

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO CONSUMIDOR

Andréia Affonso Reis de Souza

A TUTELA ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR: ANÁLISE PROCEDIMENTAL
DO PROCON E A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA COOPERÇÃO

Porto Alegre
2017

Andréia Affonso Reis de Souza

A TUTELA ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR: ANÁLISE PROCEDIMENTAL
DO PROCON E A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA COOPERÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Especialista em
Direito do Consumidor da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Sophia Martini Vial

Porto Alegre
2017

RESUMO

O presente estudo tem como escopo a proteção administrativa do consumidor. Com o advento da Lei nº 8.0078 a relação de consumo passou a ser orientada por novos princípios fundamentais. A tutela administrativa é, sem dúvida, tema crescente no âmbito das relações de consumo. Isso porque, a partir da Constituição Federal os órgãos e entidades administrativas passaram a exercer a proteção do consumo. Será apresentada a evolução histórica do direito consumerista, bem como da origem das associações. Também abordará o presente estudo o consumerismo no Brasil, será abordado sua origem bem como características. Por seqüência abordará a Lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal, também se analisará o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, momento em que será realizada análise do processo administrativos nos Procons, momento em que se verificará a competência fiscalizatória dos órgãos, o procedimento das reclamações, e o poder de polícia administrativa. Posteriormente adentra-se no estudo do princípio da cooperação positivado pelo Código de Processo Civil/15 e a possibilidade de aplicação aos processos administrativos de competência dos Procons.

Palavras-chave: consumidor, vulnerabilidade, constituição, administrativo, procon, poder de polícia, cooperação,

ABSTRACT

The present study is aimed at the administrative protection of the consumer. With the advent of Law n. 8.0078, the consumption relationship began to be guided by new fundamental principles. Administrative protection is undoubtedly a growing issue in the context of consumer relations. This is because, from the Federal Constitution, the organs and administrative entities began to exercise the protection of consumption. It will present the evolution of the history of consumer law, as well as the origin of associations. The study will also address the consumerism in Brazil, its origin will be approached as well as characteristics. Following will address the Law that regulates the administrative process in the federal scope, will also analyze the National System of Consumer Protection, at which time will be carried out analysis of the Administrative Proceedings in Procons, at which time it will be verified the powers of audit of the bodies, the complaints procedure, and the administrative police power. Subsequently, the study of the principle of cooperation positivized by the Code of Civil Procedure / 15 and the possibility of application to the administrative processes of competence of Procons.

Keywords: consumer, vulnerability, constitution, administrative, procon, police power, cooperation,

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	6
2 – ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO MUNDO.....	7
2.1 – O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL.....	13
2.2 – A ORIGEM CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	13
2.3 – O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE.....	16
2.4 – A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	21
3 – O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	27
3.1 – O PROCESSO ADMINISTRATIVO DA LEI nº 9.784/99.....	29
3.2 A TUTELA ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR.....	34
3.2.1 O Procon.....	35
3.2.2 – O processo administrativo regulado pelo Decreto nº 2.1.81/97.....	37
3.2.3 – A reclamação individual.....	39
3.2.4 – O cadastro de reclamações fundamentadas.....	41
3.3– AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA	44
2.2 – O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	46
4 – CONCLUSÃO.....	53
5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

Consumir sempre foi uma necessidade humana. Juntamente com a sociedade, as relações consumistas evoluíram de forma consistente. Assim sendo, tais relações que, primordialmente firmados mediante permutas ou escambos através de uma relação de proximidade entre consumidor e fornecedor, hoje são relações complexas, distantes e impessoais.

Nas relações de consumo, em que a produção em massa, o advento do contrato de adesão, a massificação do crédito, transformam, invariavelmente o consumidor na parte mais fraca da relação, que passa a ser dominada por um fornecedor, dotado de poderio econômico, podendo, assim, impor sua vontade.

A necessidade de uma proteção específica foi evidenciada ao se verificar as mudanças econômicas ocorridas ao longo dos tempos. O avanço tornava as relações de consumo mais complexas, colocando o consumidor em posição de vulnerabilidade. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor nasce com escopo protetivo.

O foco do presente estudo é a tutela administrativa do consumidor, mais precisamente aquele de competência dos Procons.

De início será abordada a origem histórica do direito do consumidor, será traçado o panorama mundial, bem como a origem constitucional do direito do consumidor no Brasil. Será também trabalhado os conceitos de vulnerabilidade e inversão do ônus da prova.

Já no segundo momento do estudo, será trazida a análise sobre a Lei nº 9.784/99, seus princípios norteadores e procedimentos.

Após a análise da lei federal, será abordada a tutela administrativa, regulada pelo Decreto nº 2.181/99. Nesse contexto, será realizado o estudo do processo de reclamação individual no Procon, seus trâmites e o cadastro de reclamações fundamentadas.

Por último se analisará o princípio da cooperação positivado pelo Código de Processo Civil, e proposta a reflexão sobre a possibilidade de aplicação do princípio dentro do processo no Procon.

2 – ANÁLISE HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO MUNDO

A industrialização do mercado surge como marco inicial da proteção do consumo, nas palavras de Cavalieri Filho, para entendermos a origem do direito do consumidor, especial atenção merece a Revolução Industrial.

Nesse sentido, com o advento da Revolução Industrial houve a substituição da produção manual pela máquina, se antes o trabalho era realizado de forma manual, artesanal e, até mesmo dentro do núcleo familiar, a revolução veio a mudar esse modo de produção. O fabricante que antes tinha total domínio da produção, que conhecia o produto desde sua concepção até a venda, passa a ser apenas uma peça dentro de uma extensa cadeia de produção, consequência lógica da produção em massa¹.

Cavalieri Filho, ainda nos adverte que, apesar dos incontestáveis benefícios, o desenvolvimento tecnológico e científico o consumidor foi exposto a riscos antes inimagináveis. Isso porque, lembra o autor que, na produção em série, um único defeito de concepção ou de fabricação, pode gerar danos para um número incalculável de consumidores. A título de exemplo, usa o caso da Talidomida Contergam², sedativo retirado do mercado porque provocou deformidade em milhares de nascituros.

A produção em massa trouxe consigo situações em que o consumidor precisava ser amparado e, nesse contexto, se destacam os movimentos pró-consumidor. Pode-se dizer que os primeiros movimentos consumeristas que se tem notícia originaram-se nos Estados Unidos em virtude do avanço do capitalismo.

Em Nova York, Josephine Lowell fundou a *New York Consumers League*, associação de consumidores que buscava a melhoria das condições de trabalho locais e combatia a exploração do trabalho feminino. A associação elaborava “Listas

¹ CAVALIERI Filho, Sergio. *Programa de direito do consumidor*.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p.2.

² A Talidomida é um medicamento perigoso, responsável pela deformação de fetos. A droga foi desenvolvida em um laboratório alemão e lançada no mercado consumidor no final da década de 50. Considerada como calmante e ansiolítico, a Talidomida foi largamente usada por gestantes para controlar as constantes náuseas e a tensão, típicas dos primeiros meses de gravidez. No entanto, o alívio que se tinha no princípio transformava-se em desespero e angústia alguns meses depois. Ao longo dos anos 60, muitos bebês nasceram deformados, sem braços ou pernas, com deficiências na estrutura vertebral, cegos ou surdos. Descobriu-se, algum tempo depois, que essas consequências eram provocadas pela Talidomida. A droga fora lançada no mercado sem, ao menos, ter sido submetida aos devidos testes de laboratório. Em 1961, depois de muitos protestos e manifestações, a Talidomida foi proibida no mundo inteiro. Disponível em: < <https://abvt.wordpress.com/o-que-e-a-talidomida/>> acesso em 03 de maio de 2017.

Branças”, contendo nome de produtos que os consumidores deveriam escolher preferencialmente, pois as empresas que os produziam e comercializavam respeitavam os direitos dos trabalhadores, como salário-mínimo, horários de trabalho razoáveis e condições de higiene condigna. Era uma forma de influenciar a conduta das empresas pelo poder de compra dos consumidores³.

Anos depois, em 1899, Florence Kelley, reúne as associações de Nova York, Boston, Chicago e Filadélfia, e cria a *National Consumers League*. Como filosofia principal, a NCL, preconizava que as condições de trabalhos socialmente aceitáveis, devem ser refletidas pelas compras, pois é o consumidor o responsável por exigir segurança e confiabilidade dos bens e serviço que adquire⁴. Nas palavras de Kelley, “*To live means to buy, to buy means to have power, to have power means to have responsibility*”⁵

Já no século XX, incumbido de publicar artigo sobre a escravidão do salário da indústria da carne, o romancista Upton Sinclair se disfarça de operário e se infiltra nas indústrias de carne em Chicago. A missão, no entanto, deu origem a obra *The Jungle* (A Selva), na qual, Sinclair descreve, de maneira bastante realista, não só as condições de trabalho, mas também as horríveis condições de empacotamento e fabricação de embutidos.

Tamanha foi a repercussão da obra, que em 1906, foi editada a primeira lei de alimentação e medicamentos, a *Pure Food and Drug Act*⁶.

A lei em comento foi assinada pelo então presidente Theodore Roosevelt e tinha como objetivo principal a proteção contra adulteração de alimentos e produtos, assegurando uma série de exigências para circulação dos produtos, tais como a composição descrita no rótulo da embalagem.

Ainda em resposta a obra se Sinclair também foi editada a lei de inspeção da carne, a *Meat Inspection Act*, em 1907. A lei exigiu que Departamento de Agricultura dos EUA, inspecionasse todos os bovinos, ovinos, caprinos e cavalos, antes e depois de serem abatidos. A lei também era aplicada aos produtos importados, que eram tratados com o mesmo rigor.

³ Cavellieri Filho, Sergio. Programa de direito do consumidor.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p.4.

⁴ Disponível em < <http://www.nclnet.org/history>> acesso em 03 de maio de 2017.

⁵ Viver significa comprar, comprar significa ter poder, ter poder significa ter responsabilidade.(tradução nossa)

⁶ Disponível em < <https://www.fda.gov/aboutFDA/WhatWeDo/History/>> acesso em 03 de maio de 2017.

Em 1936 é criada a “*Consumer Union*”⁷, tornando-se a maior entidade de defesa do consumidor do mundo. A missão era orientar os consumidores assessorando-os e auxiliando-os, para que, então, possam tomar suas decisões de forma segura.

Anualmente a referida entidade publica, por intermédio de sua revista *Consumer Reports*, relatório anual em que aponta a vantagem e desvantagem de produtos por ela analisados.

Apenas para ilustrar a importância e credibilidade da entidade, no ano de 2016, após identificar que a publicidade do veículo E-Class, da marca Mercedes Benz, que ao anunciar sobre a função de condução semi-autônomo do carro, utilizava expressões como “um veículo que pode dirigir-se”⁸, deixando a impressão de que o veículo era totalmente autônomo, reportou o fato à montadora que, apenas um dia após a notificação, retirou toda publicidade do mercado.⁹ O feito foi noticiado na edição da revista daquele mesmo ano.

Cabe aqui, como bem nos lembra José Geraldo Brito Filomeno, em sua obra *Manual do Direito do Consumidor*, fazer referência ao Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), como ao Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) que, no Brasil, têm direcionado suas atividades a defesa do consumo, destacando o autor, as pesquisas em matéria de garrafas térmicas, chuveiro elétricos, botijões de gás, fusíveis, chupetas, leites, águas minerais, temperos, contraceptivos de látex, com especial ênfase para questão da qualidade dos produtos e segurança, apresentadas na *Revista do Consumidor*.¹⁰

Mais foi em 1962, mais precisamente em 15 de março, o marco do que hoje se chama de consumerismo. Foi após discurso do Presidente americano John F. Kennedy que o consumidor passou a ser reconhecido como sujeito de direitos tutelados pelo Estado.

⁷ Disponível em < <http://consumersunion.org/about/mission/>> acesso em 03 de maio de 2017.

⁸ Disponível em <<http://www.consumerreports.org/cro/2016-annual-report/hold-automakers-accountable/index.htm>> acesso em 03 de maio de 2017.

