16

O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA NO BRASIL

RUY ROSADO DE AGUIAR JR.
Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Diretor do BrasIlcon.

Revista de Direito do Consumidor • RDC 16/22 • out.-dez./1995

1. O ordenamento jurídico brasileiro formou-se de acordo com os princípios do direito continental europeu, organizando seu processo civil para atender às demandas individuais. "Parte" no processo era, em princípio, apenas aquele que se apresentasse como sendo o titular de um interesse juridicamente protegido, sendo vedado pleitear em juízo, em nome próprio, direito alheio (art. 6.º do CPC/73). Somente poucas leis especiais admitiam exceções à regra geral, permitindo a legitimidade *ad causam* de algumas pessoas para a defesa em juízo de interesses comuns ou coletivos (Ada Pellegrini Grinover, "A problemática dos interesses difusos", in *A tutela dos interesses difusos*, Ed. Max Limonad, 1984, p. 38). Assim, no direito comercial, a lei das sociedades anônimas permite ao acionista promover, em favor da sociedade, ação de responsabilidade contra o administrador que causou prejuízos ao patrimônio social (art. 159, § 3.º, da Lei 6.404, de 15.12.76). A lei sobre a edificação de condomínios autoriza qualquer condômino, na omissão do síndico, a promover, em benefício do condomínio, ação para o cumprimento dos deveres estipulados na convenção (Lei 4.591, de 16.12.64, art. 21, parágrafo único). O antigo Estatuto da OAB (Lei 4.215/63, art. 129) legitimava seu presidente a agir para a defesa das prerrogativas da profissão. O atual dispositivo é ainda mais abrangente, conferindo-lhe o poder de agir contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins do estatuto em vigor (art. 49, Lei 8.906, de 4.7.94). O sindicato tinha legitimidade para promover dissídio coletivo sobre as relações de trabalho (art. 857 da CLT, de 1.5.43) e para cobrar salários devidos à categoria (Lei 6.708, de 30.10.79), hoje com poderes ampliados, nos termos do art. 8.º, III, da Constituição: "Todas essas autorizações legais,

todavia, dizem com os interesses coletivos, e não com os interesses difusos... A primeira explícita tutela jurisdicional de interesses difusos, embora com limitação, se dá com a instituição da ação popular (Lei 4.717, de 29.6.65)" (Kazuo Watanabe, *A tutela dos interesses difusos*, Max Limonad, 1984, p. 88). Segundo essa lei, qualquer cidadão, munido do seu título eleitoral, pode promover a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. Trata-se, porém, de uma norma que produz efeitos apenas no âmbito do direito administrativo e nas relações dos cidadãos com o Estado, para o controle da moralidade da administração pública.

2. A grande e significativa mudança ocorreu com a publicação da Lei 7.347, de 24.7.85, que disciplinou a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico. A situação específica do consumidor foi depois regulada pelo Código de Defesa do Consumidor (1990), a que nos referiremos adiante. Vejamos, agora, os princípios consagrados na lei de 1985.

A ação civil pública pode ser para o fim de obter a) uma condenação em dinheiro, destinada a indenizar o dano já causado, ou b) a cominação para fazer ou não fazer algo. Na ação que tenha por objeto obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação ou da atividade devida, ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária (*astreintes*), se esta for suficiente e compatível, independentemente de requerimento do autor (art. 11). Os recursos advindos das condenações em dinheiro são destinados a um fundo para a reconstituição dos bens lesados, que hoje está sendo regulamentado pela secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça.

Além das ações principais, podem ser promovidas ações cautelares, para prevenir a ocorrência de danos futuros, propostas como preparatórias ou incidentais de uma ação principal, ou desde logo ajuizadas com caráter satisfativo, caso em que o deferimento da medida dispensa a propositura de ação principal. A doutrina tem apontado para a importância do caráter preventivo que deve assumir, de preferência, a tutela jurisdicional nesse campo, onde se evidencia a insuficiência das medidas repressivas (José Carlos Barbosa Moreira, *A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, op. cit., p. 102).

Estão legitimidados *ad causam*, além da União Federal (a República), dos Estados (departamentos ou províncias, com autonomia administrativa) e dos Municípios (administração local), o Ministério Público e as associações civis constituídas há mais de um ano, que tenham por finali-

dade a proteção daqueles interesses referidos na lei. O Ministério Público, quando for o autor da ação, atuará como *custos legis*, e prosseguirá no processo, se o autor dele desistir.

