética. Conforme elenca Cândido (jus.uol, 2007), quatro são as principais hipóteses para que surja este interesse:

- 1- A falta de um pai ou de uma mãe juridicamente estabelecido quando a técnica foi utilizada só por um indivíduo;
- 2- Pode também ser movido pela vontade de ver desconstituída a paternidade anteriormente estabelecida, seja por ambição material, seja por desentendimentos com os que lhe criaram;
- 3- Pode surgir da necessidade de se analisar o material genético de seu ascendente para preservar a saúde do filho sócioafetivo;
- 4- Como pode também ter como partida a mera curiosidade sobre aquele ou aqueles que permitiram a concretização do projeto parental daqueles que reconhece como pais.

Na primeira hipótese, o argumento de Cândido, é o de que a CF em seu art. 226, § 4º, reconhece como entidade familiar "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes", sendo assim seria uma incoerência reconhecer a família monoparental, e em contrapartida excluir as pessoas solteiras da possibilidade de serem beneficiárias das técnicas de reprodução medicamente assistida. É o que regulamenta o art. 3º da Lei nº 9.263/96, que regulamenta o direito constitucional ao planejamento familiar:

Art. 3º. O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único. As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção.

Destaca-se que diante da possibilidade legal de os solteiros se beneficiarem dos referidos métodos de reprodução humana assistida, surgirão pessoas nascidas destas técnicas, que venham requerer o conhecimento biológico de seu pai biológico, uma vez que a figura paterna, assim como a materna, são indispensáveis para o desenvolvimento íntegro de qualquer pessoa. Ocorre que o direito ao conhecimento da ascendência genética nestes casos não é tema pacífico, considerando que alguns doutrinadores reconhecem o direito do filho e outros não. Sintetiza Silmara de Abreu Juny Chinelato apud Moreira Filho (jus2, 2002) que

Ter direito ao reconhecimento da origem genética não significa subjugação, discriminação ou preponderância da filiação biológica em face da filiação socioafetiva, pois tal entendimento só seria relevante quando tratamos da discussão travada em um conflito positivo de paternidade, mas, ao tratar de uma criança que não terá pai algum e desejando conhecer seus verdadeiros pais, nada mais lógico que se reconheça esse direito.

Assim, importante se faz destacar que o reconhecimento do doador do material fecundante que possibilitou a aplicação da técnica de reprodução assistida não implica impor vínculos familiares, sendo que existe uma grande diferença em mero conhecimento de sua origem genética para o reconhecimento de paternidade.

De igual maneira, é o entendimento da doutrinadora Olga Jubert Krell (2011, 162):

Pode-se afirmar que o doador do material fecundante será o genitor da criança sob o prisma biológico, as não poderá ser considerado pai, diante da ausência de qualquer objeto de integrar o projeto parental consistente na formação e desenvolvimento da criança a ser concebida.

No que tange à segunda hipótese de que o filho gerado via técnica de reprodução assistida pode ser movido pela vontade de ver desconstituída a paternidade anteriormente estabelecida, seja por ambição material, seja por desentendimentos com os que o criaram, há de ser desconsiderada, uma vez que seria comum o filho requerer a paternidade biológica apenas visando ganhos financeiros.

A hipótese seguinte diz respeito à necessidade de se analisar o material genético de seu ascendente, útil à manutenção da vida do ser gerado, levando-se em conta o atual

progresso da medicina ao permitir que doenças possam ser poupadas quando se tem informação da carga genética da pessoa a ser tratada.

O mesmo ocorre com a questão do incesto, não apenas pela impossibilidade de união civil, também podendo ser investigado para prevenção de doenças, já que se sabe que os filhos advindos de casais com certo grau de parentesco podem vir a nascer com problemas genéticos.

Por fim a quarta e última hipótese é relativa à curiosidade da criança sobre aquele que doou o material genético para que o mesmo fosse gerado, o que é para uma parte da doutrina possível, uma vez que se faz necessário conhecer a ascendência como forma de compor a própria personalidade, porém conforme já aludido acima, o assunto não está pacífico na doutrina, conforme esclarece Cândido (2007):

Afirma esta parte da doutrina que o argumento em que se baseiam os defensores do direito ao conhecimento, que se funda nos direitos de personalidade, alegando a necessidade do ser gerado de forma heteróloga de conhecer sua origem como meio para formar sua própria identidade, não é forte o bastante, pois inúmeras crianças crescem em famílias monoparentais e formam sua identidade, de forma que o conhecimento da própria origem não é imprescindível elemento construtor da personalidade humana.

Diante do exposto, independente do ensejo pelo qual nasce o interesse da criança em conhecer sua ascendência genética sempre haverá um impedimento à realização de sua vontade: o anonimato do doador determinado na única regulamentação a respeito da aplicação das técnicas de reprodução medicamente assistida, a Resolução nº 1.957/2010 do CFM.

Então, depara-se com o seguinte conflito: enquanto a Resolução do Conselho Federal de Medicina aplica o direito ao anonimato do doador de gametas, constituído no direito fundamental à intimidade, a doutrina jurídica entende que o direito do ser gerado de conhecer sua ascendência genética faz parte dos direitos fundamentais inerentes à personalidade. O conflito envolve dois direitos fundamentais, como se verá a seguir.

4 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS COMO SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE INTERESSES: DIREITO AO ANONIMATO E DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA

Primeiramente, antes mesmo de entrar no mérito da colisão de interesses quanto ao direito ao anonimato e ao direito ao conhecimento da origem genética, faz-se mister entender os aspectos que envolvem tais direitos. Inicialmente, cabe um breve comentário sobre a essencialidade dos direitos existenciais.

Em sentido conceitual, direitos existenciais conforme Bruno Galindo (2003, p. 48) são aqueles direitos imanentes, inerentes a todos os seres humanos em qualquer época ou lugar. São os direitos relativos à dignidade da pessoa humana, como ensina Boechat Cabral (2011, p. 30):

Direitos dessa natureza são absolutamente essenciais ao desenvolvimento da pessoa, sendo sua preservação de altíssima importância na atual perspectiva dos direitos da personalidade. Esses direitos formam o núcleo protegido e resguardado de direitos da personalidade, ao qual se denomina cláusula geral de tutela da personalidade. Direitos esses que derivam, como já comentado, da dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos existenciais, tem-se, por sua vez, a dignidade da pessoa humana, a princípio consistente em um valor essencial, reconhecido a cada indivíduo, cujo alicerce é uma obrigação geral de respeito à pessoa, que se traduz em um elenco de direitos e deveres correlatos, conforme leciona Wolfgang Sarlet (2002, p. 62):

A qualidade intrínseca e distintiva de 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.

No mesmo sentido estão os ensinamentos de Alexandre de Moraes (2008, p. 21), como sendo dignidade da pessoa humana, unidade de direitos e garantias fundamentais, inerente à personalidade humana.

Insta destacar, a partir da Constituição Federal da República de 1988, a dignidade da pessoa humana, elencada em seu artigo 1º, inciso III, passou a ser verdadeira cláusula geral, apta a tutelar todas as situações envolvendo violações à pessoa, ainda que não previstas taxativamente. Assim, comenta Cabral (2010, p. 69), o constituinte ao dispor a dignidade da pessoa humana de uma maneira tão elevada, acabou assentando a personalidade e suas emanções como de valor inigualável. E ainda afirma, que ao conferir tratamento de tamanha primazia à personalidade e os direitos a ela inerentes, a Constituição demonstra especial preocupação com a pessoa humana e a tutela de seus direitos.

Nessa linha de intelecção, Cristiano Chaves e Simões (2010, p. 163) denominam direitos da personalidade como sendo aqueles direitos considerados essenciais à pessoa

humana, sendo assim, tudo aquilo que se mostre essencial para que o ser humano venha atingir sua plenitude como cidadão e, dessa forma, respeitando o princípio maior da dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade como tal, visam à proteção dos modos de ser da pessoa, das projeções físicas e não físicas das pessoas, ou seja, de seus atributos personalíssimos, os quais são essenciais.

Portanto, conceitua Maria Helena Diniz (2002, p. 119):

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito a personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar as condições do ambiente, em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Por derradeiro, os direitos da personalidade estão profundamente ligados à pessoa, que manifesta capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações. Essa aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que demonstra uma conquista jurídica. Como o homem é o sujeito das relações jurídicas e a personalidade a capacidade a ele conhecida, é correto dizer então, que todo homem é dotado de personalidade. Atualmente, o direito adota os direitos de personalidade na acepção de universalidade, e o Código Civil abraça essa noção ao assegurar que todo homem é capaz de direitos e obrigações, aplicada a palavra homem no sentido de todo ser humano, sem qualquer distinção de sexo, idade ou condição social.

Dessa forma, é importante destacar que o direito à identidade genética e o direito ao anonimato do doador de material genético são vertentes de dois direitos fundamentais, quais sejam, o direito à personalidade e o direito à intimidade, os quais no caso de reprodução humana assistida heteróloga entram em colisão de interesses.

4.1 O Anonimato como direito fundamental à intimidade

A princípio se faz necessário esclarecer que ao contrário do que possa parecer, intimidade e privacidade do ponto de vista jurídico não são palavras sinônimas, uma vez que a intimidade é um termo de sentido mais restrito em relação à privacidade.