⁹ A porta-voz da Mercedes, Donna Boland, assim, respondeu “dada a afirmação de que os consumidores poderiam confundir a capacidade de condução autônoma do conceito de automóvel F015 com os sistemas de assistência ao motorista da nossa nova E-Class no nosso anúncio “O Futuro”, decidimos tirar essa propaganda da campanha do E-Class” (tradução nossa) Disponível em < <http://www.consumerreports.org/mercedes-benz/mercedes-pulls-ad-made-e-class-appear-drive-itself/>> acesso em 03 de maio de 2017.

¹⁰ *Manual de direitos do consumidor*/José Geraldo Brito Filomeno. – 14. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p.5

O discurso foi motivado pela revolta dos americanos com as inúmeras mortes provocadas pelo automóvel Ford Pinto, um modelo compacto, lançado pela Ford para enfrentar a concorrência dos japoneses.

Na época, a Ford decidiu que a melhor maneira de combater a ascensão de seus rivais, que já dominavam o mercado, era construir um carro em menor tempo e com valores baixos. Todavia, o resultado foi um carro com um sério problema no tanque de combustível.

Antes da comercialização do Ford Pinto, protótipos foram testados para determinar, entre outros aspectos, se o carro atenderia ao padrão de segurança imposto pela *National Highway Safety Administration* – órgão que controlava a segurança viária americana. A *National Highway Safety Administration* estabelecia que todos os veículos fossem capazes de suportar impacto na velocidade de 20 milhas por hora (32km/h) sem derramar combustível. Os testes de colisão revelaram que o modelo da forma com que projetado não cumpriria a exigência.

Explica-se o motivo: o design do Ford Pinto exigiu que o tanque de combustível fosse alocado na parte traseira, entre o eixo-traseiro e o pára-choques traseiro. Ocorre que, em caso de colisão, mesmo que em baixa velocidade, haveria o rompimento do tanque, provocando o derramamento de combustível provando incêndios.

A montadora, sabendo dos riscos, decidiu lançar o carro no mercado. Descobriu-se, no entanto, que a empresa havia analisado o custo de reparação do automóvel frente ao custo com indenizações que deveria pagar em caso de acidentes. A conclusão foi de que o valor despendido com indenizações seria infinitamente menor quando comparado com o custo necessário a reparação dos defeitos, ou seja, a Ford assumiu os riscos.

Como consequência, dezenas de acidentes provocados por falhas na concepção, vitimas fatais e centenas de feridos. Revoltada, a população norte-americana foi às ruas protestar.

Chega-se, então, ao discurso do presidente Kennedy que, diante da revolta americana, encaminha ao Congresso a intitulada Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre Proteção dos Interesses dos Consumidores. A mensagem consagrava a necessidade efetiva do Estado proteger o consumidor e tem início com a célebre frase: “consumidores, por definição, somos todos nós”, afirmando ainda:

“Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetados por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas. Mas eles são o único grupo importante na economia que não são efetivamente organizados, cujos posicionamento quase nunca são ouvidos”¹¹

O discurso alertava para massificação da produção, o avanço tecnológico trouxe consigo o aumento na oferta de produtos. Com efeito, a publicidade, que inicialmente era utilizada, tão somente como meio de informação e se demonstrava fiel as características de produtos e serviços, passa a ser empregada como meio de manipulação, ou seja, a função de informação havia se subordinado a persuasão, tolhendo a capacidade de escolha consciente.

Partindo desta visão, o presidente identificou importantes aspectos para defesa dos consumidores, enumerando quatro direitos básicos que garantissem a proteção do consumo, quais sejam: (a) direito a segurança; (b) o direito de ser informado; (c) o direito de escolha e o (d) direito a serem ouvidos.

O direito à segurança garantia a proteção do consumidor contra produtos que colocasse em risco a saúde ou a vida dos consumidores.

O direito a ser informado traduzia-se na proteção contra informações falsas, que conduzissem ao erro, a garantia de informação sobre todos os elementos necessários a escolha consciente.

O direito de escolha assegurava variedade de produtos e serviços e preços competitivos, e onde não houvesse concorrência, fosse garantia a qualidade do serviço e preços satisfatórios. Assegurar a livre concorrência e a competitividade.

O direito de ser ouvido garantia a tutela do estado na elaboração de políticas públicas, direito a tratamento justo e rápido nos tribunais administrativos.

O discurso ganhou o mundo, o então presidente da maior potência econômica mundial, estabelece um novo modelo de proteção ao consumidor, e reconhece neste um sujeito de direitos e lhe atribui direitos fundamentais.

Anos mais tarde, em 1972, a Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, reconheceu os quatro direitos fundamentais elencados pelo presidente Kennedy durante a Conferência Mundial do Consumidor.

Ainda na década de setenta, a Europa manifesta sua preocupação com a questão. Em 1973, a Assembléia Consultiva do Conselho da Europa, através da resolução nº 543, elaborou a Carta de Proteção do Consumidor, na qual, estabeleceu

¹¹Cavaliere Filho, Sergio Programa de direito do consumidor. – 4.ed – São Paulo: Atlas, 2014. p.5

diretrizes básicas a proteção do consumo. Daí por diante, o movimento de proteção ao consumo ganhou adeptos no velho continente.

Tratando do assunto, Bruno Miragem¹², utiliza como exemplo a Lei Espanhola, nº 26/1984¹³, elaborada para dar cumprimento ao art. 51, da Constituição de 1978 daquele país. A lei em comento traz em seus princípios gerais a necessidade do poder público garantir instrumentos à proteção e defesa dos consumidores, sem excluir ou substituir, outras ações regulamentares, e contempla em seu art. 6, que o Estado, atuará diretamente ou em colaboração com as organizações de consumo, no controle e qualidade de consumo. Tem-se, também na lei espanhola, o reconhecimento do consumidor como parte mais fraca da relação de consumo.

Por sua vez, a ONU (Organização das Nações Unidas), reconhece a vulnerabilidade e necessidade de proteção dos consumidores em 1985, ao editar a resolução nº 39/248.¹⁴

Reconhecendo que os consumidores geralmente enfrentam desequilíbrios em termos econômicos, educacionais e que detêm poder de negociação reduzido quando comparado ao produtor/fornecedor, assegurando ao consumidor o acesso a produtos não perigosos, a resolução foi editada com os seguintes objetivos: (a) ajudar a países a alcançar ou manter uma proteção adequada à população de consumidores; (b) facilitar o padrão de produção e distribuição de produtos à necessidade e desejo dos consumidores; (c) incentivar a conduta ética dos produtores e fornecedores na prestação de serviços; (d) combater práticas abusivas; (e) incentivar o desenvolvimento de organizações e grupos de consumidores; (f) incentivar a proteção internacional das relações de consumo e (g) incentivar a livre concorrência, garantindo ao consumidor amplitude de escolha e preços baixos.

No campo dos princípios gerais, basicamente, a resolução impõe aos países membros o compromisso de desenvolverem, fortalecerem ou manterem uma política eficaz de proteção ao consumo, devendo cada estado-membro estabelecer suas

¹²MIRAGEM, Bruno *Curso de direito do consumidor* – 4. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.37

¹³ESPAÑA, Lei 26/1984 Con el fin de dar cumplimiento al citado mandato constitucional, la presente Ley, para cuya redacción se han contemplado los principios y directrices vigentes en esta materia en la Comunidad Económica Europea, aspira a dotar a los consumidores y usuarios de un instrumento legal de protección y defensa, que no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos, tales como la legislación mercantil, penal o procesal y las normas sobre seguridad industrial, higiene y salud pública, ordenación de la producción y comercio interior. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>> acesso em 03 de maio de 2017.

¹⁴ Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>> acesso em 03 de maio de 2017.

prioridades de acordo suas necessidades e circunstâncias econômicas. As medidas protetivas devem ser implementadas em benefícios de todos, sem distinção a setores da população. Quanto as empresas, estabelece a resolução, que estas devem obediência as leis e regulamentos dos países com os quais mantêm relações comerciais, bem como a sujeição as normas internacionais de proteção de consumidores.

2.1 – O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

No Brasil a proteção do consumo surgiu nos anos 70 com a criação das primeiras associações voltadas para esse fim. Em 1974, foi criado, no Rio de Janeiro, o Conselho de Defesa do Consumidor, seguido da criação, em 1976, da Associação de Defesa e Orientação do Consumidor em Curitiba e, no mesmo ano, se deu a instituição da APC, Associação de Proteção ao Consumidor em Porto Alegre.

Ainda em 1976, foi criado o primeiro órgão público voltado inteiramente para proteção do consumo. No dia 06 de maio, o então governador do Estado de São Paulo, Paulo Egydio Martins, pelo Decreto nº 7.890, criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, com o objetivo de definir a política estadual de proteção do consumo. Temos, então, idealizado o primeiro órgão administrativo de tutela do consumidor, conhecido pela sigla PROCON. (O assunto será abordado em tópico específico).

2.2– A ORIGEM CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Foi, no entanto, o legislador constituinte que positivou a proteção ao consumidor brasileiro, que ao disciplinar sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição Federal de 1988, determinou no seu art. 5º, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Sergio Cavalieri Filho destaca que o constituinte não redigiu uma merda recomendação legislador, do contrário, impôs uma ordem, concluindo que:

“promover a defesa do consumidor não é uma merda faculdade, mas sim um dever do Estado. Mais do que uma obrigação, é um imperativo constitucional.

E se é um dever do Estado, por outro lado é uma garantia fundamental do consumidor”.¹⁵

Ainda quanto à positivação da proteção do direito do consumidor como direito fundamental, a professora Cláudia Lima Marques¹⁶ esclarece que:

“A inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 também significa, sistematicamente, uma garantia constitucional desse ramo do direito privado, um direito objetivo (na lei, no sistema posto de direito) de defesa do consumidor. É a chamada “força normativa” da Constituição (expressão de Konrad Hesse), que vincula o Estado e os intérpretes da lei em geral, que devem aplicar esse novo direito privado de proteção dos consumidores (institucionalizado na ordem econômica constitucional, no art. 170, V, CF/1988, garantido e consubstanciado como valor a tutelar incluído na lista de direitos fundamentais, no art. 5º,XXXII, da CF/1988). Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor no Brasil. ”

Contudo, a proteção constitucional não se limita a análise do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, tem embasamento, também, em outros dispositivos constitucionais. No art. 170, V, é elevada como princípio geral da atividade econômica.¹⁷

Com efeito, a constituição institui no art. 170 numerosos princípios limitando e condicionando o processo econômico, no escopo de proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida.

Parece, contudo, que a Constituição consagrou, de um lado, um modelo de Estado intervencionista, permitindo-se a intervenção na ordem econômica sempre que necessário, porém, procurou resguardar a defesa do consumidor. Daí a liberdade econômica não ser absoluta, posto que limitada pela finalidade da ordem econômica e pela defesa do consumidor, nas palavras de Bruno Miragem:

¹⁵Cavelieri Filho, Sergio. *Programa de direito do consumidor*.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p.11

¹⁶BENJAMIN, Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Rosco Bessa. *Manual de direito do consumidor*. – 6.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 37

¹⁷STF.EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. **1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica.** 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (RE 351750, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009 - Destacamos)

“Verifica-se caráter de maior relevo da defesa do consumidor também quando se observa esta determinação elevada pela Constituição a princípio fundamental da ordem econômica (artigo 170, V). Situa-se, pois, no texto constitucional, como princípio da ordem econômica que não se observa exclusivamente com conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, senão como caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que estabelecem como direito e como princípio. Assume, pois, um caráter conformador da ordem econômica”.¹⁸

Nesta senda, diante dos princípios consagrados para defesa do consumo pode-se afirmar que cabe ao Estado intervir nas relações de consumo, ou seja, naquelas relações de direito privado estabelecidas entre fornecedor e consumidor. A intervenção estatal é estudada por José Geraldo Filomeno:

“Dentro ainda da perspectiva da policia nacional das relações de consumo, cabe ao Estado não apenas desenvolver atividades nesse sentido, mediante a instituição de órgãos públicos de defesa do consumidor, como incentivo a criação de associações civis, que tenham por objeto a referida defesa. No campo da ação efetiva no mercado, cabe ainda ao Estado, quer mediante assunção de faixas de produção não atingidas por iniciativa privada, quer intervindo quando haja distorções, sem falar-se no zelo da qualidade, segurança, durabilidade e desempenho dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor”.¹⁹

A determinação de elaboração da lei de defesa do consumo e a denominação de código, também, seguiram mandamento do legislador constituinte que, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”. A lei nº 8.078 foi sancionada em 11 de setembro de 1990 e entrou em vigor em 11 de março de 1991.