O foro competente é o do local onde ocorrer o dano. É preciso observar, porém, ser o Brasil uma República Federativa, tendo na sua organização judiciária uma Justiça Federal, com competência para processar e julgar os processos em que a União, suas autarquias e empresas tiverem interesse (art. 109, I, da CF/1988), tocando à Justiça dos Estados-membros a competência residual para as demais causas da justiça comum. Portanto, quando no processo houver interesse da União, a competência se desloca para a Justiça Federal.

O procedimento será sumário, com possibilidade de defesa e produção de prova em uma audiência, para as causas até 20 vezes o salário mínimo (US$ 110,00 dólares) ou quando se tratar de ressarcimento por danos em prédios, ou para o cumprimento de leis municipais (Hugo Nigro Mazzilli, *Interesses Difusos em Juízo*, RT, 1993, p.115). Para as demais hipóteses, deve ser observado o procedimento comum ordinário, que prevê prazo para oferecimento da defesa (contestação), oportunidade para produção de prova pericial e realização de audiência final de instrução e julgamento. Nestas ações, não haverá adiantamento de custas, honorários ou outras despesas, nem a associação autora poderá ser condenada nas custas, salvo se provada a sua má-fé.

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16).

3. O Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990 (Lei 8.078, de 11.9.90), manteve os princípios básicos e inovadores introduzidos pela Lei de 1985, mas foi mais detalhado e minucioso na exposição do tema, além de avançar em alguns pontos.

Começou por equiparar, aos consumidores, as vítimas dos danos sofridos na relação de consumo, para o efeito de ações judiciais. Definiu as hipóteses de defesa coletiva:

1 – *Interesses ou direitos difusos* são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Serve de exemplo o caso da publicidade abusiva, veiculada através da imprensa a afetar um número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação-base. A ação coletiva tutelará os direitos da

coletividade atingida (Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, FU, 2.ª ed., p. 505). Como precedente judiciário, deve ser mencionada a ação promovida em Porto Alegre-RS por uma associação de consumidores contra a Nestlé, divulgando publicidade que induzia crianças à prática do furto para a obtenção dos seus produtos (Proc. 011911112364, 1991, Juiz Wilson Roddyez).

2 – *Interesses ou direitos coletivos*, assim entendidos os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

São traços distintivos, em relação aos interesses difusos, a determinabilidade dos sujeitos e a existência de uma relação básica a uni-los.

"A doutrina designa como coletivos aqueles interesses comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente, quando exista um vínculo jurídico entre os componentes do grupo: a sociedade mercantil, o condomínio, a família, os entes profissionais, o próprio sindicato, dão margem a que surjam interesses comuns, nascidos em função de uma relação-base que une os membros das respectivas comunidades e que, não se confundindo com interesses estritamente individuais de cada sujeito, permite a sua identificação." (Ada Pellegrini Grinover, "Ações coletivas para a tutela do meio ambiente e dos consumidores", in *Novas tendências do Direito Processual*, Forense, 1990, p. 149).

Serve de exemplo a ação coletiva movida pelo Ministério Público para a defesa de interesse coletivo dos pais de alunos de uma determinada escola, reclamando do abuso na fixação do reajuste das mensalidades escolares.

3 – *Interesses ou direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

É a aplicação que se faz no nosso sistema de um modelo inspirado na *class action*, para permitir ação coletiva, intentada pelos legitimados ativos (Ministério Público e associações civis, e, teoricamente, também a União e outras entidades públicas), para a obtenção de reparação dos danos individualmente sofridos na relação de consumo, desde que eles tenham uma origem comum. O legislador procurou dar uma solução que desgarra da nossa tradição individualista no tratamento das questões processuais, para admitir o fenômeno das ações de massa, como as que decorrem da aquisição por inúmeras pessoas de um produto viciado, ou das que sofrem individualmente com os efeitos de uma publicidade enganosa. Uma parte da doutrina, mais fiel aos velhos preceitos, e os tribunais,

têm oposto restrições à inovação, criticando a expressão indeterminada "origem comum", além de não admitirem a legitimação extraordinária do Ministério Público, principalmente, mas também de associações civis para promoverem ações destinadas à proteção de interesse disponível.