Acerca do tema ensina Alexandre de Moraes (2008, p. 53) que

Intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Nesse sentido, compreende-se como direito à intimidade a esfera de proteção ao que há de mais íntimo na pessoa, ou seja, as aspirações, pensamentos, ideias e sentimentos. É o que pertence exclusivamente e essencialmente ao indivíduo para o desenvolvimento pleno de tais faculdades (ANDRADE, p. 4). Por sua vez, a privacidade seria em uma primeira aproximação, tudo o que não pertença ao âmbito da intimidade, mas que, por sua vez, não transparece à esfera pública, portanto, aquela seara da vida que pressupõe interação com pessoas que estão ligadas ao indivíduo de forma mais intensa, seja por razões familiares; ou de contato diário, como os colegas de trabalho; ou por afinidade, como no caso dos amigos íntimos (PEREIRA, 2003, p. 140).

Nessa esteira, enfatiza Alexandre de Moraes (2008, p. 53), o direito à intimidade e à vida privada apresentam-se, como o direito de que gozam os indivíduos de defenderem e preservar uma esfera íntima em suas vidas, tanto a esfera mais exclusiva (intimidade), como o âmbito de fatos e acontecimentos compartilhados com pessoas íntimas (vida privada), dando possibilidade às pessoas de um modo geral para que desenvolvam com liberdade e plenitude sua personalidade livre da interferência de terceiros.

No caso em tela, conforme já mencionada, a Resolução 19.57/2010 do CFM é a única norma que regulamenta administrativamente a reprodução assistida, que sobrepõe o direito à intimidade do doador ao direito da pessoa gerada mediante a utilização dessa técnica a conhecer sua origem genética. Nessa perspectiva, o direito à intimidade consiste no impedimento de qualquer forma de publicação dos dados de essência da pessoa, sem a devida autorização desta, no sentido de que todos têm o direito à ressalva sobre o conhecimento de sua vida íntima.

E não é outro o entendimento de Natalie Cândido (2007):

Em outras palavras, a intimidade é a autonomia inerente ao ser humano de preservar os aspectos íntimos de sua vida, e tanto o direito à intimidade, quanto à vida privada, referem-se à liberdade de que deve gozar o indivíduo. Assim sendo, não poderia haver entendimento diverso nos casos de Reprodução Humana Assistida, nos quais o doador de material genético tem o direito de manter em segredo a sua identidade, preservando a sua intimidade.

Assim, como na resolução do CFM, a CF, em seu art. 5º, inciso X, prevê o direito à intimidade, no qual se insere a proteção ao anonimato do doador de gametas, que diz ser inviolável "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas,

assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Portanto, é a partir desse entendimento que o doador de gametas tem direito ao sigilo, à intimidade, sendo esse direito garantido pelo ordenamento jurídico, e amparado como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

4.2 O direito ao conhecimento à origem genética na perspectiva dos direitos fundamentais

O direito ao conhecimento à origem genética é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, já que é fundado no direito de personalidade, garantido à pessoa já que se trata de um direito fundamental. Como reflexo da tutela dos direitos da personalidade, é mostra-se um assunto bastante delicado, já que o remete às suas próprias origens, aos seus pais biológicos. Nessa acepção, preleciona Selma Rodrigues Petterle (2007, p. 87):

Em que pese o direito fundamental à identidade genética não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De tal sorte, o fio condutor aponta o norte da continuidade desta investigação: a cláusula geral implícita de tutela das todas as manifestações essenciais da personalidade humana.

As ponderações sobre o direito à identidade genética cogitam no conceito de identidade pessoal, de noção de semelhança da pessoa com os demais membros da família, a exemplo dos demais membros da sociedade, um referencial construído ao longo da vida, por meio de relações recíprocas que envolvem elementos genéticos do ser humano como um ser original e único, eis que seu patrimônio genético lhe garante exclusiva estrutura física e psíquica, em constante construção no âmbito das relações interpessoais.

Conforme assinalado, o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo de todo o ordenamento jurídico, é a norma principiológica jurídica informadora dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na CF, sendo que esses direitos fundamentais encontram-se circunscritos em um núcleo, uma cláusula geral, de

conteúdo aberto, autorizando que novos direitos fundamentais sejam estabelecidos e relacionados.

De modo que o direito à identidade genética, segundo Fabríz (2003, p. 349) é um dos exemplos dessa nova gama de direitos que está diante do judiciário em busca de positivação, normatização e concretização na esfera do ordenamento Jurídico vigente, pois a identidade genética surge como um bem jurídico fundamental a ser tutelado constitucionalmente. Além de buscar a consagração dentro do ordenamento jurídico, é considerada uma expressão da dignidade humana.

Como bem assevera Pertelle (2007, p. 176, 177):

Quando a doutrina faz referência ao direito fundamental à identidade genética, busca salvaguardar a constituição individual, a identidade genética única e irrepetível de cada ser humano, justamente para evitar leituras reducionistas, notadamente à luz dos novos conhecimentos científicos. Aliás, somente uma proteção jurídica reforçada poderá evitar visões reducionistas do ser humano.

Nessa concepção negar à pessoa o direito de investigar suas origens genéticas e históricas é negar-lhe a sua própria identidade, uma vez que o direito à identidade genética é um direito fundamental personalíssimo, portanto, insuscetível de renúncia.

Desta forma, é importante destacar a nova redação dada ao Estatuto da Criança e do Adolescente, com a implementação da Lei 12.010/2009, que em seu artigo 48 esclarece:

Artigo 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.
Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Desse modo, o legislador acabou por sedimentar um direito personalíssimo do adotado, fundamental para a construção da sua história de vida que, embora tenha ocorrido na maior parte o convívio com a família adotiva, é notória a participação da sua ascendência biológica para a solidificação de sua história individual.

Em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, diretriz constitucional na invocação dos direitos fundamentais e dos direitos decorrentes da personalidade humana e em benefício da proteção à integridade psíquica do adotado, a

denominada Lei Nacional da Adoção acertou no enunciado da regra jurídica 48, solidificando o direito do adotado de conhecer a identidade dos seus genitores.

Segundo Krell, (2011, p. 165) alguns doutrinadores entendem, por uma interpretação analógica, que em se tratando de Reprodução Assistida Heteróloga, não é diferente, uma vez que conforme já mencionado o direito ao reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo da criança, não sendo passível de obstaculização, renúncia ou disponibilidade por parte dos genitores. Portanto, ao conceder à pessoa o direito de conhecer sua verdadeira identidade genética, está-se reconhecendo o exercício pleno de seu direito de personalidade e a possibilidade de buscar nos pais biológicos as explicações para as mais variadas dúvidas e questionamentos que surgem em sua vida, além das questões biológicas já ressaltadas no item 3.3 do presente artigo.

Segundo Moreira Filho (2002), se for vontade do filho, seja por ato próprio, assistido ou representado, ele poderá a qualquer tempo, em face da imprescritibilidade de seu direito, investigar a sua origem genética sem que isso constitua diminuição, discriminação ou desconsideração da filiação socioafetiva, porventura formada e sem que implique quaisquer outros direitos inerentes à filiação que não o do reconhecimento genético.

Tendo-se em linha de conta que essa possibilidade, atendendo aos direitos da personalidade daquele que anseia por conhecer sua origem biológica, sem desconstituir os vínculos socioafetivos, afigura-se bastante interessante, se o interessado tiver maturidade e o fato não lhe gerar transtornos de ordem psicoemocional.

4.3 A Ponderação de Interesses nos Direitos Fundamentais

Segundo a clássica formulação de Kelsen (2002, p. 162) o ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas, segundo o qual todas as normas extraíam sua validade de uma mesma norma fundamental. Sendo assim, é a CF de 1988, a Lei Maior, que confere a necessária coesão ao ordenamento jurídico como fonte de validade. No mesmo sentido, Cabral e Andrade (2011, p. 09) afirmam que “pacífica se encontra a superioridade normativa da vigente Constituição Federal em relação às demais leis, devendo estas conservar uma relação de subordinação àquela, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, é importante destacar que é a própria CF a guardiã de um sistema aberto de princípios e regras que vão orientar todo o ordenamento jurídico.

Ocorre que, em se tratando de regras, quando se depara com duas regras que aparentemente incidem sobre uma determinada hipótese fática, contrariando-se, a solução dar-se-á pelos três critérios clássicos apontados por Bobbio (1996, p. 130) e aceitos quase universalmente: o cronológico, hierárquico e o da especialidade. Porém, quando se tratam de princípios fundamentais, o mesmo não ocorre, uma vez que se pode afirmar que de uma maneira geral não existe hierarquia entre princípios constitucionais. Assim, para a solução da referida colisão entre princípios fundamentais, far-se-á necessário o uso da técnica da ponderação de interesses, na qual devido a certas circunstâncias, um princípio fundamental, prevalecerá sobre o outro e terá precedência, naquele caso, porém sempre buscando a concordância de ambos de uma maneira harmônica e equilibrada.