Cláudia Lima Marques nos ensina que:

“código significa um conjunto sistemático e logicamente ordenado de normas jurídicas, guiadas por uma ideia básica; no caso do CDC, esta ideia é a proteção (ou tutela) de um grupo de indivíduos, uma coletividade de pessoas, de agentes econômicos, os consumidores”.²⁰

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, - 4. ed.rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.55

¹⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito, In, GRINOVER, Ada Pelegrini et. al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*.10. ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.74

²⁰BENJAMIN, Antônio Herman V, Cláudia Lima Marques, Leonardo Rosco Bessa. *Manual de direito do consumidor*. – 6.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 59

Nessa concepção, o CDC é tido como um microsistema, isso porque, diferentemente dos códigos gerais, é estruturado visando a proteção de uma categoria específica, tem como norte fundamental a posição de vulnerabilidade do consumidor.

2.3 – O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

Afirma Rizzato Nunes que *“a dignidade da pessoa humana – e do consumidor – é garantia fundamental que ilumina todos os demais princípios e normas e que, então, a ela devem respeito, dentro do sistema constitucional brasileiro.”*²¹

No que se refere à proteção do consumo, explica Bruno Miragem²² que *“o direito do consumidor é dotado de uma base principiológica de alta importância, compreensão e aplicação das normas. De modo geral os princípios do direito do consumidor encontram-se expressos no Código de Defesa do Consumidor”*, contudo, adverte o renomado autor gaúcho, que o CDC adotou um sistema aberto, baseado em conceitos indeterminados, permitindo, assim, o reconhecimento de princípios implícitos, decorrentes de lei ou não, os quais tendem a possibilitar a proteção do consumidor vulnerável.

Sobre a importância destes princípios, o aprendizado de Flávio Tartuce e Danieal Amorim:

“O estudo dos princípios consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor é um dos pontos de partida para a compreensão do sistema adotado pela Lei Consumerista como norma protetiva dos vulneráveis negociais. Como é notório a Lei 8.078/1990 adotou um sistema aberto de proteção, baseado em conceitos legais indeterminados e construções vagas, que possibilitam uma melhor adequação dos preceitos às circunstâncias do caso concreto”.²³

Dessa maneira, o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor²⁴ que trata sobre a Política Nacional das Relações de Consumo, que tem por escopo atender as

²¹ NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.127

²² MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, - 4. ed.rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p.113

²³ TARTUCE, Flavio, Daniel Amorim Assunção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. – 5. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016. p.27

²⁴ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d)

necessidades dos consumidores respeitando à sua dignidade, saúde, segurança, proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, objetivando a transparência e harmonia das relações de consumo.

Para efetivação destes, o artigo acima mencionado, elencou os princípios norteados da busca pelo equilíbrio as relações de consumo, são eles: (a) princípio da vulnerabilidade; (b) princípio da intervenção estatal; (c) princípio da harmonização das relações de consumo; (d) princípio da boa-fé; (e) princípio da informação; e (f) princípio do acesso à justiça.

Dentre o rol de princípios trazidos pelo código, o presente trabalho destaca o princípio da vulnerabilidade, atributo naturalmente inerente ao consumidor e que permite a efetiva proteção de seus direitos.

Maria Antonieta Zanardo Donato afirma que *“a verificação da vulnerabilidade do consumidor constituir-se-á na viga mestra do Direito do Consumidor. A princípio, todos os consumidores são vulneráveis”*.²⁵

Isso porque, todos somos alvos das relações comerciais. A nova estruturação do mercado, baseada na produção em massa, o domínio do crédito, o advento dos contratos de adesão e o desenvolvimento de novos meios tecnológicos, invariavelmente, transformaram o consumidor na parte mais fraca da relação frente aos agentes econômicos, requerendo, dessa maneira, a proteção do vulnerável.

Vulnerável é todo aquele que está suscetível, seja por condições sociais, culturais, econômicas, educacionais, a situação de fragilidade. Essa vulnerabilidade pode, ainda, ser agravada diante de condições pessoais do consumidor, é o caso dos consumidores infantis e idosos, que comumente são alvos dos fornecedores que se

pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

²⁵ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*– Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994. p. 108.

valem da condição pessoal diferenciada desta categoria de consumidores para agir de forma abusiva promovendo a venda de seus produtos²⁶.

Sintetiza, Sergio Cavalieri Filho que “a vulnerabilidade é um estado da pessoa, uma situação permanente ou provisória que fragiliza o consumidor. Há uma presunção absoluta de vulnerabilidade, *iuris et iure* em favor de todos os consumidores”.²⁷

É necessário, contudo, traçar a distinção entre a vulnerabilidade, esculpida como princípio básico das relações de consumo²⁸, e a hipossuficiência consagrada como direito básico a facilitação da defesa. Enquanto a vulnerabilidade associa-se a noção de fraqueza de um sujeito em razão de determinadas condições, o conceito de hipossuficiência é mais amplo, devendo ser apreciado caso a caso, garantida a aquele que prova estar em situação de desvantagem técnica ou informacional. Conclui-se, portanto, que nem todo consumidor será hipossuficiente, mas todo consumidor será vulnerável.

Bruno Miragem nos adverte que “o reconhecimento de presunção absoluta da vulnerabilidade a todos os consumidores não significa, contudo, que os mesmos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor”²⁹, e finaliza, citando a professora Cláudia Lima Marques, que distinguiu a vulnerabilidade em quatro espécies, quais sejam: (a) vulnerabilidade técnica; (b) vulnerabilidade jurídica; (c) vulnerabilidade fática e (d) informacional.

A vulnerabilidade técnica está ligada a falta de conhecimento do consumidor quanto aos meios de produção do produto ou serviço. É o fornecedor que detém a expertise dos mecanismos utilizados na produção, restando ao consumidor somente a confiança naquilo que lhe é oferecido. Situação que lhe deixa inevitavelmente atacável.

Quanto ao consumidor não profissional, mais especificamente a pessoa jurídica, presume-se sua vulnerabilidade técnica, “quando não se possa deduzir desta

²⁶KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direito internacional do consumidor: a proteção do consumidor no livre-comércio internacional*. Curitiba, Juruá, 2012. p.92.

²⁷ CAVALIERI Filho, Sergio. *Programa de direito do consumidor*.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p.17

²⁸ Art. 4º da Lei nº 8.078/90 A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

²⁹MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, - 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.115

*sua atividade*³⁰, ou seja, a pessoa jurídica³¹ é considerada consumidora quando na aquisição de produto ou serviço, a obtenção se dá para uso próprio, como destinatária final do bem, o que a inclui, portanto, no conceito de consumidor estabelecido pelo art. 2º do CDC.³²

A vulnerabilidade jurídica³³ consiste na ausência de conhecimentos pelo consumidor dos direitos e deveres que lhe asseguram a relação de consumo. É a falta de conhecimento técnico, o que para professora Cláudia Lima Marques³⁴, também inclui a carência de conhecimentos de economia ou de contabilidade. Tais

³⁰ Idem.

³¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO. SECAGEM DE FUMO. INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS. SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FUNCIONAMENTO DE ESTUFA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. 1. Caso em que é aplicável o Código de Defesa ao Consumidor diante da hipossuficiência técnica/econômica do agricultor frente à empresa fornecedora de energia elétrica. **2. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, abrange quem adquire produtos e serviços para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade. A vulnerabilidade referida no CDC não é apenas a econômica, mas, entre outras, também a técnica. Hipótese em que o autor é econômica e tecnicamente vulnerável perante as requeridas, sendo caso de aplicação do CDC à espécie.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70073741126, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 19/05/2017- Destacamos)

³² Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

³³ APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. INSCRIÇÃO DO NOME DA PARTE AUTORA NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. SUPERENDIVIDAMENTO. HIPERVULNERABILIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. 1. **A presença de qualquer uma das facetas da vulnerabilidade na situação de fato (vulnerabilidade informacional, vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica ou científica e vulnerabilidade fática ou socioeconômica) caracteriza o consumidor como hipossuficiente e merecedor da proteção jurídica especial da legislação consumerista. Caso dos autos em que a autora preenche os requisitos de todas as espécies, pois trata-se de pessoa idosa que não recebeu as informações necessárias para realização do contrato com a instituição financeira, de sabidamente grande poderio econômico, configurando-a como hipervulnerável e merecedora de atenção jurídica específica.** 2. Resta caracterizado o superendividamento quando a parte autora possui inúmeros empréstimos bancários que somados minam seus vencimentos ao ponto de não conseguir mais honrar com todas as dívidas e manter o necessário para a manutenção do seu mínimo existencial. 3. O dever de informação, consubstanciado no esclarecimento do leigo sobre os riscos do crédito e o comprometimento futuro de sua renda, além de um direito do consumidor, é também um dever de cautela do fornecedor de crédito. Em razão do dever de mitigar a própria perda (duty to mitigate the loss), desdobramento do princípio fundamental da boa-fé objetiva, que rege todo e qualquer negócio jurídico, é obrigação da parte mutuante evitar a causação ou agravação do próprio prejuízo 4. Uma vez que a formação do contrato não respeitou as diretrizes fundamentais de todo e qualquer negócio jurídico, e que, em verdade, o grande causador do estado de inadimplência em que vive a autora é o próprio banco réu, não se poderia admitir que viesse a incluí-la nos cadastros de maus pagadores, justamente, em razão de atrasos no pagamento do acordo. Configura-se, assim, ilícita a inscrição do nome da autora em razão do negócio jurídico entabulado entre as partes. 5. Verificada, entretanto, a existência de outras inscrições em nome da parte autora, realizadas em momento anterior ao registro que deu causa ao ajuizamento da presente demanda, configura-se hipótese fática prevista na súmula 385 do STJ. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70068248798, Vigésima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Paula Dalbosco, Julgado em 08/03/2016 - Destacamos)

³⁴ Miragem, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, - 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.115

insuficiências contribuem para compreensão efetiva das conseqüências do negócio firmando.

A vulnerabilidade fática³⁵ prevê a situação a disparidade econômica entre consumidor e fornecedor. “*Situa-se justamente na falta dos mesmos meios ou do mesmo porte econômico do consumidor*”. O consumidor é exposto ao poderio econômico do fornecedor, que utiliza técnicas de comunicação, sem que seja permitido ao consumidor atestar a veracidade das informações. Nesta categoria, incluem-se o consumidor-criança, o consumidor-idoso, o consumidor-analfabeto, e o consumidor-doente, que por suas situações específicas são mais suscetíveis aos apelos dos fornecedores.³⁶

No que se refere a vulnerabilidade informacional, a professora Cláudia Lima Marques, destaca como sendo a ausência de informações precisas, adequadas e claras sobre os produtos ou serviços postos no mercado. O poder de informar encontra-se nas mãos do fornecedor e, por conseguinte, é fator de desequilíbrio na relação.

Cumpra trazer a lição de Mauro Cappelti, citado por Sérgio Cavalieri Filho³⁷, que bem resume a situação de vulnerabilidade do consumidor

“Enquanto o produtor é de regra organizado, juridicamente bem informado, e tipicamente um litigante habitual (no sentido de que o confronto judiciário não representará para ele episódio solitário, que o encontre desprovido de informação e experiência), o consumidor, ao contrário, está isolado; é um litigante ocasional e naturalmente relutante em defrontar-se com o poderoso adversário. E as maiores vítimas desse desequilíbrio são os cidadãos das classes sociais menos abastadas e culturalmente desaparelhados, por ficarem mais expostos às políticas agressivas da empresa moderna”.

³⁵ APELAÇÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR VULNERABILIDADE FÁTICA RELAÇÃO COMPLEXA BLOQUEIO DEVIDO LEGITIMIDADE DA CONDUTA DA RÉ IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. - Código de Defesa do Consumidor: admissibilidade da teoria de subsunção das partes à qualificação trazida pelos artigos 2º e 3º, da Lei 8.078, de 1990. O uso do serviço como fomento a atividade da microempresa não permite afastar a qualidade de "destinatário final" sujeita ao marketing do serviço notável a VULNERABILIDADE da consumidora (interpretação teleológica do artigo 4º, I, do CDC), a partir da teoria finalista aprofundada precedentes; - Fatos modificativos do direito da autora (art. 333, II, do Código de Processo Civil) efetivamente comprovados e não devidamente rechaçados pela requerente. Suspensão do cadastro; - Bloqueio do sistema justificado no descumprimento de obrigação contratual com relação a terceiro prerrogativa contratual razoável em favor do Mercado Livre tutela do consumidor efetivo em face da ré, na qualidade de fornecedora; RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Relator(a): Maria Lúcia Pizzotti; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/04/2015; Data de registro: 10/04/2015)

³⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, - 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.115

³⁷ CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p.53.