Proposta a ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos, deverá ser publicado edital, para permitir que os interessados intervenham no processo como litisconsortes. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados, uma vez que as vítimas deverão promover individualizadamente a liquidação, para definir o *quantum* que lhes é devido. Feito isso, a execução poderá ser coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, a processo de execução seguirá o procedimento do Código de Processo Civil.

O Código também trata da coisa julgada, que será:

1 - *Erga omnes* (para toda a coletividade), na ação coletiva para defesa de interesse ou direito difuso. Porém, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, por idêntico fundamento, valendo-se de prova nova;

2 - *Ultra partes*, atingindo outras pessoas, desde que integrantes do grupo, categoria ou classe, para as ações de defesa de interesse ou direito coletivo, com a mesma ressalva do número anterior, quanto à improcedência por insuficiência de provas;

3 - *Erga omnes*, quando procedente a ação, para beneficiar as vítimas e os seus sucessores, nas ações coletivas de defesa de interesses individuais homogêneos.

As ações coletivas dos números 1 e 2 não prejudicam direitos individuais; a de número 3, se improcedente, não atinge quem dela não participou como litisconsorte, que poderá propor ação individual; as ações coletivas dos números 1 e 2 não induzem litispendência com as ações individuais; os efeitos da coisa julgada das ações de números 2 e 3 não beneficiarão os autores das ações individuais se estes não tiverem, oportunamente, requerido a suspensão dos seus processos (art. 103).

4. O Código de Defesa do Consumidor não se preocupou apenas com a regulamentação das ações coletivas.

Cuidou de introduzir regras de natureza processual que garantissem, também nas ações individuais, a facilitação de acesso à Justiça e a eficácia da defesa dos direitos do consumidor.

O artigo 5.º dispõe sobre a assistência jurídica gratuita ao consumidor, e prevê a organização de serviços especializados do Ministério Público na defesa do consumidor. Também determina a criação de juizados especiais de pequenas causas e juízos comuns especializados na solução de litígios de consumo, órgãos judiciais de que adiante trataremos.

A facilitação da defesa dos direitos do consumidor é assegurada inclusive com a inversão do ônus da prova, quando, a critério do juiz, for verossímil a sua alegação ou for ele hipossuficiente, segundo as regras da experiência (art. 6.º, VIII, CDC). O preceito é importante porque um dos instrumentos mais comuns usados em juízo para negar os direitos subjetivos é invocar as regras sobre a prova, para exigir formalidades, impor restrições à sua apuração, criar critérios de valoração etc., tudo com o fim de obstaculizar a aplicação da norma que consagra o direito material. Ademais, pode ser impossível ou muito difícil ao consumidor fazer a prova do fato, mas inversamente fácil ao fornecedor, daí porque deve recair sobre este, que dispõe de condições para esclarecer os fatos, o dever de prová-los. É a aplicação do princípio da carga dinâmica da prova.

A lei consagra a *disregard doctrine*, ao estabelecer que o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando: a) em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ilícito ou violação do contrato social; b) ficar caracterizado o estado de falência, insolvência ou de encerramento das atividades da empresa por má administração; c) a personalidade jurídica for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores. Nos casos das alíneas *a* e *b* trata-se de uma sanção aplicada ao fornecedor que pratica ato contrário ao Direito ou ao contrato, enquanto que na última hipótese a desconsideração funciona para garantia de reparação do dano.

Contrariando a regra geral de que o foro para as ações pessoais se define pelo domicílio do réu, o art. 101, I, CDC permite que a ação de responsabilidade do fornecedor seja intentada no domicílio do autor. Já a cláusula de foro de eleição, prevista nos contratos de adesão para beneficiar o estipulante, é considerada abusiva, e, como tal, nula de pleno direito. Apesar disso, a jurisprudência predominante continua exigindo que, nas ações promovidas contra o consumidor, a exceção de incompetência do juízo seja argüida pelo réu, o que, na prática, significa deixá-la sem defesa, considerando as grandes distâncias existentes no país.