Portanto, conforme ensinam Adriana Moraes Ferreira e Karla Corrêa Cunha (2008), partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais em questão (intimidade e conhecimento da origem genética) baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a mesma forma de solução utilizada quando o conflito em questão envolve princípios. Embora os direitos fundamentais não sejam princípios, são direitos destinados a preservar a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade, não sendo possível a exclusão de nenhum destes direitos, em caso de conflito, uma vez que inexistente qualquer espécie de hierarquia entre eles.

Para melhor entendimento, é importante que se conceitue a referida ponderação de interesses, que segundo Ana Paula de Barcellos (2006, p. 23)

Ponderação (também chamada, por influência da doutrina norte-americana de *balancing*) será entendida neste estudo como a técnica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais. Na verdade, a simples questão do que é a ponderação exige um exame mais aprofundado, tanto porque a idéia tem sido empregada pela jurisprudência de forma generosa.

Ponderar significa observar qual dos princípios possuiu maior peso; porém não significa que um dos princípios deva ser desprezado, uma vez que ambos têm valor e interesse social. O que determinará que princípio deverá ceder serão as circunstâncias (BARROSO, 2008, p. 56). Por tais razões, é fundamental utilizar-se da ponderação como critério para a solução do presente conflito de direitos fundamentais, quando se tem de um lado o direito fundamental à identidade genética enquanto espécie da identidade pessoal do ser humano concebido artificialmente e de outro, o direito fundamental à intimidade do doador de gametas. Sendo assim, para auxiliar na

ponderação, recorre-se ao princípio da dignidade da pessoa humana para a definição do direito que deve sobrepor-se ao outro.

Segundo Krell (2011, p. 177),

tratando-se de duas normas constitucionais com idêntica hierarquia e força vinculante, caberá ao julgador ponderar e harmonizar os conflitos constitucionais em jogo, de acordo com o caso concreto, a ele apresentado, recorrendo inclusive ao princípio da proporcionalidade.

Destarte, não restam dúvidas quanto ao caso em tela, no que se refere ao doador e à criança, no tocante ao fato de que ambos estão amparados pelo texto constitucional em seu direito, verificando-se uma colisão entre dois direitos fundamentais. Partindo dessa premissa, enfatizam Cunha e Ferreira (2008):

Os direitos fundamentais em questão baseiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar a mesma forma de solução utilizada quando o conflito em questão envolve princípios. Embora os direitos fundamentais não sejam princípios, são direitos destinados a preservar a vida humana dentro dos valores de liberdade e dignidade, não sendo possível a exclusão de nenhum destes direitos, em caso de conflito, uma vez que inexistente qualquer espécie de hierarquia entre eles.

O doutrinador Guilherme Calmon (2003a, p. 909), lembra a importância da informação sobre a ascendência para compreensão da própria existência. O conhecimento da verdade sobre sua origem biológica, para o autor, é direito fundamental que integra o conjunto de direitos da personalidade humana, sendo possível que o direito à intimidade do doador de gametas ceda em favor do direito à intimidade pessoal e genética da pessoa concebida artificialmente. Contudo, não se pode negligenciar o grandioso valor à intimidade, que também compõe a dignidade da pessoa humana, fundamento da ponderação de interesses.

Dessa forma, parte da doutrina defende o anonimato dos doadores, tendo em vista não apenas o direito à intimidade do doador de gametas, mas, sobretudo o bem-estar emocional e psíquico da criança, que poderá ressentir-se com tal revelação, prejudicando a sua “absorção integral” pela família, porém de qualquer maneira deverá prevalecer o melhor interesse da criança (TEPEDINO, 1999, p. 415).

Todavia, ainda que o direito ao anonimato seja fundamentado na intimidade e até mesmo na privacidade, esse direito fundamental deverá ser abdicado quando

confrontado com o direito à vida e, nele inserido, o direito à vida de outra pessoa. Gama (2003, p. 910) ainda afirma:

Mesmo para aqueles que consideram o anonimato absoluto, tal afirmação deve necessariamente ceder interesses maiores que se revelam pelo risco concreto de doenças hereditárias ou genéticas que podem ser prevenidas ou mais bem tratadas em relação à pessoa concebida com o auxílio de técnica de reprodução assistida heteróloga. Não há como reconhecer que o anonimato do doador possa prevalecer perante a iminente lesão à vida ou a higidez físico-corporal da pessoa que foi gerada com material fecundante do primeiro.

Considerando o exposto, a pessoa gerada através das técnicas de reprodução humana assistida tem o direito indisponível, personalíssimo e constitucional, de conhecer a sua origem genética, inserido no direito da personalidade e nos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana (KRELL, 2011, p. 178).

Assim, não é justo expor o ser humano à possibilidade de casar-se com sua irmã biológica, como também, a intimidade de uma pessoa não é tão importante ao ponto de impossibilitar que outro indivíduo tenha chance de evitar alguma doença grave.

De tal modo é intolerável que o direito da criança de conhecer sua origem genética deva prevalecer em relação ao direito à intimidade, o que seria como reduzir o ser humano à condição de “coisa”, retirando-lhe a própria dignidade, uma vez que a diminuição da proteção à intimidade, na maioria dos casos concretos, pode gerar apenas poucos embaraços, enquanto o desconhecimento da ascendência genética pode interferir na vida do indivíduo, gerando-lhe graves sequelas morais.

Brauner apud Krell (2011, p. 182) comenta que

o anonimato é imposto tendo em vista a garantia da autonomia e o desenvolvimento normal da família assim fundada. A alegação de que a criança tem o direito a conhecer sua origem genética realça a paternidade biológica, conceito já ultrapassado na doutrina mais moderna, uma vez que, atualmente, o Direito está começando a valorizar de forma gradativa, a paternidade afetiva. Todavia, existem alguns casos em que a regra do anonimato poderá ser quebrada, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informação genética indispensável à sua saúde; ou quando a responsabilidade do doador, ou dos médicos que realizaram o processo, em razão da utilização do sêmen com carga genética defeituosa. Nesses casos, deveria haver necessidade de buscar a autorização judicial, para que as informações sobre o doador ou a doadora fossem disponibilizadas ao interessado.

É importante destacar que o direito à identidade genética não se confunde com o direito de filiação (SPAREMBERGER: 2010), já que o reconhecimento à identidade genética visa buscar nos ascendentes genéticos a identificação genética da pessoa, para que possa, se imprescindível, adotar medidas preventivas para a preservação da saúde, da integridade física; enquanto o direito de filiação, visa constituir os laços de afeto, as relações de parentesco existentes.

Por outro lado, quando houver uma mera necessidade por parte do filho em conhecer sua origem genética, deverá prevalecer o direito à intimidade, já que a mera curiosidade por parte do filho não é motivo pertinente.

Nessa esteira, ressalta Crema (2008):

Cumpra reafirmar que o direito à identidade genética existe, devendo haver a devida regulamentação legal. Ressalta-se cabível, porém, apenas nos casos em que a saúde da pessoa esteja em risco iminente, quando haja suspeita de incesto, ou outros casos em que esse direito se sobressaia à intimidade.

Por fim, faz-se importante reafirmar que, quando se tratar de colisão entre princípios ou direitos fundamentais, um deverá ceder espaço ao outro, valendo-se da técnica de ponderação de interesses. No tocante ao direito à intimidade do doador de gametas em colisão com direito à identidade genética do filho gerado via reprodução assistida heteróloga, deverá se sacrificar um direito fundamental que *naquele caso concreto* se afigure menos capaz de assegurar um direito de personalidade, prestigiando-se aquele que melhor atenda à dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

Com as novas possibilidades trazidas pelo avanço da ciência, cujas pesquisas no campo da reprodução humana foram uma constante nos últimos anos, tornou-se possível conceber uma criança sem prévia relação sexual, realizando o desejo de se ter um filho, o que até então era impossível para os casais inférteis. Hoje, um número cada vez maior de técnicas de concepção humana assistida são desenvolvidas e aplicadas, através das quais vêm ao mundo crianças concebidas de forma artificial, com pleno êxito.

O presente artigo versou sobre a aparente colisão de dois direitos fundamentais frente à aplicação da técnica de ponderação de interesses. Isso porque as técnicas de reprodução heteróloga medicamente assistidas apresentam duas vertentes: por um lado, a possibilidade de haver o conhecimento da identidade do doador por parte da criança

concebida, e por outro, o direito à intimidade do doador do material genético que a originou. Cuida-se de dois direitos fundamentais constitucionalmente resguardados.

No que se refere à colisão de direitos fundamentais, existem diversas formas de se garantir a dignidade da pessoa humana, e, nem sempre a forma de se efetivar este direito fundamental é permitir à criança concebida por meio de reprodução heteróloga o conhecimento do doador que lhe viabilizou o nascimento. Assim, será possibilitada a busca da origem genética, mediante hipóteses imperiosas como a cogente necessidade psicológica, a necessidade de se preservar a saúde da criança em face de doenças congênitas e, ainda, a averiguação de existência de impedimentos matrimoniais. Não sendo justificável, por exemplo, que a pessoa tivesse acesso à origem genética para satisfação de mera curiosidade.