Nesse panorama o CDC, ao conferir proteção especial a esse sujeito especial de direitos, busca restabelecer a situação de desigualdade existente entre consumidor e fornecedor atribuído ao consumidor essa paridade jurídica.

2.4 – A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Seguindo a espinha dorsal do protecionismo, o CDC tratou de proteger, também, o consumidor o acesso a defesa do consumidor, através de normas processuais que assegurem a efetividades dos direitos por ele tutelados.

Uma das mais importantes técnicas que possibilita a efetivação desses direitos está expressamente prevista em seu art. 6º VIII, que estabelece como direito básico do consumidor “a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência*”.

O ônus consiste em encargo atribuído a parte, ou seja, a parte não está obrigada a fazer prova do seu alegado, do contrário, lhe é apenas facultado. Diferentemente da obrigação, que é dever prescrito pela norma e, portanto, em caso de descumprimento sofrerá a parte as consequências jurídicas do ato, o descumprimento do ônus que lhe é atribuído acarretará, apenas, eventual prejuízo.³⁸

Nos termos do art. 373 do Código de Processo Civil/15 o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Segundo entendimento o diploma processual adota o critério de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Segundo Marinoni³⁹, o ônus da prova “pode ser distribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e as especificidades do direito material afirmado em juízo”. Consagra-se, assim, a ideia de que deve ter o ônus da prova a parte que apresenta melhores condições a sua obtenção e se livrar do encargo.

³⁸ CAVALIERI Filho, Sergio. *Programa de direito do consumidor*.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p.379.

³⁹MARINONI, Luis Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. *Novo código de processo civil comentado*. –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 95

Bruno Miragem, no entanto, em artigo publicado sobre os reflexos do novo código de processo civil no direito do consumidor, ainda antes da publicação do novo diploma processual, conclui que a regra da distribuição dinâmica da prova do art. 373, é distinta daquela prevista no art. 6º, VIII do CDC, lembra o autor que, há hipóteses na lei consumerista que o ônus probatório já nasce atribuído ao fabricante.

O CDC trata do tema desde a perspectiva tutelar do consumidor. Suas normas especiais visam assegurar a efetividade da proteção do consumidor. Há situações mesmo que a atribuição do ônus da prova *ope legis* imputa a responsabilidade do fornecedor, afastada apenas se produzir prova de fatos específicos (caso da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, prevista nos artigos 12, §3º e 14, §3º do CDC) Pergunta-se então: haveria limitação imposta à inversão do ônus da prova pelo juiz, com fundamento nas regras do novo CPC, que possa tornar inefetiva a tutela dos direitos dos consumidores definidos em lei? Quer parecer que as situações do artigo 373, §2º do CPC/2015, e do artigo 6º, VIII, do CDC, são substancialmente distintas. A limitação à imposição do encargo de produzir prova impossível ou excessivamente difícil relaciona-se com a regra de distribuição pelo juiz no interesse do processo e visando à cooperação das partes com a busca da verdade (artigo 378 do novo CPC). Neste cenário, a impossibilidade ou dificuldade extrema de produção da prova não devem prejudicar a parte, mediante definição de critério para distribuição do ônus da prova. Situação distinta é a de inversão que realiza direito subjetivo de uma das partes, caso daquela que beneficia o consumidor em ações das quais seja parte. No primeiro caso, a distribuição do ônus da prova se dá no interesse do processo, no segundo, no interesse na realização de um direito fundamental de proteção. As situações não parecem se confundir.⁴⁰

Mesmo entendimento têm os juristas Flávio Tartuce e Daniel Amorim que, lecionam:

“Com o advento do art. 373, § 1º do Novo CPC, que permite a distribuição dinâmica do ônus da prova como regra geral, pode-se questionar se o art. 6º, VIII do CDC, continua a ter alguma utilidade prática. Nas relações consumeristas, entretanto, é preciso lembrar que existem dois requisitos para inversão do ônus da prova que, segundo a doutrina majoritária, são alternativos, bastando a presença de um deles para que se legitime a inversão do ônus probatório. Dessa forma, ainda que não presentes as condições de hipossuficiência técnica, que legitimariam a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova ao caso concreto, mas sendo verossímeis as alegações do consumidor, a inversão será justificável. O art.6º, VIII do CDC, portanto, sobrevive, ainda que parcialmente, diante do Novo Código de Processo Civil”⁴¹

Por sua vez, o CDC prevê duas espécies de inversão do ônus da prova: *ope judicis* e *ope legis*, A primeira têm lugar quando estão presentes os requisitos do inciso

⁴⁰Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/garantias-consumo-reflexos-codigo-processo-civil-direito-consumidor>> acesso em 02 de jun.2017

⁴¹TARTUCE, Flavio, Daniel Amorim Assunção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. – 5. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016. p.696

VIII do art. 6º, que traz a verossimilhança e a hipossuficiência como condições da inversão. A segunda ocorre nos casos expressos em lei.

Nesta senda, constatadas a verossimilhança nas alegações do consumidor, com base nas regras de experiência, o juiz deve presumi-las verdadeiras e imputar ao fornecedor a carga probatória. De igual forma, quando o consumidor se encontra em situação de fragilidade, o ônus da prova poderá ser redistribuído. Trata-se da inversão *ope judicis*.

Considera-se verossímil o que tem aparência de veracidade, é a possibilidade de algo ser verdadeiro com base naquilo que normalmente ocorre. É, contudo, conceito indeterminado, cujo conteúdo será fixado pelo juiz segundo as regras da experiência, ou seja, deverá o juiz utilizar-se dos elementos apresentados para chegar a um juízo de probabilidade.⁴²

Hipossuficiência, como já esposado, também é conceito indeterminado, devendo ser analisada caso a caso. Sendo oportuno esclarecer que, nem sempre, diz respeito à condição econômica do sujeito, porque, até mesmo consumidores mais afortunados do que o fornecedor, podem ter dificuldades no acesso aos meios necessário a produção da prova, posto que, a hipossuficiência é tida como uma situação de dificuldade processual em que se encontra o consumidor, detentor de menores condições de produzir a prova do fato. Segundo Sergio Cavalieri Filho:

“o código utilizou aqui o conceito de hipossuficiência em seu sentido mais amplo para indicar qualquer situação de superioridade do fornecedor que reduz a capacidade do consumidor – de informação, de educação, de participação, de conhecimentos técnicos e de recursos econômicos”.⁴³

Convém ressaltar, contudo, que a expressão “a critério do juiz” adotada pelo código, como nos adverte Sérgio Cavalieri Filho⁴⁴, não deve ser empregada a livre arbítrio. O magistrado, ao decidir pela inversão do ônus da prova, deve agir de forma prudente e fundamentada.

Ao citar Cândido Ragenl, Flávio Tartuce e Daniel Amorim também recomendam que a redistribuição da carga probatória deve ser realizada de forma discricionária pelo juiz:

⁴²CAVALIERI Filho, Sergio. *Programa de direito do consumidor*.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p.379.

⁴³ CAVALIERI Filho, Sergio. *Programa de direito do consumidor*.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p.381.

⁴⁴Idem.

O Código de Defesa do Consumidor não impõe expressamente qualquer limitação aos efeitos da inversão judicial do ônus da prova, ou seja, nele não se vê qualquer veto explícito às inversões que ponham o fornecedor diante da necessidade de uma *probatio diabólica*. Mas, se é ineficaz a inversão exagerada mesmo quando resultante do ato voluntário de pessoas maiores e capazes, com mais fortes razões sua imposição por decisão do juiz não poderá ser eficaz quando for além do razoável e chegar ao ponto de tornar excessivamente difícil ao fornecedor o exercício de sua defesa. Eventuais exageros dessa ordem transgrediriam a garantia constitucional da ampla defesa e conseqüentemente comprometeriam a superior promessa de dar tutela jurisdicional a quem tiver razão (acesso à justiça)".⁴⁵

Tal entendimento é inclusive pacificado pelos tribunais superiores⁴⁶, os autores acima mencionados utilizam como exemplo o REsp 720.930⁴⁷ de Relatoria do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Felipe Salomão.

⁴⁵TARTUCE, Flavio, Daniel Amorim Assunção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. – 5. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016. p.698

⁴⁶ STJ.AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA. OBRIGAÇÃO DA OPERADORA EM CUSTEAR O PROCEDIMENTO COM MÉDICO NÃO CREDENCIADO. INEXISTÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. REVOGAÇÃO DA LIMINAR EM SEDE DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.1. **A inversão do ônus da prova não ocorre em todas as situações em que a relação jurídica é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. De fato, nos termos do art. 6º, VIII, do referido instrumento normativo, a facilitação da defesa somente ocorre nos casos em que as alegações sejam verossímeis, ou a parte seja hipossuficiente.2. Na hipótese dos autos, a Corte de origem, ao dirimir a controvérsia, concluiu que não ficou demonstrada a verossimilhança das alegações da agravante, nem sua hipossuficiência para a produção das provas constitutivas do seu direito, o que impede a inversão do ônus probatório.3. A Corte de origem concluiu não ter ficado comprovado que a cirurgia a ser realizada pela agravante se diferenciaria de um procedimento plástico regular a exigir uma alta complexidade ou uma especialidade não disponível nos quadros da operadora, e que houve indicação, por parte da agravada, de diversos centros médicos credenciados e disponíveis e de médicos especialistas em cirurgia reparadora. Infirmar as conclusões do julgado, para reconhecer a obrigação da operadora de plano de saúde em custear o procedimento cirúrgico realizado por médico não credenciado demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.4. Agravo interno a que se nega provimento.(AgInt nos EDcl no REsp 1478062/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017 - Destacamos)**

⁴⁷ RECURSO ESPECIAL. GRAVIDEZ ALEGADAMENTE DECORRENTE DE CONSUMO DE PÍLULAS ANTICONCEPCIONAIS SEM PRINCÍPIO ATIVO ("PÍLULAS DE FARINHA"). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO IMPOSSÍVEL. ADEMAIS, MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A GRAVIDEZ E O AGIR CULPOSO DA RECORRENTE.1. O Tribunal a quo, muito embora reconhecendo ser a prova "franciscana", entendeu que bastava à condenação o fato de ser a autora consumidora do anticoncepcional "Microvlar" e ter esta apresentado cartelas que diziam respeito a período posterior à concepção, cujo medicamento continha o princípio ativo contraceptivo.2. A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus.3. **Com efeito, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar -, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido.**4. Por outro lado, entre a gravidez da autora e o extravio das "pílulas de farinha", mostra-se patente a ausência de demonstração do nexo causal, o qual passaria, necessariamente, pela demonstração ao menos da aquisição dos indigitados placebos, o que não ocorreu.5. De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir

No caso em comento, a autora buscou a tutela jurisdicional aduzindo ter engravidado enquanto fazia uso do contraceptivo Microvilar, fabricado pelo então laboratório Schering, mas adulterado, pois se tratavam de cartelas destinadas a testar o maquinário de embalagem do medicamento, contendo apenas cápsulas de placebo, indevidamente colocados no mercado. O caso teve repercussão nacional, diversas foram às vezes em que o poder judiciário se manifestou sobre o assunto.

Em sua defesa, a Schering sustentava que o contraceptivo havia sido desviado e colocado no mercado por terceiros, que a distribuição ficou restrita ao estado de São Paulo, e que não surgiram exemplares do medicamento no Rio Grande do Sul, estado onde residia a consumidora.

A sentença de improcedência foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Entenderam os desembargadores gaúchos que, muito embora as cartelas juntadas pela autora diziam respeito ao período posterior a concepção, demonstrou fazer uso do medicamento, e que, estando em estado gravídico, considerando a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência da consumidora, foi aplicada a inversão do ônus da prova.