O consumidor dispõe de diversas espécies de ações para promover em juízo a defesa de seus direitos violados:

a) Ação de indenização, independentemente da existência de culpa do fornecedor, pelos danos causados por defeitos dos produtos ou servi-

ços, sendo considerado defeituoso o produto ou o serviço que não oferece a segurança que dele legitimamente se espera;

b) Ação de modificação do contrato, fundada no desequilíbrio das prestações, já existente ao tempo da celebração do contrato;

c) Ação de revisão do contrato, decorrente de fato superveniente, tornando excessivamente onerosa a prestação. Esta, como a anterior, visam manter o contrato, embora alterado;

d) Ação de adimplemento ou de cumprimento, contra o fornecedor que está cumprindo mal o contrato, a fim de que sane o vício de qualidade ou quantidade, substituindo o produto ou abatendo o preço;

e) Ação de resolução do contrato, para extinguir a relação negocial, seja pelo incumprimento do fornecedor, de tal monta que a continuação do contrato perdeu interesse para o consumidor, seja pela superveniência de fato novo, que tornou excessivamente onerosa a prestação (Ruy Rosado de Aguiar Jr., "Aspectos do Código de Defesa do Consumidor", *Ajuris*, 52/181);

f) Ação de rescisão do contrato, para extingui-lo pela lesão enorme verificada na sua celebração, como tal considerada a cláusula que assegura vantagem exagerada ao fornecedor;

g) Ação de arrependimento, para fazer valer o seu direito de desfazer o negócio que tenha sido contratado fora do estabelecimento comercial.

A enumeração não é exaustiva, pois o consumidor pode usar de todas as ações previstas no ordenamento jurídico, como as cautelares, acima referidas, a ação de consignação em pagamento, a ação de nulidade, a ação cominatória, a ação de cancelamento de registro em banco de dados, quando feito indevidamente ou persistir por mais tempo do que o permitido em lei, etc.

5. A Constituição de 1988 incluiu a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica e financeira (art. 170, V, CF/1988) e determinou, no ato das disposições transitórias, que se elaborasse, em 6 meses, o Código de Defesa do Consumidor (art. 48 do ADCT). Além disso, ordenou a criação de juizados especiais, na Justiça dos Estados e do Distrito Federal (Brasília), competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade (art. 98, 1).

Desde 1984, antes, portanto, da Constituição, está em vigor no país a Lei 7.244, de 7.11.84, que dispôs sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, que tem como principais características:

I – A sua competência é para as causas de reduzido valor econômico, como tal consideradas as que não excedam a 20 vezes o salário mínimo (US$ 2.200,00), excluídas algumas ações, como as relativas ao estado e capacidade das pessoas, alimentares, contra a fazenda pública, etc.

II – Somente as pessoas físicas podem propor ações perante o juizado. Com isso se evitou transformar o Juizado em balcão de cobranças das empresas. O interessado deve comparecer pessoalmente, podendo ser assistido por advogado.

III – A parte poderá solicitar a assistência de um advogado, se a outra comparecer assistida por um profissional ou se o réu for pessoa jurídica.

IV – O pedido poderá ser oral, reduzido a escrito na secretaria do juízo, com a citação do réu efetuada pelo correio.

V – O procedimento se desenvolve em uma audiência, realizada no horário noturno. As partes são encaminhadas inicialmente à presença do conciliador, preferentemente um advogado, que tratará de encontrar, de comum acordo com as partes, uma solução para o litígio. Mais de 60% das causas se extinguem por conciliação, cujo termo é homologado pelo juiz. Inviabilizado o acordo, as partes podem escolher um árbitro, que resolverá o litígio através de um laudo. A experiência demonstrou que esta é uma alternativa pouco usada. Afastada a conciliação e o arbitramento, realiza-se a audiência de instrução e julgamento, presidida por Juiz togado, que colhe a prova e profere sentença oral.

VI – Somente cabe recurso para uma turma de 3 juízes de 1.º grau. Não se admite recurso para os tribunais comuns, nem cabe a ação rescisória das suas sentenças.