No tocante à possibilidade de uma criança concebida por meio de algumas das técnicas de reprodução assistida heteróloga, mostrou-se de grande importância constatar a existência de dois direitos fundamentais e estudá-los através da análise da colisão de interesses fundamentais mediante aplicação da técnica de ponderação de interesses, uma vez que essas questões até o presente momento encontram-se sem solução, haja vista a inexistência de normas específicas sobre a reprodução humana assistida.

Diz-se que tal colisão é aparente porque na realidade, ao se ponderar dois direitos fundamentais, um deles há de se sobrepor ao outro visando melhor atender ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, e, no caso concreto, um deles deve ser resguardado e o outro sacrificado.

Em razão de os direitos fundamentais visarem à proteção da dignidade da pessoa humana, não podem eles ser objetos de exclusão, e sim, ponderação no caso concreto. Assim, tomando-se por base os direitos fundamentais aparentemente colidentes deste caso concreto, tem-se que o direito à intimidade do doador de material genético, em face do direito ao conhecimento da origem genética por parte da criança ou adolescente em caso de necessidade, afigura-se este segundo, um direito muito mais relevante, portanto digno de ser privilegiado.

Importante destacar que se é favorável ao anonimato, por questões éticas; todavia, diante das necessidades justificáveis para que ocorra a quebra do sigilo e em face de risco à dignidade da pessoa humana, sugere-se que seja repensada a preponderância do referido sigilo da identidade do doador do material fecundante dentro de moldes igualmente éticos.

Nessa linha de intelecção, necessária se faz uma reflexão sobre toda a problemática surgida em razão das novas técnicas de reprodução assistida, sendo indispensável uma legislação capaz de disciplinar o tema e evitar ou resolver os confrontos jurídicos que, com toda certeza, irão surgir.

Pode-se dizer que a única norma que cuida da reprodução humana assistida é a Resolução do CFM, que, no entanto, não possui força normativa no âmbito jurídico, satisfazendo apenas às questões éticas afetas à Medicina, sendo imperiosa a necessidade de disciplina legal capaz de dirimir os conflitos na seara das relações jurídicas já existentes e aquelas que possam advir da aplicação das técnicas de reprodução assistida.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa e FRANÇA, Danielle Galvão de. *Reprodução humana assistida e as relações de parentesco*. Revista Prática Jurídica, ano I, nº 7 de 31 de outubro de 2002.

ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo de. *O direito e a intimidade*. Revista Jurídica. Disponível em: <http://www.faete.edu.br/revista/ODIREITOAINTIMIDADE>. Acesso em 06 de Nov. 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BERNARD, Jean. *Da biologia à ética*. São Paulo: Editorial PSY II, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. (Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília, DF: Unb, 1996

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. *A Efetividade da Tutela Constitucional dos Direitos Existenciais e os Novos Danos*. Revista Conexão Acadêmica, 2010, 1ed. Disponível em: www.conexaoacademica.com. Acesso em 03 de Nov. 2011.

_____. *Consentimento informado no exercício da medicina e tutela dos direitos existenciais*. Itaperuna-RJ: Hoffmann, 2011.

_____; ANDRADE, Nilda Siqueira. *Ponderação de interesses e irrevogabilidade da adoção*. Revista Conexão Acadêmica, 2011, 2ed. Disponível em: www.conexaoacademica.com. Acesso em 07 de Nov. 2011.

CÂNDIDO, Nathalie Carvalho. *Reprodução Medicamente Assistida Heteróloga: Distinções ente filiação e origem genética*. 2007.

Disponível em: <http://jus.oul.com.br/revista/texto/10171/reproducao-medicamente-assistida-heterologa>. Acesso em 13 Ago. 2011.

CHAVES, Cristiano de Farias; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a Ação de Investigação de Paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHINELATO, Silmara de Abreu Juny. *Apud* Moreira FILHO, José Roberto. *Direito à identidade genética*. 2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.aps?id=2744>. Acesso em 23 de outubro de 2011.

Conselho Federal de Medicina. *Resolução de nº 1.957/2010*. Brasília-DF. Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em 23 de agosto 2011.

CREMA, Luiz Gabriel. *Possibilidade Ético – Jurídico do Direito à Origem Genética na Reprodução Assistida Heteróloga*.

Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Gabriel%20Crema.pdf>. Acesso em 08 Nov. 2011.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. *Reprodução Humana Assistida: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 07 nov. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002

DONIZETT, Leila. *Filiação sócioafetiva e direito a identidade genética*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais. Análise de sua concretização Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003.

GAMA, Guilherme C. Nogueira da. *A Nova Filiação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e a filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

MENDES, Patrícia Ferreira. *O direito a identidade genética na reprodução assistida heteróloga*. São José – SC: UNIVALE, 2006.
Disponível em <http://siaibib01.univali.br/pdf/Luiz%20Gabriel%20Crema.pdf>. Acesso em 25 de out. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008

MOREIRA FILHO, José Roberto. *Direito a identidade genética*. Jus Navegandi, 2002.
Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2744/direito-a-identidade-genetica>. Acesso em 07 nov. 2011.

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. *Reprodução Assistida. Um pouco de História*. Revista da SBPH. Rio de Janeiro, 2009.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à Intimidade na Internet*. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PRÓ CRIAR: *Centro de Medicina Reprodutiva*. Belo Horizonte. Disponível em <http://www.pro-criar.com.br/duvidas-frequentes/qual-a-diferenca-entre-esterilidade-e-infertilidade>. Acesso em: 10 out. 2011.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicos de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SAUWEN, Regina Fiuza. HRYNIEWICZ, Savero. *O direito in vitro: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Fernanda Avellaneda. *Aspectos Éticos - Jurídicos no Direito de Filiação Produzidos na Reprodução Humana Assistida*. São Paulo, 2004. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewArticle/247>.

Acesso em: 22 Ago. 2011.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *O Direito de saber nossa História: Identidade Genética e Dignidade Humana na Concepção Bioconstituição*. Disponível em

<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/307/230>.

Acesso em 08 Nov. 2011.

TESTART, Jacques. *O Ovo Transparente*. Trad. Mary Amazonas Leite Barros, São Paulo: Ed USP, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológicas e sócioafetivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR E A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO LEGAL

Camila Faria Berçot*

Graduanda em Direito pela Faculdade Santo Antônio de Pádua - FASAP

Ione Galoza de Azevedo*

Advogada e professora de Direito Empresarial e Direito Internacional na Universidade Iguazu Campus V Itaperuna/RJ e na Faculdade de Santo Antônio de Pádua/RJ. Especialista em Direito Público e Direito Privado. Atuando na área há mais de 07 anos. Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Autônoma de Assunção. email: ionegaloza@yahoo.com.br

RESUMO. O presente trabalho aborda o superendividamento do consumidor e a necessidade de regulamentação legal. Com o crédito fácil o consumidor passou a se endividar mais. Os países europeus, em sua maioria, já possuem normas específicas para essa situação, no entanto o Brasil, por meio do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ampara o consumidor superendividado de maneira geral, mas a doutrina vem buscando suprir esta lacuna sugerindo uma nova lei. Por meio deste trabalho, procedeu-se a um levantamento bibliográfico e jurisprudencial, a fim de verificar a necessidade de mudança na legislação a respeito do tema e as propostas existentes.

Palavras-chave: Superendividamento, crédito, CDC, ausência de legislação específica.

ABSTRACT. This work concerns the consumer over-indebtedness and the need for legal regulation. With easy credit has the consumer to borrow more. European countries, most of them already have specific rules for this situation, however, Brazil, through the Code and Consumer Protection, protects the consumer over-indebtedness in general, but the doctrine has sought to fill this gap by suggesting a new law. Through this study, we proceeded to a literature survey and case law in order to verify the need for change in legislation regarding the issue and the existing proposals.

Keywords: over-indebtedness, credit, CDC, the absence of specific legislation.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará os aspectos do endividamento excessivo do consumidor, pessoa natural, seu atual amparo pela Constituição Federal e pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a fim de demonstrar a necessidade de uma tutela legal específica, e abordará sucintamente as inovações doutrinárias a respeito do tema.

O mercado possui inúmeras formas de atrair o consumidor, incutindo-lhes vontades superficiais, desejos irrealistas e clamando por decisões imediatistas; essa conduta do fornecedor é necessária para manter ou aumentar a circulação de bens e produtos, todavia, quando a prática comercial inclui crédito o consumidor pode estar sendo atraído para uma situação de endividamento.

O endividamento excessivo extrapola a pessoa do devedor, alcançando a família, o trabalho e o convívio social. Este nível de endividamento, que compromete a sobrevivência de uma família, fere a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente protegida, além disso, em grande escala, pode gerar desaceleração do crescimento do país e até uma crise econômica.

Visualizando essa hipótese a doutrina nacional vem buscando conferir a este tema a sua real importância, a fim de evitar a ruína do consumidor, bem como da economia de consumo do país. A magnitude do problema e suas consequências levarão

a entender se há necessidade de uma legislação mais forte para amparar o superendividado, tendo em vista, o abismo que se formou na relação consumidor endividado versus fornecedor de crédito com lucros exorbitantes.