A Schering, por sua vez, recorreu da decisão ao Tribunal Superior de Justiça que, reformou a decisão do tribunal *a quo*, entendendo que o instituto da inversão do ônus da prova não tinha escopo naquele caso, manifestando o Ministro Relator que “ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverte-se o ônus da prova, para retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural não conseguiria.

No que diz respeito a inversão do ônus da prova *ope legis*, é a lei que altera as regras do ônus da prova, portanto, a inversão é obrigatória.

São duas as hipóteses de inversão *ope legis* previstas pelo CDC: na responsabilidade civil do fornecedor sobre o fato do produto e do serviço⁴⁸ e na informação ou comunicação publicitária.

processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal a quo inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação.6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (REsp 720.930/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009- Destacamos)

⁴⁸Nesse sentido Benjamin, Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Rosco Bessa. *Manual de direito do consumidor*. – 6.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014., ensinam que “fato do produto” ou “fato do serviço” quer significar dano causado por um produto ou serviço, ou seja, dano provocado (fato) por um produto ou serviço.

No que tange a responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, o CDC prevê expressamente nos art. 12 e 14⁴⁹, que cabe ao fornecedor o ônus da prova quanto as excludentes de responsabilidade enumeradas no artigo. Temos-se, então, a inversão do ônus da prova por força da lei.

Contudo, é importante ressaltar que, em qualquer das hipóteses acima citada, não desobriga o consumidor a produzir a prova de suas alegações, bem como lembra Sérgio Cavalieri Filho:

“Mesmo no caso da inversão *ope legis* (pelo fato do produto ou do serviço), como autor da ação indenizatória deverá provar a ocorrência do acidente de consumo e o respectivo dano. O que a lei inverte, na inversão *ope legis*, é a prova de quanto ao delito do produto ou do serviço, e não a prova da própria ocorrência do acidente de consumo, ônus esse do consumidor”.⁵⁰

No mesmo sentido, entende Paulo de Tarso Vieira Sanseverino:

“Deve ficar claro que ônus de provar a ocorrência dos danos e da sua relação de causalidade com o determinado produto ou serviço com o dano é do consumidor. Em relação a esses dois pressupostos da responsabilidade civil do fornecedor (dano e nexos de causalidade) não houve alteração da norma de distribuição dos encargos probatórios no CPC”.⁵¹

Portanto, ocorrido o acidente de consumo e existindo veracidade nas alegações do consumidor que permita um juízo de probabilidade, presume-se o defeito do produto ou do serviço, só se admitindo a dispensa do dever de indenizar se o fornecedor provar que o defeito não existe, ou a ocorrência de uma das causas de exclusão da responsabilidade. Do contrário, sem a prova da ocorrência do fato do produto ou do serviço não haverá a presunção do defeito.⁵²

⁴⁹Art. 12. 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 e riscos. (...) 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.(...) 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

⁵⁰CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p.379.

⁵¹SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor*. Saraiva, 2. ed. p. 344

⁵²APELAÇÃO. AÇÃO AJUIZADA POR CONDOMÍNIO RESIDENCIAL EM FACE DA PRESTADORA DE SERVIÇO DE DISTRIBUIÇÃO DE ÁGUA POTÁVEL, PARA RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM CARROS-PIPA DURANTE PERÍODO DE ALEGADA DEFICIÊNCIA DE ABASTECIMENTO. PROVA DOS GASTOS. IMPUTAÇÃO DE DEFEITO DO SERVIÇO, NA MODALIDADE DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE. **INVERSÃO OPE LEGIS DO ÔNUS PROBATÓRIO**. PROVA PERICIAL.

3 – O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que possamos abordar o processo administrativo no âmbito do direito do consumidor, especificamente naquele conduzido pelos Procons, se faz necessário discorrermos sobre as funções do Estado, bem como da Administração Pública, bem como ponderarmos aspectos relevantes da lei do processo administrativo no domínio da administração pública federal.

O Estado como ordem política da Sociedade é conhecido desde a antiguidade aos nossos dias. Todavia nem sempre teve essa denominação, nem tampouco encobriu a mesma realidade.⁵³

A *polis* dos gregos ou a *civitas* e a *respublica* dos romanos eram vozes que traduziam a ideia de Estado, principalmente pelo aspecto de personificação do vínculo comunitário, de aderência imediata à ordem política e de cidadania.⁵⁴

AUSÊNCIA. 1. É dever do prestador do serviço de distribuição de água potável garantir seu fornecimento em volume e periodicidade capazes de dar vazão ao consumo do usuário, em níveis razoáveis, observadas as regras regulamentares de armazenamento em cisternas e caixas d'água. 2. Alegando o consumidor que o serviço de abastecimento não foi regular em determinados dias, forçando à aquisição de água potável por meio de carro-pipa, cuida-se aí de imputação de defeito no serviço, o que acarreta para o fornecedor o ônus da prova de que, "tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu" (art. 14, § 3º, inc. I, do CDC)- inversão essa que se dá *ope legis*, independente de decisão judicial. 3. Somente a prova pericial, pela qual a concessionária ré sequer protestou e muito menos requereu, poderia esclarecer se o volume d'água entregue até os reservatórios do condomínio autor, no período objeto da demanda, foi ou não suficiente e adequado, de modo a atender os princípios da continuidade, regularidade, adequação e eficiência, insculpidos no art. 6º, caput, da Lei 8.987/95 e nos arts. 6º, inciso X, e 22 do Código de Defesa do Consumidor. 4. **A mera juntada de documentos demonstrativos do volume fornecido em períodos de aproximadamente 30 dias, sem especificação do abastecimento diário, não é bastante para a concessão de desincumbir-se do seu ônus probatório, até porque a elucidação matéria controvertida depende de conhecimento técnico** (arts. 145 e 335, in fine, do CPC-73, correspondentes, respectivamente, aos arts. 156 e 375 do Código de Processo Civil ora em vigor). 5. Desprovemento do recurso.(TJ-RJ - APL: 00396331720138190209 RIO DE JANEIRO BARRA DA TIJUCA REGIONAL 7 VARA CIVEL, Relator: MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES, Data de Julgamento: 27/04/2016, VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 02/05/2016- Destacamos)

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. TELEFONIA FIXA. INTERRUÇÃO DO SERVIÇO, COBRANÇAS INDEVIDAS E LINHA TELEFÔNICA TROCADA. **AUSÊNCIA DE PROVA DO DIREITO AUTORAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.** Consumidora que narra ter tido seus serviços de telefonia fixa interrompidos, que sua linha telefônica fora trocada com a titularizada por vizinho e, por fim, que lhe foram efetuadas cobranças referentes ao período em que esteve desprovida do serviço. **Sentença de improcedência. O CDC consagra a inversão *ope legis* do ônus probatório, mas o que a lei estabelece é apenas a distribuição sobre o ônus da prova quanto ao defeito do serviço, e não a de primeira aparência ou verossimilhança do direito invocado, que continua sendo encargo do consumidor. Apelante que não provou a falha na prestação do serviço, na medida em que sua narrativa é contraditória, a prova dos autos demonstra a realização de chamadas telefônicas durante o período impugnado, e deixou de trazer as faturas de cobrança alegadamente indevidas, assim como não requereu a produção de prova testemunhal.** Hipótese que configura mero aborrecimento, não dando ensejo a dano extrapatrimonial. Incidência das súmulas nº 75 e 193. Recurso manifestamente improcedente. Art. 557, caput, do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. (TJ-RJ - APL: 01772396620128190001 RJ 0177239-66.2012.8.19.0001, Relator: DES. MARIA LUIZA DE FREITAS CARVALHO, Data de Julgamento: 17/03/2014, VIGÉSIMA TERCEIRA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 07/04/2014- Destacamos)

⁵³ BONAVIDES, Paulo, *Ciência política*. 10. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros. 2004. 62.

⁵⁴ Idem.

O emprego moderno do nome Estado remete-se a Nicolau Maquiavel, através de seu livro *O Príncipe*, com a afirmação “Todos os Estados, todos os domínios que tiverem e têm poder sobre os homens, são estados e são repúblicas e principados”.

Sob o conceito de Estado repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços a serem prestados aos administrados, assim como doutrinado por Paulo Bonavides, há pensadores que caracterizam o Estado segundo uma posição predominantemente filosófica, outros realçam o lado jurídico e, por último não faltam aqueles que levam mais em conta a formulação sociológica do conceito.

Hely Lopes Meirelles discorre sobre os ângulos que caracterizam o Estado e assim dá sua contribuição conceituando-os. Para o autor o ponto de vista sociológico, é caracterizado como a corporação territorial dotada de um poder de mando originário, sob o aspecto político, é a comunidade de homens, fixada sobre um território, com potência superior de ação, de mando e de coerção, sob o prisma constitucional refere ser a pessoa jurídica territorial soberana, sendo pessoa jurídica de direito público interno, formando o Estado de Direito, ou seja, o Estado juridicamente organizado e obediente as suas próprias leis.⁵⁵

Atua o Estado na atmosfera coletiva, quando necessário, com a máxima imperatividade e firmeza, formando aquele vasto círculo de segurança e ação no qual se movem outros círculos menores dele dependentes, que são os grupos e indivíduos cuja existência ganha ali certeza e personificação jurídica.

O surgimento e a evolução da noção de Estado tornam visível a figura da Administração Pública, a qual se submete ao direito da mesma forma que os demais sujeitos da sociedade.

A administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para que a consecução dos interesses coletivos e, subjetivamente pode ser definida como conjunto de órgãos e pessoas as quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.⁵⁶

Na visão global de Hely Lopes Meirelles, a administração pública é o conjunto de todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. Sustenta ainda, que a administração não pratica atos de governo, e sim, atos de execução, com maior ou menos autonomia funcional, de acordo com a competência dos órgãos e de seus agentes, concluindo,

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.60

⁵⁶ MORAES, Alexandre, *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.294

mais adiante, que a administração é o instrumento que dispõe o Estado para por em prática as opções políticas do governo.⁵⁷

Certo é que a ampliação da noção de Estado deu origem a inúmeros conflitos, fazendo-se necessário, nas palavras de Marily Diniz do Amaral Chaves, “*no regime democrático para a legitimação do exercício do poder, assegurar direitos antes da tomada de decisões, viabilizando uma decisão justa, construída com a colaboração das partes envolvidas*”.⁵⁸

3.1 – O PROCESSO ADMINISTRATIVO DA LEI nº 9.784/99

Para introduzir o tema, impõe-se distinguir e esclarecer, inicialmente o procedimento e o processo administrativo. Ao discorrer sobre o assunto, Hely Lopes Meireles, defende que “*processo é o conjunto de atos coordenados para obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual*”.⁵⁹

Nessa senda, o processo pode ser estudado sob dois aspectos: por um lado, é relação jurídica entre as partes que o compõe; por outro, materializa seqüência pré-estabelecida, o que nada mais é, do que o rito.

Assim, portanto, processo e procedimento têm clássica distinção quanto ao seu conteúdo: o primeiro expressa a relação jurídica própria, de caráter processual; já o segundo, caracteriza tão somente a seqüência de atos e fatos para que se atinjam os fins compositivos do processo.

Certo é que ambos são instrumentos para legalidade, na medida em que os cidadãos têm a garantia de que os fins, legalmente previstos, serão almejados pelo poder público, nos termos prescritos em lei.

Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira, explica:

“A principal preocupação daquele que estuda o direito administrativo não há de ser as “prerrogativas da Administração”, mas os “direitos do administrado” (individuais e coletivos). O processo administrativo significa meio ativo de exercício e garantia de direitos dos particulares, que têm condições de participar e controlar a seqüência predefinida de atos anteriores ao provimento final. Os atos administrativos não se despedem de suas principais características (presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.62

⁵⁸ SERRANO, Monica de Almeida Magalhães, Alessandra Obara Soares da Silva (Org.). *Teoria geral do processo administrativo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p.12

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.683

autoexecutoriedade), mas as pessoas privadas tomarão parte da decisão administrativa, na constante busca da concretização excelente do interesse público”.⁶⁰

A Lei nº 9.784/99 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, na administração direta e indireta e, inclusive, nos órgãos dos Poderes Legislativos e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa, aplicando-se subsidiariamente aos processos específicos regidos por leis próprias, nos termos do art.69.