6. Depois da Constituição de 1988, alguns Estados-membros editaram leis tratando de reorganizar o sistema dos Juizados de Pequenas Causas. O Estado do Rio Grande do Sul (população de 7 milhões de habitantes), onde se iniciou a instalação desse serviço judiciário, no início da década de 80, conta hoje com 129 juizados instalados, que processam e julgam, anualmente, com a duração média de tramitação de 45 dias, mais de 85.000 feitos, o que corresponde a 30% do movimento cível do Estado. Dos 85.000 feitos, 25% são ações de consumidores, isto é, 21.000 causas estão fundadas no Código de Defesa do Consumidor. As leis editadas em 1991 (Leis Estaduais 9.442, de 3.12.91, e 9.446, de 6.12.91) permitiram a designação de juízes leigos, que podem ir além da conciliação, colhendo a prova e submetendo ao juiz togado uma proposta de solução para o litígio. A partir de 1991, também foram instalados conselhos de conciliação em localidades onde não existem serviços judiciários, com competência para processar as demandas até a conciliação. É uma providência que se tem mostrado eficaz para ampliar a oportunidade de acesso à Justiça para

as populações que residem em localidades distantes da sede do juízo. O processo de execução de suas sentenças, que a Constituição veio atribuir aos juizados especiais, está agora regulado de modo a torná-lo menos formal, permitindo ao juiz e às partes providências que facilitem o cumprimento da sentença e a satisfação do credor.

No âmbito da Justiça comum, foram instaladas na Capital do Estado (Porto Alegre) duas varas com competência para as causas que, não encaminhadas ao juizado especial, derivam de uma relação de consumo.

No Estado de São Paulo, o mais populoso e importante Estado da Federação (33 milhões de habitantes e 2 milhões de causas novas ajuizadas a cada ano), funciona o Serviço do Juizado Informal de Conciliação e do Juizado de Pequenas Causas, regulado pelo Provimento 511, de 30.8.94, que conta com 241 juízos e atende a 176 mil demandas anualmente. Recentemente, junto ao Procon, órgão administrativo estadual incumbido de prestar assistência ao consumidor, foi instalado um juizado de pequenas causas, que recebe diretamente do interessado as reclamações que não alcançaram solução no âmbito administrativo. Funcionando há 2 meses, já registrou 519 litígios sobre o consumo.

7. Em conclusão, observa-se que, após a Constituição de 1988, está havendo crescente conscientização das pessoas a respeito de sua cidadania e dos direitos que daí derivam, muito especialmente pela utilização das ações coletivas, através de instituições intermediárias, e dos juizados especiais, que têm sido motivo de significativos êxitos nos lugares onde instalados, seja pela aceitação do povo, satisfeito com a possibilidade de acesso imediato, sem custos, seja pela celeridade que através dele se consegue imprimir ao processo, vencendo o formalismo que nos vem do Direito Romano. É preciso, porém, não esquecer que a organização judiciária como um todo apresenta-se deficiente, contando com apenas 7.000 juízes em todo o país, além do fato de que não têm acesso à Justiça os excluídos dos benefícios da sociedade de consumo, que constituem um grande contingente. A legislação sobre as relações de consumo não eliminará os defeitos do sistema econômico-social do país e a desigualdade que se encontra não apenas entre fornecedor-consumidor, mas entre os próprios consumidores, nem a criação dos Juizados especiais resolverá os sérios problemas que angustiam a Justiça, mas as duas iniciativas constituem a mais eficaz providência adotada para diminuir a perda de justiça nas relações contratuais.*

* Relatório apresentado ao V Congresso Internacional de direito do consumidor – Toronto, Canadá, 25-27.5.95.

EDIÇÕES ESPECIAIS

REVISTA DOS TRIBUNAIS

100 anos

DOUTRINAS ESSENCIAIS

DIREITO DO CONSUMIDOR

Volume VI

TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

- DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO
- INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA
- AÇÕES COLETIVAS E COISA JULGADA
- DEFESA ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR E MODOS DE SOLUÇÃO ALTERNATIVOS
- CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

CLAUDIA LIMA MARQUES
BRUNO MIRAGEM
Organizadores

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

REFERÊNCIA:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O acesso do consumidor à justiça no Brasil. In: MARQUES, Claudia; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do consumidor**: tutela das relações de consumo: defesa do consumidor em juízo, inversão do ônus da prova, ações coletivas e coisa julgada, defesa administrativa do consumidor, ... São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6. (Doutrinas essenciais). p. 391-399.

Texto também publicado em:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O acesso do consumidor à justiça no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 16, p. 22-28, out./dez. 1995.