Deste modo, este trabalho estabelecerá conceitos, características gerais, classificação, tutela legal e doutrinária a cerca do tema, com base na legislação nacional vigente, na moderna doutrina, na jurisprudência e em trabalhos acadêmicos, com finalidade de demonstrar a necessidade e urgência em se iniciar a tutela efetiva do superendividamento, a fim de evitar a ruína ou restabelecer a situação econômica do endividado, assegurando a manutenção da dignidade humana.

2 UM BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA.

A Revolução Industrial modificou as relações comerciais de modo que elas nunca mais voltariam a ser as mesmas.

Considerada como um conjunto de fatores a Revolução Industrial é o marco da mudança da produção familiar e manual destinada a um pequeno número de pessoas, para uma produção em grande escala com uso de máquinas e equipamentos.

Intensificando-se a produção modificou-se também a distribuição destes produtos. A partir de então, acrescenta Franco (2010, p. 229),

o intercâmbio do comércio ganha conotações despersonalizadas, em vista da complexidade das relações que se estabelecem entre produção e consumo e a necessidade de se estimular este consumo para absorver a demanda produzida, exigindo a implantação da legislação protecionista do consumidor.

Deste modo, nas palavras de Cezar (2007, p.142), o “direito do consumidor despontou, assim, como elemento de transformação do direito tradicional, para suprir as necessidades sociais geradas pela realidade econômica do mercado massificado”.

Atualmente a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente em seu art. 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” (BRASIL, 2011, p. 11), agindo desta forma atribuiu à defesa do consumidor o status de direito e garantia fundamental. Em seu art. 170, inciso V, a Constituição dispõe a defesa do consumidor como princípio de ordem econômica. No art. 48 de suas Disposições Transitórias a Constituição estabeleceu o prazo para elaboração do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Em 11 de setembro de 1990, finalmente, foi editada a Lei 8.078, o conhecido Código de Proteção e Defesa do Consumidor, cujo arcabouço principiológico e normativo visam equilibrar as relações de consumo, bem como harmonizar os interesses dos seus integrantes, com base na boa-fé objetiva. (CEZAR, 2007)

3 A NOVA CONCEPÇÃO DE CONTRATOS, A BOA-FÉ E DEMAIS PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

No final do século XVIII, o direito fundamenta-se nos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, logo a vontade das partes passa a ser a única fonte legitimadora de direitos e obrigações, pois as leis tinham a função basilar de proteger a vontade das partes (FRANCO, 2010).

Neste sentido Marques (2004, p. 42, apud FRANCO, 2010, p. 230).

[...] a concepção clássica dos contratos é, em síntese, a vontade do indivíduo livre, definindo e criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito. É, por conseguinte, a própria doutrina da autonomia da vontade, sendo seu reflexo mais importante o dogma da liberdade contratual.

O poder de estipular e dar validade e eficácia a qualquer termo acordado; bem como a necessidade de contratar por um instrumento adaptado ao intenso movimento do mercado, chamado contrato de adesão, no qual a parte aderente só escolhia se contratava ou não; fez surgir com o passar do tempo desigualdade e injustiça, pois o mais forte economicamente passou a impor sua vontade sobre a parte mais vulnerável.

Surge então a necessidade do Estado voltar a intervir nos contratos a fim de minimizar o desequilíbrio é o que a doutrina denomina de nova concepção do contrato, ou seja, esse movimento do Estado em direção à justiça dos contratos, em que a autonomia da vontade passa a ser em muitos casos, dirigida pela lei, como uma resposta da sociedade aos contratos injustos e desequilibrados. (KHOURI, 2006)

O contrato passa a ter que obedecer a uma função social, torna-se necessário estabelecer para ambas as partes uma nova conduta, é preciso que estas ajam com lealdade, confiança, transparência e boa-fé. Nas palavras de Garcia (1998, p. 75)

Difícilmente existirá em nosso ordenamento, diploma legal tão timbrado pela idéia (sic) do intervencionismo nos contratos como o Código do Consumidor. Os reflexos na seara contratual mostram-se verdadeiramente notáveis. A ordem pública triunfa sobre o vetusto do *pacta sunt servanda* de maneira

acachapante, marcando também a vitória da função social do contrato. (grifo do Autor)

Uma vez concebida, pela Constituição Federal de 1988, a proteção do consumidor como garantia fundamental, acrescida ainda da exigência de posterior criação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, este inovou as relações civis de consumo, garantindo, através da boa-fé objetiva e do dirigismo estatal refletido nos contratos de consumo, o equilíbrio que faltava. Portanto, as normas do CDC visam equilibrar a relação de consumo, onde a parte hipossuficiente necessita de maior proteção, trata-se do princípio da vulnerabilidade.

Nas palavras de Cavaliere Filho (2008) a vulnerabilidade é a espinha dorsal que sustenta a linha filosófica consumerista, pois busca estabelecer uma igualdade real entre as partes. Só se justifica uma lei protetiva em face de uma relação de desiguais.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor trouxe elencado no seu artigo 4º os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, entre eles a transparência e harmonia nas relações de consumo.

Assim, o consumidor que antes buscava sozinho as informações necessárias para contratar, passou a ter o direito de ser informado previamente, nascendo para o fornecedor o dever informar, nesta senda conclui Cavaliere Filho (2008, p.35):

A principal consequência (sic) do princípio da transparência é, por um lado, o **dever de informar** do fornecedor e, por outro, o **direito à informação** do consumidor [...]. Tal implica, em primeiro lugar, a proibição da criação artificial de barreiras de informação, em busca da ocultação das vantagens que o contrato lhe proporcionará. Esse dever negativo do fornecedor se faz presente desde a fase pré-contratual, [...] até a fase negocial, em face da proibição de qualquer forma de informação enganadora quanto aos elementos do contrato. (grifo do autor)

Outro princípio enumerado pela doutrina é o da confiança. Segundo Cavaliere Filho (2008) o princípio da confiança é a credibilidade que o consumidor deposita no produto, serviço ou no vínculo contratual como instrumento adequado para alcançar os fins que razoavelmente se espera. Logo toda ação que mitigue, ameace ou frustre as expectativas do contrato violará o princípio da confiança.

O inciso IV do art. 6º do CDC impõe a transparência e boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva é o princípio máximo orientador do CDC (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2010).

Neste sentido esclarece Marques (1998 apud CARPENA; CAVALLAZZI, 2005, p. 130) que

“[...] a boa-fé objetiva é um *standard*, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada [...] Boa-fé objetiva significa, portanto, uma ação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis [...]” (grifo do Autor).

Deste modo, uma vez constatada a relação de consumo, deve-se verificar a boa-fé objetiva de ambas as partes, a obediência ao princípio da informação, o respeito à vulnerabilidade do consumidor e diante da inobservância destes princípios, nasce à possibilidade da parte lesada de buscar o equilíbrio e a harmonia da relação de consumo.

O CDC não conceituou o contrato de consumo, mas, estendeu o leque, fazendo que suas normas e os seus princípios incidam em qualquer contrato que tenha em seu conteúdo uma relação de consumo, como o que ocorre nos contratos de crédito.

4 O CONTRATO DE CRÉDITO COMO FONTE PARA O ENDIVIDAMENTO.

“‘É uma bolha que vai estourar’ Especialista diz estar chocado com nível de endividamento brasileiro”, (PAVITT, 2011) manchete do jornal O Globo, do dia 08 de maio de 2011, entrevista com o economista Trevor Pavitt no caderno de economia.

“Pesquisa mostra o crescimento no valor da dívida das famílias brasileiras”. (MODENA, 2011)

Os trechos citados acima foram retirados de reportagens de jornais brasileiros do ano de 2011 que deixam transparecer a preocupação com o endividamento das famílias brasileiras.

Isso evidencia que o Brasil passou a endividar-se mais, todavia, para que haja o endividamento, é necessário que seja concedido crédito.

O crédito está ligado às noções de tempo e confiança, “[...] é caracterizado pela decorrência de um prazo entre as prestações do credor e aquela do devedor, o que somente é possível porque o credor acredita que o devedor cumprirá sua obrigação nos prazos convencionados.” (LIMA; BERTONCELLO, 2010, p.13).

Marques (2010, p. 19) conceitua da seguinte forma:

Crédito é um *serviço especializado* e oneroso que só pode ser prestado por alguns fornecedores do Sistema Financeiro Nacional. Crédito é um contrato real (se perfectibiliza com o ato da entrega do dinheiro pelo fornecedor-banco, administradora de cartão ou financeira), em que cabe ao *consumidor-devedor a prestação típica*, “pagar” os juros (*preço do crédito*) e devolver o *principal corrigido*, e mais algumas taxas pelo uso desse tipo de crédito. (grifo do autor)

Na concepção de Baudrillard (2002 apud CARPENA; CAVALLAZZI, 2005, p.120).

A virtude do crédito [...] é com efeito o desdobramento da compra e das suas determinações objetivas. Comprar a crédito equivale à apropriação total de um objeto por uma fração de seu valor real. Um investimento mínimo para um lucro grandioso. As prestações se esfumam no futuro, o objeto é como que adquirido a preço simbólico.