O processo administrativo figura expressamente como direito constitucional, previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal/88 e, portanto, deve-se assegurar, na condução do processo administrativo, a garantia e observância de princípios constitucionais.

O rol de princípios constitucionais foi acrescido pelo art. 2º da Lei 9.784/99, que instituiu, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Entre eles, cuidaremos dos princípios da (a) ampla defesa e contraditório; (b) informalismo; (c) razoabilidade, (d) motivação (e) verdade material.

Como origem no *due processo of law*⁶¹ do Direito Anglo-Norte-Americano, o princípio da ampla defesa e do contraditório está assegurado do inciso LV do art. 5º da CF, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, significa a garantia de participação do administrado na integralidade do processo administrativo.

O princípio da ampla defesa deve ser observado em todo o procedimento administrativo, sob pena de nulidade, manifesta-se através da oportunidade concedida ao interessado de opor-se a pretensão, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende demonstrar as suas alegações.

⁶⁰MOREIRA, Egon Bockamann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2017, p.49

⁶¹MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.687 esclarece que “O *due processo of law* é a criação do Direito anglo-norte-americano (cap.29 da Magna Carta e Emenda V da Constituição norte-americana), principalmente para conter os excessos da Administração, estando regulamentado nos Estados Unidos pelo Federal Administrative Procedure Act de 1946, que rege todos os processos administrativos e a revisão desses processos pelos órgãos judiciais.

É direito da parte ser convocada ao processo, impõe a determinação de comunicação dos atos e decisões por parte da Administração, a quem cabe o dever de oportunizar a produção de provas e possibilitar ao administrado que defendam suas posições e obtenham a justa tutela do Estado. Marily Diniz do Amaral Chaves resume o contraditório “*como sendo o direito a informação e a faculdade de reação, quando o objeto da lide versar sobre direito disponível*”.⁶²

O direito de defesa é imprescindível para a segurança do administrado, abrange seu direito de ser informado durante todo o andamento do processo, o que significa, tomar conhecimento de tudo que se afirma, podendo ser ouvido por intermédio de advogado, ou não.

Nesse sentido, a parte poderá se manifestar através da autodefesa, que nada mais é do que direito assegurado ao acusado a praticar condutas e adotar medidas para salvaguardar-se de eventual infortúnio. Tal prerrogativa é exercida através do que denomina Marily Diniz do Amaral Chaves Marily Diniz do Amaral Chaves de “*direito de presença*”, que permite a parte acompanhar pessoalmente todos os atos de instrução probatória, que ainda, poderá ser concretizar, através do que a autora chama de direito de audiência, segundo o qual a parte poderá se manifestar oralmente, relatando fatos, explicando e apresentado argumentos e suas alegações.⁶³

Ainda, ensina à autora que é assegurada a parte, como decorrência da ampla defesa, o direito de recorrer, sendo inadmissível a exigência de depósito prévio para condição de interposição de recurso. O que, inclusive, é entendimento do STF sedimentado pela Súmula Vinculante nº 21.⁶⁴

Quanto a interposição de recurso no processo administrativo cumpre tecer breves distinções existidas com o recurso processual civil. A primeira delas diz respeito a preclusão de direito, enquanto no processo judicial não se admite alegar em grau recursal o que não foi alegado de início, o processo administrativo permite

⁶²SERRANO, Monica de Almeida Magalhães, Alessandra Obara Soares da Silva (Org.). *Teoria geral do processo administrativo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p.19

⁶³ Idem.

⁶⁴STF. A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 - posteriormente convertida na Lei 70.235/72." (**ADI 1976**, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, 28.3.2007, DJ de 18.5.2007)

que o fato seja apresentado em fase recursal. Dá mesma forma, é possível, em qualquer instância administrativa a produção de novas provas, o que não se admite no processo judicial.

Tais prerrogativas são conferidas ao administrado pelo art. 3º da Lei 9.784/99, que ainda garante a ele ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações.

O princípio do informalismo garante ao processo administrativo a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza e segurança, sendo consagrado pela doutrina como princípio do informalismo.

Se isso não fosse o bastante a Lei 9.784/99 é expressa ao consagrar o princípio do informalismo, ao disciplinar em seu art. 22 que “*Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir*”

O informalismo norteia os atos do processo administrativo praticado pelas partes, visando evitar prejuízos a estes em virtude de formalidades legais. Portanto, como regra geral, os atos praticados não dependem de forma prescrita em lei.

As formas devem ser vistas como meio para alcanças determinado fim, sendo necessário resguardar os direitos da parte interessada. Logo, não há para o administrador a obrigação de adotar excessivo rigor na tramitação dos processos administrativos, ainda mais quando cumprido o fim a que se destinam. À vista disso, o informalismo consiste na previsão de ritos e formas simples, que sejam suficientes para se garantir um grau de certeza e segurança no processo, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto às formas.⁶⁵

No entanto, adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o “informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorrer no seu desenvolvimento; é informal o sentido de que não está sujeito a formas rígidas”.⁶⁶

⁶⁵ Conselho Administrativo Fiscal Acórdão: 9101-002.781 Número do Processo: 14098.000308/2009-74 Data de Publicação: 19/06/2017 Contribuinte: AGROMON S/A AGRICULTURA E PECUARIA Relator(a): GERSON MACEDO GUERRA Ementa: Assunto: Processo Administrativo Fiscal Anocalendarío: 2004 RECURSO VOLUNTÁRIO. JUNTADA DE DOCUMENTOS. POSSIBILIDADE. DECRETO 70.235/1972, ART. 16, §4º. LEI 9.784/1999, ART. 38. **É possível a juntada de documentos posteriormente à apresentação de impugnação administrativa, em observância ao princípio da formagtlidade moderada e ao artigo 38, da Lei nº 9.784/1999.** Julgado em 06/04/2017 – Destacamos

⁶⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 500.

O princípio da razoabilidade visa impedir uma atuação desarrazoada ou desproporcional do administrador, definindo que o agente não pode se valer das atribuições de seu cargo para agir de forma ilegal e arbitrária fora dos padrões adequados. Exige que a atuação da administração guarde proporcionalidade entre os meios de que se utilize e os fins que busca alcançar. José dos Santos Carvalho Filho define que “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma pouco diversa”.⁶⁷ O princípio será abordado de forma mais específica, quando tratarmos do processo administrativo no âmbito dos Procons.

O princípio da motivação impõe a obrigatoriedade de fundamentar o ato praticado, bem como o dever de indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão do ato nos termos do art. 2º, §único, VII, da Lei n. 9.784/99. Ainda, artigo 50 da mencionada Lei nº 9.784/99 relaciona os atos administrativos que deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídico que lhe dão suporte.

A falta de clareza ou obscuridade da motivação constitui outro vício potencialmente ensejador de invalidade do ato administrativo.

O vício da motivação obscura ocorre quando não são compreensíveis os fatos narrados nem os fundamentos jurídicos indicados nos quais a decisão se apóia ou, ainda, quando não é possível compreender a justificação do processo decisório.

Citando, Hely Lopes Meirelles⁶⁸:

O **ato administrativo**, seja ele vinculado ou discricionário, para ser válido, deve obedecer a cinco requisitos necessários: deve ser emitido por autoridade competente; atender à finalidade que o interesse público visa atingir com o **ato**; ser emitido de acordo com a forma legal apta à produção dos efeitos que se busca; ter um motivo de fato ou de direito que autoriza a sua realização; e, por fim, deve ter como objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público (Como é cediço, o motivo precede e provoca a edição do **ato**. A motivação (ou exposição de motivos) explícita e justifica o motivo em atendimento ao disposto no art. 93, inc. X, da Constituição da República, para propiciar a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em relação, ao princípio da verdade material ou, como denomina Hely Lopes Meirelles, também conhecida como liberdade na prova, impõe a administração

⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 15 ed, 2009.

⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.246.

aceitação de qualquer tipo de prova lícita, de que se tenha conhecimento, podendo, inclusive, diligenciar para instruir o processo. É a busca pela verdade material em contraponto a verdade formal, ao contrário do processo judicial, em que o juiz, em regra, deve estar adstrito as provas indicadas pelas partes no devido momento, no processo administrativo a autoridade julgadora pode, até a decisão final, conhecer novas provas, ainda que decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações debatidas.⁶⁹

No processo administrativo, a produção das provas, principalmente por parte da administração deverá ter como fim tanto a busca da verdade material como o interesse público. Para que componha os argumentos de sua decisão, a autoridade administrativa não fica na dependência de iniciativa das partes interessadas, nem está obrigada a decidir nos parâmetros do que foi alegado, podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento.⁷⁰

Em tal medida, no processo administrativo não se aplicam as regras da revelia, como no caso dos processos judiciais. Isso porque, no processo administrativo rege o princípio da oficialidade, bem como a verdade material. O que se protege no processo administrativo é o interesse público é o bem comum. Por tal razão, não se tratando de direito indisponível, a inércia do particular pode acarretar unicamente o arquivamento do processo, sem decisão final, caso ainda não tenha sido pronunciada.

3.2 A TUTELA ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR

Atento a proteção do consumo o CDC consagrou, além da via judicial, com escopo na garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário, a via administrativa, atribuindo a competência dos entes federados para exercer tal função.

No aspecto administrativo a defesa do consumido é exercida pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, consagrado pelos art. 105 e 106 do CDC.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) está regulamentado pelo Decreto nº 2.181/97, e reúne Procons, Ministério Público, Defensoria Pública,

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.687

⁷⁰ DALLARI, Adilson Abreu; Sérgio Ferraz, *Processo administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros: 2012. p.133

Delegacias de Defesa do Consumidor, Juizados Especiais Cíveis e Organizações Cíveis de defesa do consumidor.⁷¹

Nesse contexto, que o Estado atua no sentido de proteger o consumidor em uma nova dimensão, conforme leciona Claudia Lima Marques:

“Promover significa assegurar afirmativamente que o Estado-Juiz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores. É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social, econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma ação positiva do Estado, por todos os seus poderes Judiciário, Executivo, Legislativo. É um direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis direito fundamental de primeira geração, em Alemão *Abwehrrecht*), mas de atuações positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores”.⁷²

Reconhece-se a relevância dos órgãos integrantes da secretária, bem como a importância de sua atuação conjunta, entretanto, no presente trabalho, abordaremos a tutela administrativa realizada pelos Procons.

3.2.1 O Procon

O comando constitucional da proteção e defesa do consumidor como direito e garantia fundamental na Constituição Federal/88 e a edição do Código de Defesa

⁷¹Nesse sentido, a jurisprudência pátria reconhece o Procon como órgão integrante da SNDC e, portanto, possui legitimidade para atuação na defesa do consumidor. STJ.ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR - PUBLICIDADE ENGANOSA - MULTA APLICADA POR PROCON A SEGURADORA PRIVADA - ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM, POIS A PENA SOMENTE PODERIA SER APLICADA PELA SUSEP - NÃO-OCORRÊNCIA - SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SNDC - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA EM CONCORRÊNCIA POR QUALQUER ÓRGÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, PÚBLICO OU PRIVADO, FEDERAL, ESTADUAL, MUNICIPAL OU DISTRITAL. 1. A tese da recorrente é a de que o Procon não teria atribuição para a aplicação de sanções administrativas às seguradoras privadas, pois, com base no Decreto n. 73/66, somente à Susep caberia a normatização e fiscalização das operações de capitalização. Assim, a multa discutida no caso dos autos implicaria verdadeiro bis in idem e enriquecimento sem causa dos Estados, uma vez que a Susep é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda; enquanto que o Procon, às Secretarias de Justiça Estaduais. 2. Não se há falar em bis in idem ou enriquecimento sem causa do Estado porque à Susep cabe apenas a fiscalização e normatização das operações de capitalização pura e simples, nos termos do Decreto n. 73/66. **Quando qualquer prestação de serviço ou colocação de produto no mercado envolver relação de consumo, exsurge, em prol da Política Nacional das Relações de Consumo estatuída nos arts. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC que, nos termos do art. 105 do Código de Defesa do Consumidor é integrado por órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, além das entidades privadas que têm por objeto a defesa do consumidor.** Recurso ordinário improvido (STJ - RMS: 26397 BA 2008/0039400-9, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 01/04/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 11.04.2008 p. 1 - Destacamos)

⁷²Benjamin, Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Rosco Bessa. *Manual de direito do consumidor*. – 6.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 28

do Consumidor, fundamentaram a proteção e defesa do consumidor e, ao mesmo tempo, possibilitaram que os Procons assumissem um papel cada dia mais relevante.