Em regra os contratos de crédito se protraem no tempo, chamados “contratos cativos de longa duração” (MARQUES, 1998 apud CEZAR, 2007), que tendem a manter o consumidor. No entanto, a doutrina esclarece que não existe um único tipo de contrato de crédito e que as modalidades vêm se diversificando com o passar do tempo, inventa-se cotidianamente maneiras diferentes de contratar o crédito, neste sentido Lima e Bertoncetto (2010, p. 14),

diariamente são desenvolvidas novas formas de crédito para atrair os consumidores e estimular as vendas. A primeira forma jurídica do crédito foi o contrato de empréstimo, mas, além dele, inúmeras formas contratuais permitem escalar a prestação no tempo, desde a simples compra e venda a prestações, o *leasing* e o contrato de abertura de crédito, entre outros. (grifo do autor).

O crédito ao consumo originou-se nos Estados Unidos, contagiando primeiramente a Europa, posteriormente alastrou-se por todos os países e classes sociais com diferentes proporções. No Brasil a penetração de crédito ao consumo se deu após a implantação do Plano Real e, mais acentuadamente, nos últimos cinco anos, devido à estabilidade econômica. (LIMA; BERTONCELLO, 2010)

Atualmente, o crédito tem sido considerado uma espécie de mola mestra, uma espécie de trampolim que permite o acesso da maioria, ao admirável mundo do consumo. (GAULIA, 2009)

Deste modo, consumo e crédito estão intimamente ligados. Sendo o crédito para consumo considerado essencial para a economia moderna, conforme menciona Lima e Bertonecello (2010, p.30)

Na economia moderna, no entanto, não podemos olvidar o contexto no qual o crédito se insere. O crédito é, na atualidade, considerado motor de consumo de massa e um dos mais importantes meios da política dos poderes públicos na luta contra o subconsumo e as ameaças de desaceleração econômica. Deixou de ser concebido como um mal necessário para ser concebido como uma força que se impõe no desenvolvimento social e econômico do país.

Logo os fornecedores de crédito prestam um serviço necessário ao desenvolvimento do país, mecanismo que auxilia inúmeros consumidores a alcançar bens que dificilmente conquistariam sem ele. Neste sentido (CEZAR, 2007, p. 135):

[...] aqueles que fornecem o crédito exercem uma atividade de suma importância, haja vista serem os detentores deste tão almejado bem da vida. Verifica-se uma relação em que, de um lado, estão os fornecedores com forte poderio econômico e, do outro, os consumidores, que com eles contratam, porque lhes é necessário e, vulneráveis que são, quase que compulsoriamente. Tal situação que se agrava no Brasil, por conta das desigualdades sociais, as quais levam as classes menos favorecidas a se utilizarem crescentemente da concessão de crédito para o consumo.

Nas palavras de Marques (2010, p. 18) “Na sociedade de consumo a publicidade, o marketing e as práticas comerciais criam desejos, tentações mesmo, exigências sociais novas, até necessidades visando o lucro, e ninguém está liberto dessas pressões, seja de qual classe social for.”

O crédito fornecido ao consumidor é maquiado, envolvido em propaganda, apresentado de uma forma que não aparente qualquer perigo, e otimista, que é o consumidor, convence-se de que conseguirá pagar ainda que impossível, prever o futuro.

O endividamento vem a ser o conjunto de débitos, o passivo, de uma família ou pessoa, a primeira vista não é um problema como elucida Lima e Bertonecello (2010, p.26)

O endividamento não é um problema em si mesmo, quando ocorre num ambiente favorável de crescimento econômico, queda de juros e, sobretudo, se não atingir camadas sociais com rendimentos próximos do limiar de pobreza. [...] Todavia, o endividamento assume dimensão patológica, com repercussões econômicas, sociais, psicológicas e até médicas, quando o

rendimento familiar não é mais capaz de suportar o cumprimento dos compromissos financeiros.

O crédito possui um lado positivo, no entanto, é preciso estar atento aos perigos do crédito que, nas palavras de Marques (2010, p.19),

podem ser atuais ou futuros. Atuais, pois o crédito fornece ao consumidor, pessoa física, a impressão de que pode – mesmo com o orçamento reduzido – tudo adquirir, e, embebido das várias tentações da sociedade de consumo, multiplica suas compras até que não lhe seja mais possível pagar em dia o conjunto de suas dívidas em um tempo razoável [...]. O perigo futuro do crédito é que, mesmo se a pessoa pode fazer frente a suas dívidas parceladas naquele mês que está empregada e de boa saúde, no outro, em que estiver com problemas no trabalho ou na família [...], não poderá.

Vistos os dois lados do crédito, verifica-se que o crédito não deve ser extinto, todavia, deve dar-se em conjunto com mecanismos que sejam de fato capazes de proteger o consumidor, bem como a própria economia do país, ou seja, o acesso ao crédito deve ser incentivado, mas este deve ser concedido de maneira responsável, desta forma Lima (2010, p.209-210) conclui:

Se o crédito deixou de ser concebido como um mal necessário para ser concebido como uma força que se impõe no desenvolvimento social e econômico do país, é imperioso lembrar que a banalização ou sua concessão irresponsável, sem o cumprimento dos deveres de informação e aconselhamento dos consumidores, é responsável pela propagação do endividamento na sociedade, aumentando os riscos de superendividamento.

5 O SUPERENDIVIDAMENTO: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E RELEVÂNCIA.

No Brasil não existe legislação específica sobre o que se vem chamando de superendividamento, então, para elencar os pressupostos necessários para sua caracterização, a doutrina nacional baseou-se no direito comparado e em proposições lógicas, buscando definir quais as características mais frequentes dos superendividados.

Nas palavras de Marques (2010, p. 20):

O superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio. (grifo do autor)

A doutrina alerta que o superendividamento será sempre do consumidor, restringindo então essa condição somente a pessoa física; já que a pessoa jurídica deverá ser submetida à falência ou recuperação judicial; como dito as dívidas contraídas devem ser destinadas ao consumo de bens e serviços desde que não destinados a atender atividade profissional.

No que se refere ao montante da dívida “não há uma quantia exata que defina o valor mínimo do débito a partir do qual se pode considerar o devedor como superendividado, esta aferição se dá mediante uma comparação entre o ativo e o passivo do indivíduo e de sua família [...]” (COSTA, 2002 apud SCHMIDT NETO, 2009, p.17).

Assim, quanto à extensão do endividamento o que se analisa é, se o endividamento comprometerá a dignidade do consumidor.

A impossibilidade global ou manifesta de pagar as dívidas, também foi objeto de estudo da doutrina nacional, conforme Schmidt Neto (2009, p.17):

deve-se fazer um estudo do ativo patrimonial mobiliário e imobiliário, mais a renda mensal familiar e diminuir o passivo acumulado, bem como seus encargos, mais os gastos decorrentes do mínimo vital. A diferença negativa e um resultado que evidencie a impossibilidade de cumprimento, demonstra a tendência de aumento do passivo daquela família caracterizam a situação.

Observa-se que o intuito não é criar uma proteção exacerbada do Estado, os requisitos para que o consumidor seja considerado superendividado servem para restringir o benefício do auxílio ou recuperação, com o qual a doutrina se ocupa em estudar, direcionando a quem realmente necessite de ajuda.

Assim o requisito indispensável é a boa-fé, o endividamento deve dar-se de modo impensado, por ingenuidade, naturalmente, ou por necessidade, a intenção é excluir as situações em que o consumidor agiu propositalmente, com finalidade de não pagar.

Trata-se de boa-fé contratual ou no momento da contratação do crédito. Boa-fé se presume, e em todos os países que possuem leis sobre a prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores aquele que é protegido é sempre o consumidor pessoa física de boa-fé contratual. A boa-fé é a base do combate ao superendividamento dos consumidores. (MARQUES, 2010, p.23)

Deste modo, para a doutrina, o endividamento excessivo pressupõe o acúmulo de dívidas, que impossibilitem o consumidor de permanecer no mercado de consumo,

sendo tal situação comparada a uma nova espécie de “morte civile” ou como “a morte do *homo economicus*”. (grifo do autor) (LORENZETTI; MARQUES, 2005 apud MARQUES, 2010, p. 26).

A doutrina classifica o superendividamento em ativo e passivo de acordo com as circunstâncias causadoras do endividamento excessivo, levando em conta, em ambos os casos, a boa-fé.

O superendividamento passivo é aquele em que o consumidor se insere nesta situação sem sua vontade, devido a um imprevisto que ocasiona um abalo financeiro, como por exemplo, o desemprego ou doença grave.

Já o superendividamento ativo é aquele em que o consumidor dá causa ao endividamento, mas acha que terá condições de cumprir com os compromissos firmados, neste sentido, explica Schmidt Neto (2009, p. 22) que, “neste caso o fenômeno do superendividamento se dá em função de que a sociedade moderna de consumo induz as aquisições supérfluas e desnecessárias, pelo simples impulso da compra”.

No mesmo sentido Franco (2010, p. 236) classifica:

O superendividamento é ativo quando o consumidor de alguma forma, mesmo agindo de boa-fé, contribuiu para se colocar nesta situação aflitiva, quer por não ter planejado seus gastos ou os compromissos assumidos, quer por ter acumulado dívidas acima seus rendimentos auferidos ou que esperava auferir. Já o superendividamento passivo se refere aquele em que o consumidor foi surpreendido com um fator externo, não previsível, que o impossibilitou de honrar seus compromissos financeiros, como por exemplo: doença grave de um membro da família, desemprego, morte do provedor, acidente, desabamento da moradia, enchente ou perda de bens móveis e imóveis etc.