Aos Procons cabe a tarefa de auxiliar na solução de conflitos que envolvam direitos dos consumidores, fiscalizar e regulamentar as relações de consumo e aplicar sanções nas hipóteses de descumprimento das normas de consumo.

O Procon é órgão integrante do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previsto no art. 105 do CDC, o qual tem por objetivo implementar e executar a defesa do consumidor por meio de órgãos públicos ou entidades privadas, responsáveis por efetivar a política nacional das relações de consumo prevista no art. 4º do CDC.

Hélio Zaghetto Gama, conceitua o órgão da seguinte forma:

Os órgãos públicos de proteção e defesa do consumidor ora se apresentam no campo da orientação, da educação e da defesa informal, ora se apresentam dotados dos poderes de controle, fiscalização e de desenvolver políticas de educação e informação. Há, de outro modo, os órgãos que encaram as funções repressivas do Estado, vigiando, punindo ou admoestando os fornecedores que violam as normas legais.⁷³

Em regra, o PROCON é estrutura administrativa integrante do Poder Executivo municipal ou estadual destinado a orientação e fiscalização das relações de consumo, bem como responder consultas de consumidores e fornecedores sobre a correta aplicação das normas consumeristas. O poder sancionador é a eles atribuído pelos art. 55 a 60 do CDC e pelas disposições contidas no Decreto nº 2.181/97.⁷⁴

Quanto à competência, estabelece o art.4º do Decreto, que, caberá ao órgão estadual, do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, criado na forma da lei, especificamente para este fim, no âmbito de sua jurisdição e competência, exercitar as atividades contidas nos incisos II e XII do art. 3º do Decreto, incumbidos, ainda, de (a) planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual do Distrito Federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, nas suas respectivas áreas de atuação; (b) dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as reclamações fundamentadas; (c) fiscalizar as relações de consumo; (d) funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e

⁷³GAMA, Hélio Zaghetto. Curso de direito do consumidor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.2008

⁷⁴ BRASIL. Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências

juízo, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pelo CDC, pela legislação complementar e pelo Decreto; (e) elaborar e divulgar anualmente, no âmbito de sua competência, o cadastro de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, de que trata o art. 44 do CDC e remeter cópia a Secretária Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça; e (f) desenvolver outras atividades com suas finalidades.

Dentre as competências instituídas pelo Decreto, analisaremos aquela que autoriza o órgão a ser uma espécie de elo entre o consumidor lesado e o fornecedor, qual seja: dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as reclamações fundamentadas.

3.2.2 – O processo administrativo regulado pelo Decreto nº 2.181/97

Como já visto, a Constituição Federal assegura, aos litigantes em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa.

Como decorrência de tal princípio, a atividade fiscalizatória e sancionatória dos Procons está sujeita a instauração de processo administrativo. Como regra, o diploma que trata da questão procedimental é o Decreto nº 2.181/97.

Preceitua o art.33 do decreto que as práticas infrativas as normas de consumo serão apuradas em processo administrativo que terá início mediante ato por escrito da autoridade competente, através de lavratura de auto de infração. O artigo ainda estabelece a possibilidade de a autoridade competente instaurar investigação preliminar a fim de obter elementos sobre suposta atuação infrativa. O que nada mais é do um procedimento preparatório e investigativo no qual o órgão solicita esclarecimento, ou documentos a cerca do fato, caso insuficientes as informações ou constatada a irregularidade, será lavrado o auto de infração.⁷⁵

Cumpra aqui ressaltar que, ao contrário do processo judicial, em que vigora o princípio do impulso oficial, segundo o qual o processo se inicia por iniciativa das partes, na seara administrativa tal regra não vigora, assim, o agente público, independente da reclamação de consumidor, caso identifique alguma violação de consumo, poderá dar início ao processo administrativo. É o que permite o art. 39.⁷⁶

⁷⁵FILOMENO, Jose Geraldo Brito (org.) *Tutela administrativa do consumidor: atuação dos procons, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: atlas, 2015. p.124

⁷⁶ Idem.

Os requisitos de validade do processo administrativo são enumerados no art. 40, que deverão ser observados pelo fiscal sob pena de nulidade do ato. Assim, deve o agente autuante identificar o infrator, descrever o fato, apontar os dispositivos legais infringidos e por fim, o processo deverá conter a assinatura da autoridade competente. Se tais requisitos não forem observados, o ato padecerá de nulidade, mais precisamente, será nulo por falta de motivação. Como já abordado anteriormente a motivação.

Lavrado o auto, a parte terá o prazo de dez dias, contados processualmente, isso é, nos termos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, vez que, o decreto e a Lei 9.784/99 são omissos na informação, para apresentar sua defesa. A defesa é o momento em que o autuado prestará seus esclarecimentos, questionar, tanto o conteúdo, suscitar eventual nulidade e ainda.

Dá decisão que julgar subsistente o processo administrativo e por consequência, a imputará uma das sanções imposta no art.18 do decreto, ou ainda, no prazo dez dias, poderá apresentar recurso. O recurso devolve ao órgão toda questão debatida, e gozará de efeito suspensivo apenas nos casos em que a sanção aplicada for à multa, conforme art. 49.⁷⁷

A multa será calculada nos termos do art.57⁷⁸ do CDC e deverá atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, também disciplinados na Lei nº 9.784/99.

Esboçadas essas considerações, passaremos ao estudo das Reclamações individuais que, da mesma forma, deve seguir os preceitos do decreto nº 2.181/99 e da Lei nº 9.784/99, para seu regular trâmite.

⁷⁷FILOMENO, Jose Geraldo Brito (org.) *Tutela administrativa do consumidor: atuação dos procons, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: atlas, 2015. p.124

⁷⁸Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo

3.2.3 – A reclamação individual

O consumidor lesado em seus direitos, antes de buscar a tutela jurisdicional, tem como alternativa, formular reclamação perante o Procon em razão da violação à norma de defesa do consumo. Feito o registro são, em média, quatro a ser seguidos.

Num primeiro momento, o Procon entra em contato direto com a empresa, a fim de esclarecer os fatos narrados pelo consumidor. Caso não se tenha esclarecido a questão, o Procon emite uma CIP (Carta de Informações Preliminares), sendo esta a primeira notificação formal enviada a empresa. Na CIP consta o relato dos fatos elaborado pelo consumidor, seus dados pessoais e, em algumas vezes, a documentação pertinente ao caso. Recebida a CIP, a empresa terá o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar sobre os fatos relatados pelo consumidor.⁷⁹

Na eventualidade da CIP não se mostrar eficiente, instaura-se, então, um processo administrativo e a demanda passa a ser chamada de “reclamação fundamentada”. Fundamentada porque demonstrada a legitimidade das partes, a existência da relação de consumo e a verossimilhança nas alegações do consumidor. Nesta fase, poderá ser realizada audiência de conciliação, com a presença do consumidor e do fornecedor, para que as partes possam ouvir e serem ouvidas, podendo, inclusive, compor o litígio. A ata de audiência, lavrada pelo órgão, tem força de título executivo.⁸⁰

Esclarecidos os fatos, ou conciliadas às partes, a reclamação será arquivada. Do contrário, caso não se chegue a composição, caberá ao consumidor buscar a via judicial, quanto ao fornecedor, sua conduta será apurada pelo órgão, podendo ter

⁷⁹Disponível em <http://www.idec.org.br/uploads/revistas_materias/pdfs/ed-182-servico-defesa-consumidor1.pdf> acesso em 06 maio de 2017.

⁸⁰Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. **TERMO DE CONCILIAÇÃO FIRMADO JUNTO AO PROCON. INSCRIÇÃO NEGATIVA. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO.** DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. O réu pede provimento ao recurso, para reformar a sentença que julgou procedente a ação ordinária e improcedente o pedido contraposto, o condenando ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 3.500,00. Cerceamento de defesa não configurado. Juiz leigo que, em audiência de instrução e julgamento, fixou os limites da lide. Indeferimento de depoimento pessoal e prova testemunhal que não caracterizou cerceamento de defesa. Produção de provas apenas em relação à matéria controversa. **Termo de conciliação firmado entre as partes junto ao PROCON.** Cancelamento contratual e baixa do registro negativo. Inscrição negativa indevida. Danos morais configurados. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005998133, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: José Ricardo de Bem Sanhudo, Julgado em 26/04/2016- Destacamos)

imputado contra si as sanções previstas no CDC e no Decreto nº 2.181/97, além de integrar o cadastro de reclamações fundamentadas.

Por derradeiro, mister trazer a baila, a crítica da professora Cláudia Lima Marques, sobre o arquivamento das reclamações:

“O consumidor lesado, antes de ajuizar ação possui a alternativa de dirigir-se ao Procon e formular uma reclamação perante o órgão por violação a norma de defesa do consumidor. Na prática, resolvida a situação do consumidor e assinado o acordo, o órgão, invariavelmente arquivará o procedimento. Não deveria ser assim. O atendimento a pretensão do consumidor deve servir no máximo como fator atenuante. É dever da autoridade administrativa aplicar as sanções indicadas no art.56 sempre que constatada a ofensa ainda que posteriormente corrigida ou mitigada, a direito do consumidor. O objetivo da aplicação da sanção é preventivo e repressivo. Não busca a indenização do consumidor e sim que o consumidor apenado não volte a praticar a mesma espécie de lesão. Nessa linha de raciocínio, dispõe o art. 25, III do Decreto nº 2.181/97 que é apenas circunstância atenuante “ter infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo”.⁸¹

3.2.4 – O cadastro de reclamações fundamentadas

Ainda dentro das competências listadas pelo art. 4º do Decreto nº 2.181/97 cabe ao Procon, e aos demais órgãos públicos de defesa do consumidor, elaborar e divulgar, anualmente, a relação dos fornecedores que atuam em desconformidade com as normas de consumo, em conformidade com o instituído pelo art. 44 do CDC.

Por sua vez, estabelece o art. 44 que os órgãos públicos de defesa do consumidor, manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. E vai além, obriga os órgãos públicos, a informar se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor, classificando-as como reclamação fundamentada atendida, ou reclamação fundamentada não atendida.

Como acima esposado, caso a reclamação seja convertida em processo administrativo, há uma aparente configuração de violação das leis consumeristas e, por isso, será classificada como fundamentada, hipótese em que integrará o cadastro de reclamações fundamentadas. No entanto, para fins do cadastro são duas as classificações que a reclamação poderá receber.

⁸¹Benjamin, Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Rosco Bessa. *Manual de direito do consumidor*. – 6.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 28

Nesta senda, será classificada como fundamentada atendida quando o fornecedor for parte ativa na reclamação, ou seja, quando responder de maneira diligente ao órgão sempre que requisitado, prestar assistência ao consumidor ou, ainda, apresentar solução a questão, mesmo nos exatos termos do pedido do consumidor. Situação contrária, quando o fornecedor não atender o pleito do consumidor ou quando prestar esclarecimentos insuficientes, a reclamação será classificada como fundamentada não atendida.

Por derradeiro, a lição de Cláudia Lima Marques⁸², que bem sintetiza a importância da publicação da lista: “A sociedade de consumo é massificada e anônima. Salvo estabelecimentos tradicionais, novas e desconhecidas empresas surgem a cada dia, atraindo a atenção de consumidores com suas ofertas” e, nos lembrando das tantas informações que detém o fornecedor sobre seus consumidores, conclui dizendo que “o mesmo cuidado deve ser seguido pelo consumidor para evitar lesões a seus direitos. Daí a importância de se informar, conhecer as empresas que vendem produtos e serviços de qualidade.”

3.3– AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA

Concluído o processo administrativo, a depender da natureza da infração cometida pelo fornecedor aplicará, sem prejuízo das de natureza civil, penas e das definidas em normas específicas, aplicar a sanção que julgar mais adequada.

As sanções administrativas estão previstas no art. 56 do CDC, sendo as seguintes: (a) multa; (b) apreensão do produto; (c) inutilização do produto; (d) cassação do registro do produto junto ao órgão competente; (e) proibição de fabricação do produto; (f) suspensão de fornecimento de produto ou serviço; (g) suspensão temporária de atividade; (h) revogação de concessão ou permissão de uso; (i) cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; (j) interdição, total ou parcial de estabelecimento, de obra ou de atividade; (l) intervenção administrativa e (m) imposição de contrapropaganda.