O superendividamento ativo é mais detalhado na doutrina, por ser contraído conscientemente pelo consumidor.

Nas palavras de Kirchner (2008, p.74) “o devedor superestima o seu rendimento por incapacidade de administrar seu orçamento ou por ceder às tentações do consumo e da publicidade, na busca por um padrão de vida mais elevado, que ele próprio (psicologicamente e socialmente) se impõe”.

O fenômeno do superendividamento foi objeto de uma pesquisa empírica inédita no Rio Grande do Sul, sob a coordenação, da Professora Claudia Lima Marques, desenvolvido no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em conjunto com o Núcleo Civil da Defensoria Pública do mesmo

Estado, com o estudo de cem casos de superendividamento de consumidores pessoas físicas.

A pesquisa constatou alguns importantes dados a respeito do perfil do consumidor superendividado no Brasil, dentre eles o resultado abaixo (LIMA; BERTONCELO, 2010 p. 282):

Preponderância de atuação do superendividado passivo no cenário regional, dada a prevalência de causas identificadas como “acidentes da vida” (desemprego 36, 2%, doença e acidentes 19,5%, divórcio 7,9%, morte 5,1% e outros como nascimento de filhos, 9,4%);

Deste modo, o consumidor brasileiro excessivamente endividado é preponderantemente passivo.

Nas palavras de Lima (2010) o superendividamento é um problema que afeta o mundo todo.

“Seja por uma situação ou por outra, o consumidor superendividado torna-se um excluído social, passa a amargurar uma angústia existencial, uma impotência diante da vida, sobrevivendo abaixo de um padrão de dignidade.” (OLIBONI, 2005, p.170).

Para Marques (2010, p. 25) “consumo é igualdade. [...] É inclusão na sociedade, nos desejos e benesses do mercado atual. Em outras palavras, consumo é, para as pessoas físicas, a realização plena de sua liberdade e dignidade [...]”.

Inúmeras são as razões citadas pela doutrina para fundamentar a necessidade de amparar o superendividado, tendo em vista que envolve aspectos individuais, sociais e econômicos.

Na concepção de Franco (2010, p. 236).

[...] nossa constituição proclama a garantia e a preservação da dignidade da pessoa humana, que numa situação de dificuldades econômicas, fica exposta a toda sorte de humilhações, discriminações e exclusões; além disso, todo cidadão merece uma *chance* de resgatar a sua capacidade econômica para se inserir novamente no mercado de consumo, participando efetivamente da vida social e comunitária, dotando o convívio familiar de conforto e integração. Ainda é importante salientar que o superendividamento excessivo pode levar a um desequilíbrio nas relações comerciais e desencadear uma crise mundial de proporções inimagináveis em uma economia globalizada. [...] É bom que se diga que não podemos esquecer que é preciso que seja garantido, ao superendividado, o mínimo essencial para a sua sobrevivência com dignidade, sendo prudente, para isso, que seja fixado, legalmente, um percentual de seus ganhos para enfrentar essas necessidades básicas. (grifo do Autor).

Gaulia (2010, p.148), complementa “[...] sem crédito o cidadão passa a ser um não consumidor, categoria irrelevante na pós-moderna sociedade de consumo, perde [...] parcela essencial de sua dignidade”.

6 O SUPERENDIVIDAMENTO: AMPARO LEGAL, DOUTRINÁRIO E PROPOSIÇÕES COM BASE NO DIREITO COMPARADO

Uma vez compreendido o que é superendividamento, suas formas, o perigo que representa não é mais possível entender desnecessário amparar de alguma forma o superendividado, conforme entendimento de Gaulia (2010, p.149):

Se o superendividado perde a liberdade de gerência de sua economia, de suas finanças, se está acuado, havendo perversas ingerências sobre sua privacidade financeira, inegável a existência de um conflito de interesse a ser sanado pelo Judiciário.

Como mencionado anteriormente o superendividamento não possui uma lei específica para regulá-lo, todavia o Brasil possui a Lei 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que regula as relações de consumo em seus diversos níveis.

O CDC nasceu por determinação da própria Magna Carta, possui ampla regulamentação das relações de consumo, algumas delas podem ser utilizadas para auxiliar o consumidor excessivamente endividado.

O art. 1º do CDC dispõe: “O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas disposições transitórias.” (BRASIL, 2011, p.776).

Logo o fornecedor não poderá escusar-se de cumprir o que determina o CDC, pois se o fizer responderá pelos danos causados ao consumidor.

Antes mesmo do início do contrato entre consumidor e fornecedor de crédito o CDC já estipula obrigações ao fornecedor, ou seja, na chamada fase pré-contratual, impõe o art. 31 do CDC o seguinte:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, 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. (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, p. 482, 2006)

Carpena e Cavallazzi (2005, p. 140) afirmam que é evidente que a adesão ao contrato de crédito ao consumo, de duração muitas vezes prolongada, que envolvam cálculos e taxas frequentemente incompreensíveis para o consumidor, impõe maior carga de informação a ser prestada pelo fornecedor.

Assim, o artigo 31 impõe o dever de informar na fase pré-contratual ao fornecedor, cujo rol é meramente exemplificativo, e que, no entanto, não vem sendo cumprido pelos fornecedores de crédito, muito embora a pena pelo descumprimento seja rigorosa, pois faz incidir o art. 46 do CDC, cujo teor é:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, p. 633, 2006)

Em outras palavras o contrato não terá seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é vincular as partes, é mais do que ineficaz é como que inexistente. (MARQUES; BENJAMIM; MIRAGEM, 2006).

O artigo 51, IV do CDC prevê a nulidade das cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade “ (BRASIL, 2011, p.777). Nas palavras de Carpena e Cavallazzi (2005, p. 142), “é evidente que o fornecedor que concede crédito a quem não tem condições de cumprir o contrato está praticando abuso de direito”.

Dentre as normas de proteção elencadas pelo CDC localiza-se o art. 52, cujo teor é:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º - As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

§ 2º - É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos. (BRASIL, 2011, p. 777)

Conforme bem explica Garcia (2009), o intuito é garantir ao consumidor a máxima informação possível para que possa fazer uma escolha consciente e mais vantajosa. No entanto, tem-se evidenciado um rol mínimo de informações que, na prática, não tem se revelado (MOURA; BESSA, 2008, p. 149).

No que diz respeito à publicidade, o artigo 37, § 1º, do CDC proíbe toda e qualquer publicidade que seja capaz de induzir a erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre o produto ou serviço. (FRANCO, 2010)

Imperioso acrescentar que na fase pós-contratual o art. 6, inciso V do CDC menciona que “São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 2011, p.773).

Este inciso do art. 6º é de grande importância para os superendividados uma vez que possibilita modificar ou rever cláusulas desproporcionais ao consumidor.

Sinalizando o primeiro passo do judiciário em busca da solução do conflito para os excessivamente endividados, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, seguidos dos demais tribunais estaduais, tem entendimento pacífico a favor de limitar os descontos de empréstimos consignados, do salário ou aposentadoria, a 30%, decidindo em analogia ao art.6º, § 5º da Lei 10.820/03.

Assim, o Poder Judiciário tem se manifestado a favor dos superendividados. Franco (2010, p. 239) menciona que:

A tendência da jurisprudência brasileira é reconhecer que o superendividamento é um problema social e atribuir responsabilidade também ao fornecedor de crédito pelas conseqüências (sic) e repercussões que o abuso de seu direito de exercer suas atividades desenvolvidas no mercado de consumo possa causar pela inobservância dos preceitos legais consumeristas, notadamente quanto a práticas comerciais abusivas e cláusulas lesivas aos interesses do consumidor.

A doutrina alerta que nem todas essas garantias são efetivamente cumpridas pelo fornecedor de crédito, bastando verificar que o crédito é oferecido por meio de caixa eletrônico, por telefone, dissimulado nas vendas parceladas que aparentemente não incidem juros, violando o dever de informação e demais deveres do art. 52 do CDC, ferindo os princípios da boa-fé objetiva, confiança e transparência.

Neste sentido, Moura e Bessa (2008, p.161) são incisivos ao criticar as instituições financeiras brasileiras, conforme abaixo:

[...] os principais bancos brasileiros no tocante ao grau de responsabilidade social, reflete o quadro já conhecido pelos órgãos de defesa do consumidor de indiferença em relação ao cumprimento da Lei 8.078/90, tanto nas questões elementares, como na entrega de contrato e transparência na oferta do crédito, como na preocupação em relação à situação de superendividamento.

Dados da pesquisa empírica realizada no Estado do Rio Grande do Sul em cem casos de superendividamento demonstram que somente em 37% dos casos houve informação do total da dívida (em 61% não houve e 2% não informou). Cópia do contrato somente foi fornecida em 43% (em 56% não foi fornecida cópia e 1% não sabia informar), destes 43%, 26% só o fizeram após o consumidor ter assinado o contrato. Em relação à publicidade, 22,4% dos consumidores tiveram a televisão como meio de informação a respeito do contrato, 20,6% por correspondência e 11,2% por e-mail. Importante acrescentar que 68% dos entrevistados tentaram resolver o problema administrativamente, no entanto sem êxito. (MARQUES, 2005, p.50)

Franco (2010, p. 242) afirma que: “[...] se as regras contidas no código de Defesa do Consumidor fossem observadas de forma plena pelos fornecedores e controladas de forma enérgica pelo Poder Judiciário, este fenômeno, que se alastra de forma avassaladora, não alcançaria os níveis insuportáveis da atualidade [...]”

7 IMPORTANTES LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO E SUGESTÕES PARA UMA LEI SOBRE SUPERENDIVIDAMENTO

Como dito anteriormente a maioria dos países da Europa e os EUA já possuem legislação específica sobre o tema, diferentemente do Brasil. Após estudos comparativos a doutrina menciona que existem duas grandes formas diferentes de tratar o superendividamento, o modelo francês e o americano, conforme bem explica Carpena (2007, p.83)

As soluções [...] em regra se alternam entre um procedimento de liquidação com perdão de dívidas e sem penhora do rendimento futuro, ou um plano de pagamento prolongado que alcance todos ou parte dos débitos. Na primeira hipótese, apurado o ativo e liquidado o passivo, o devedor pode reiniciar sua vida sem os encargos do passado; no segundo caso, busca-se uma fórmula para saldar integralmente as dívidas, persistindo a responsabilidade pelos compromissos assumidos.

Diante da apresentação dos dois modelos a doutrina converge no sentido de que o mais aplicável a realidade brasileira é o modelo francês, neste sentido Franco (2010, p. 237) “creio mais pertinente à realidade brasileira adotar as sugestões advindas do modelo francês.”

A legislação francesa impõe como normas em benefício do superendividado inúmeras alternativas.

Atualmente o sistema de tratamento francês está previsto no *Code de La Consommation*, em seu livro III, título III, o procedimento se inicia com perante a Comissão Departamental de Superendividamento, que atua administrativamente, na parte amigável, com o objetivo de elaborar um plano de recuperação, que pode envolver a aplicação das medidas de reescalonamento de pagamento, remissão do débito, bem como a redução ou supressão da taxa de juros, e a consolidação, criação ou subordinação de garantias. Não havendo conciliação, a comissão de superendividamento poderá recomendar medidas a serem analisadas pelo magistrado da execução, sempre avaliando as condições pessoais do superendividado para se aferir se agiu de boa-fé. (CARPENA; CAVALLAZZI, 2005, p. 136) (grifo do autor)

Outras medidas previstas na legislação francesa tendem a prevenir o superendividamento, como por exemplo: (Franco, 2010) o prazo obrigatório de sete dias de reflexão, com exigência de formulário, contendo oferta, a identificação do fornecedor e características do produto ou serviço, com informação do preço à vista e financiado, taxa anual de juros e número de prestações, para que o consumidor possa exercer o seu direito de comparação, escolha e retratação; obrigatoriedade de interdependência entre o contrato de consumo e o contrato de financiamento, garantindo a unidade econômica da operação de crédito; a garantia de um tratamento igualitário entre o consumidor e o fiador. E finalmente, a proibição de publicidade de crédito gratuito superior a três meses e com indicação do montante do desconto concedido em caso de pagamento à vista.

Com base na legislação francesa foi criado o Projeto-piloto do TJRS, que mereceu o Prêmio Innovare em 2008, (MARQUES, 2010) onde as autoras implantaram mediações em suas comarcas e obtiveram grande sucesso.

Ratificando a necessidade de criação de uma legislação específica, Marques, Lima e Bertoncello, criaram um anteprojeto de lei que dispõe sobre a prevenção e tratamento do superendividamento de consumidores pessoas-físicas de boa-fé.

O Anteprojeto de Lei segue a mesma linha do Projeto-piloto, estabelecendo um plano de tratamento dividido em uma fase conciliatória e, se, ausente uma fase judicial, menciona ainda um plano de prevenção.

O que fica evidente diante da presente pesquisa é a necessidade tratar e prevenir o superendividamento, neste sentido Marques (2005, p. 14) atenta: “Desde 1995, alerta que este fenômeno instala-se também nos países emergentes e que o Direito brasileiro está sendo chamado a dar resposta justa e eficaz a esta realidade complexa [...]”.

A intensa discussão a respeito do tema do é de grande importância para determinar a melhor forma de tratar e prevenir o superendividamento do consumidor.

Diante do exposto, verifica-se que o arcabouço jurídico nacional pode e realmente necessita ganhar mais uma norma, ainda não definida, mas, que deverá ter por fim proteger o consumidor superendividado concedendo-lhe a possibilidade de reabilitação. O surgimento desta nova norma só pode denotar alegria aos estudiosos da área, diante da demonstração de maturidade jurídico-legal brasileira, que vem a cumprir seu papel suprimindo, mediante lei, as necessidades sociais.

8 CONCLUSÃO

A vulnerabilidade do consumidor e sua proteção constitucional levam a conclusão de que o superendividamento, como fenômeno de exclusão social, deve ser combatido e prevenido.

O endividamento excessivo é um verdadeiro problema social que põe em risco a sobrevivência do consumidor e de sua família, sendo evidente a sua incompatibilidade com os ideais constitucionais e da política nacional de consumo, trazida pelo CDC, de proteção do consumidor, de manutenção da dignidade humana no seu mínimo vital.

O desequilíbrio nas relações de consumo que envolvem crédito é flagrante e exige a adoção de regras próprias para tratamento do assunto. No entanto, é certo afirmar que, se as regras legislativas existentes no Código de Proteção e Defesa do Consumidor fossem seguidas pelos fornecedores parte desse problema teria sido evitada.

Deste modo, mister se faz a adoção de regras próprias para a situação de superendividamento, que venham a firmar as normas já existentes e estabelecer outras que apresentem soluções para preservação do *homo economicus*.

Deverá ser desenvolvido um método de prevenção e tratamento do superendividamento a fim impedir que o consumidor chegue ao estado crítico de incapacidade econômico-financeira e de recuperá-lo caso já imerso nessa conjuntura.

A edição de uma nova lei para os consumidores superendividados deverá ser precedida de intenso debate a fim de aprimorar e revelar às dificuldades contidas no tema, garantindo uma solução que não represente um estímulo à inadimplência e que vise à manutenção do mínimo existencial, garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990, Vade Mecum compacto, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988, Vade Mecum compacto, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARPENA, Heloisa. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 77-89, jan/março. 2007.

_____.CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli, Superendividamento:proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 55, p. 120-148, jul/set. 2005.

CAVALIERE FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Vol. XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CEZAR, Fernanda Moreira. O consumidor superendividado: por uma tutela à luz do direito civil-constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 63, p. 131-164, jul/set. 2007

FRANCO, Marielza Brandão. O superendividamento do consumidor: fenômeno social que merece regulamentação legal. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 74, p. 227-242, abril/jun. 2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GARCIA, José Augusto. O princípio da dimensão coletiva das relações de consumo: reflexos no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos danos morais e às conciliações. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 28, p. 59-68, out/dez. 1998.

GAULIA, Cristina Tereza. As diversas possibilidades do consumidor superendividado no plano judiciário, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 75, p. 136-165, jul/set. 2010.

_____.O abuso de direito na concessão de crédito: o risco do empreendimento financeiro na era do hiperconsumo, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 71, p. 34-64, jul/set. 2009.

KIRCHNER, Felipe.Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 65, p. 63-113, jan/março. 2008.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LIMA, Clarissa Costa de. Medidas preventivas frente ao superendividamento dos consumidores na União Européia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 76, p. 207-238, out/dez. 2010.

_____; BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 55, p. 12-52, jul/set. 2005.

_____.Algumas perguntas e resposta sobre prevenção e tratamento do superendividamento dos consumidores pessoas físicas, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 75, p. 9-42, jul/set. 2010.

_____.BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____.BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MODENA, Carla. Pesquisa Mostra o crescimento no valor da dívida das famílias brasileiras. **Jornal da Globo**. Edição do dia 20 de junho de 2011, Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2011/06/pesquisa-mostra-o-crescimento-no-valor-da-divida-das-familias-brasileiras.html>> Acesso em 21/06/2011.

MOURA, Walter José Faiad de; Bessa BESSA, Leonardo Roscoe; Impressões atuais sobre o superendividamento: sobre a 7ª conferência Internacional de Serviços financeiros e reflexões para a situação brasileira. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 65, p. 144-162, jan/mar. 2008.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor: com exercício**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

OLIBONI, Marcela Lopes de Carvalho Pessanha. O superendividamento do consumidor brasileiro e o papel da defensoria pública: criação da comissão de defesa do consumidor superendividado, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 55, p. 168-176, jul/set. 2005.

PAVITT, Trevor. 'Os bancos têm que parar de cometer abusos'. **O Globo**, Rio de Janeiro, 08 de maio de 2011. Caderno de Economia, 2 ed, p. 34.

SCHMIDT NETO, André Perin. Superendividamento do consumidor: conceito: pressupostos e classificação, **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 71, p.09-33, jul/set. 2009.