A permissão para o órgão imputar sanção administrativa a seus fiscalizados, tem escopo no poder de polícia administrativa. O poder de polícia é inerente a

⁸²BENJAMIM, Antônio Herman V, Cláudia Lima Marques, Leonardo Rosco Bessa. Manual de direito do consumidor. – 6.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 444.

atividade administrativa, o que permite a administração pública exercer tal poder sobre todas as condutas ou situações que possam direta ou indiretamente afetar o interesse da coletividade.

Na lição de José Santos Carvalho Filho⁸³, o poder de polícia “*é a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a administração pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse coletivo*”. Mais adiante o autor nos adverte que “*só se pode ter-se por legítimo o exercício da atividade administrativa configurada no Poder de Polícia se a lei em que se fundar a conduta da administração tiver lastro constitucional*”.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, o poder de polícia administrativa é:

“a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em uma supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e propriedade dos indivíduos mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo, coercitivamente aos particulares um dever de abstenção a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.”⁸⁴

Concluindo que o poder de polícia se manifesta na aplicação das sanções administrativa, Marçal Justen Filho, analisa o poder sancionador do Estado para punir aqueles que praticam ato contrário a lei, da seguinte forma:

“A sanção administrativa pode ser considerada como manifesto poder de polícia. A atividade do poder de polícia traduz-se na apuração da ocorrência de infrações a deveres das mais diversas ordens, impondo à Administração o dever-poder de promover a apuração do ilícito e a imposição da punição correspondente. Portanto, a criação de deveres administrativo não é manifestação necessária do poder de polícia, mas a apuração da ocorrência do ilícito e o sancionamento daí derivado correspondem ao exercício da competência de polícia administrativa.”⁸⁵

O contraponto é feito por José Geraldo Brito Filomeno, para quem “*as entidades de proteção e defesa do consumidor não são órgãos policiais ou de fiscalização; antes são verdadeira caixa de ressonância dos reclamos dos consumidores, individual, coletiva ou difusamente considerados*”. Certo de que a atividade dos órgãos deve ser enfrentada sob quatro campos: (a) de orientação aos consumidores; (b) de encaminhamento das reclamações; (c) estudos e pesquisas

⁸³ CAVALIERI, Filho, Sergio. Programa de direito do consumidor.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014. p. 121

⁸⁴BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 26 ed. 2009.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de direito administrativo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.506

objetivando o aperfeiçoamento da legislação consumerista e (d) de resolução de conflitos de interesse entre consumidores e fornecedores, (atividade tradicional dos Procons), afirma que no interessa a esfera administrativa a proteção do consumidor surgirá em caráter preventivo, ao passo que, restaria a administração pública o desenvolvimento de atividade com vistas a amparar um interesse do consumidor e, claro, sob o amparo do poder de polícia que, para o autor, deve ser encarado em sentido amplo.

A questão se o Procon é detentor ou não do poder de polícia e dos atributos que lhes são pertinentes, já foi enfrentada pelo Superior Tribunal Federal⁸⁶, tendo a corte suprema firmando entendimento de que, como entidades ou órgãos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor, criados no âmbito das respectivas legislações competentes para fiscalizar as condutas infrativas e aplicar penalidades administrativas, aos Procons é atribuído o exercício da atividade de polícia administrativa, sujeitando aos infratores às sanções previstas no art. 55 do CDC, regulamentadas pelo Decreto nº 2.1.81/97.

⁸⁶ PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA APLICADA PELO PROCON. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NÃO CONHECIMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA DA SANÇÃO. VALIDADE DA CDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COMPETÊNCIA DO PROCON. ATUAÇÃO DA ANATEL. COMPATIBILIDADE. 1. A recorrente visa desconstituir título executivo extrajudicial correspondente à multa aplicada por Procon municipal à concessionária do serviço de telefonia. A referida penalidade resultou do descumprimento de determinação daquele órgão de defesa do consumidor concernente à instalação de linha telefônica no prazo de 10 (dez) dias. 2. No que concerne à alegação de divergência jurisprudencial, o recurso não preenche os requisitos de admissibilidade, ante a ausência de similitude fática entre o acórdão paradigma e o acórdão impugnado. Com efeito, o exame da razoabilidade e da proporcionalidade das multas aplicadas nos acórdãos cotejados foi apreciado sob o contexto específico de cada caso concreto, que retratam condutas diversas, com peculiaridades próprias e potenciais ofensivos distintos. 3. Não se conhece do recurso no tocante à apontada contrariedade aos arts. 17, 24, 25, 26 e 28 do Decreto Federal 2.181/97; e ao art. 57 do CDC, pois realizar a dosimetria da multa aplicada implica no revolvimento dos elementos fáticos probatórios da lide, ensejando a aplicação da Súmula 07/STJ. Verifica-se o mesmo óbice quanto à aferição da certeza e liquidez da Certidão da Dívida Ativa - CDA, bem como da presença dos requisitos essenciais à sua validade e regularidade. 4. Não há violação ao art. 535, II, do CPC quando o acórdão recorrido examina todos os pontos relevantes à resolução da lide, apenas não acolhendo a tese sustentada pela recorrente. 5. **Sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente o interesse de consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar as sanções administrativas previstas em lei, no regular exercício do poder de polícia que lhe foi conferido no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.** Tal atuação, no entanto, não exclui nem se confunde com o exercício da atividade regulatória setorial realizada pelas agências criadas por lei, cuja preocupação não se restringe à tutela particular do consumidor, mas abrange a execução do serviço público em seus vários aspectos, a exemplo, da continuidade e universalização do serviço, da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e da modicidade tarifária. 6. No caso, a sanção da conduta não se referiu ao descumprimento do Plano Geral de Metas traçado pela ANATEL, mas guarda relação com a qualidade dos serviços prestados pela empresa de telefonia que, mesmo após firmar compromisso, deixou de resolver a situação do consumidor prejudicado pela não instalação da linha telefônica. 7. Recurso conhecido em parte e não provido. (STF. RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.591. Segunda Turma. Rel. Min. Castro Moreira. DJe 05/10/209 - Destacamos)

Sem dúvida, a pena mais aplicada pelos Procons é a de multa, nesse ponto, Odete Medaur afirma:

“A multa é a sanção consistente no pagamento de importância em dinheiro, reduzindo deste modo, o patrimônio do infrator. É a sanção mais comum entre as sanções administrativas, ante a facilidade de sua imposição; mas não se revela autoexecutável, pois, se o infrator não efetuar o pagamento, a Administração só poderá executá-la em juízo, respeitando os trâmites administrativos.”⁸⁷

Estabelece o art. 57 do CDC que a pena de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. A celeuma que se enfrenta diz respeito a expressiva quantia que têm os Procons aplicado a fornecedores em casos das reclamações originadas de denúncia de um único consumidor. Não se adentra, aqui, no mérito das multas aplicadas em decorrência do poder fiscalizatório do órgão, tampouco se questiona tal atribuição e importância, frisa-se a explanação abarca somente as reclamações de consumidores individuais.

Nesse sentido, o parâmetro mais usual do crivo dos limites das multas diz respeito à observância da razoabilidade e da proporcionalidade da exação.

Ao lecionar sobre a razoabilidade como parâmetro da atividade administrativa, Hely Lopes Meirelles⁸⁸, nos diz que se pode classificá-la como “*princípio da proibição de excessos*”, que, em última análise, o princípio tem por escopo aferir a compatibilidade entre os meios empregados e os fins apontados na prática do ato, de modo a evitar condutas administrativas arbitrárias e abusivas. Ao passo que conclui o autor, que “*a razoabilidade envolve a proporcionalidade e vice e versa*”, isso porque, exige, entre outros aspectos, que haja entre os meios utilizados e os fins que se pretende alcançar.

Aplicação do princípio da razoabilidade em matéria de penalidades pecuniárias é aceita na doutrina, conforme ensina José Carlos Graça Wagner “*o ato ilícito pode ser punido até o limite de sua própria substância, de tal modo que não só de nada aproveite a quem o praticar como também perca tudo que envolveu na prática daquele ato*”.⁸⁹

⁸⁷FILOMENO, Jose Geraldo Brito (org.) *Tutela administrativa do consumidor: atuação dos procons, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: atlas, 2015. p.124

⁸⁸ Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32.ed. São Paulo:Malheiros,2006. p 92.

⁸⁹WAGNER, José Carlos Graça. “*Penalidades e acréscimos na legislação tributária*”, in Caderno de Pesquisas Tributárias, vol., 2a tiragem, 1990, pp. 325-336, p. 329

Com isso, não pode haver distorção entre a medida estabelecida em lei e o fim por ela objetivado, determinando que o modo de combater e punir as infrações à legislação administrativa deve ser disposto com penalidades que guardem adequação dos meios e dos fins, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

As multas devem ter natureza pedagógica, para que sirvam, de desestímulo à violação das normas de consumo. No entanto, a aplicação em valores exorbitantes acaba por diminuir a confiança na administração pública, uma vez que, destinatária integral dos valores por ela imputados, não restando outra alternativa ao fornecedor senão a busca da tutela jurisdicional.

A título de exemplo, se traz a baila caso em que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁹⁰, reduziu a multa aplicada inicialmente no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), por entender que aplicada fora dos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

O valor aplicado pelo Procon estava apoiado em uma única reclamação. Aduziu o consumidor ter adquirido aparelho celular e cartão de memória que, juntos, custaram R\$ 299,00 (duzentos e noventa e nove reais), o aparelho apresentou defeito, e por isso, foi oposta a reclamação. No processo administrativo consumidor e fornecedor acordaram a devolução do valor de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais), contudo, entendeu o Procon que o valor devolvido não correspondeu a totalidade da compra, pois no valor não foi comutado o cartão de memória.

Entendendo que não havia nos autos do procedimento administrativo, notícia de que o cartão de memória também apresentou problema, e considerando a conduta da empresa em âmbito administrativo, que restituiu o valor do aparelho, e a inexistência de vantagem econômica auferida, entendeu o Tribunal Mineiro, pela

⁹⁰Tribunal de Justiça de Minas Gerais.EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. SENTENÇA EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PERANTE O PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. VALOR DA MULTA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ANULAÇÃO CONFIRMADA. - A escolha do direito aplicável à espécie é decisão da autoridade judiciária e não depende de pedido formulado pela parte e o que caracteriza a sentença extra petita é o deferimento de pretensão alheia à requerida inicialmente pelo postulante, e não a utilização de um fundamento legal no lugar de outro. - Considerando-se o valor do produto, a conduta da empresa em âmbito administrativo, a inexistência de vantagem econômica auferida e o porte da impetrante, em cotejo com o valor da multa, conclui-se pela existência de excesso e desproporcionalidade que autorizam a anulação da penalidade. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.14.050614-9/002, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/03/2016, publicação da súmula em 06/04/2016- Destacamos)

existência de excesso e desproporcionalidade que autorizaram a anulação da penalidade.

Nessa lógica, em tempos em que o próprio poder judiciário tem buscado meios alternativos de solução de conflitos, tendo, inclusive positivado no art 6 do novo Código de Processo Civil, o princípio da cooperação, segundo o qual o processo seria fruto da atividade cooperativa entre juiz e partes, cumpre-nos considerar a possibilidade da aplicação de tal princípio na relação, consumidor *versus* fornecedor, tendo no Procon, a figura do juiz colaborador.

2.2 – O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Traçados estes panoramas sobre a Lei nº 9.784/99, para que o presente trabalho atinja seu objetivo final, qual seja a aplicação subsidiária do princípio da cooperação, positivado no art. 6º do Código de Processo Civil/2015, aos processos administrativos que regem a relação de consumo, passaremos ao estudo de tal princípio.

Sobre princípio, assim leciona Robert Alexy:

Por ello, podría pensarse que todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo. Un modelo tal se percibe en Dworkin cuando dice que las reglas, cuando valen, son aplicables de una manera del todo-o-nada, mientras que los principios solo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión. Sin, embargo, este modelo es demasiado simple. Se requiere un modelo más diferenciado. Pero, también díjase –Marco de un modelo diferenciado, hay que mantener el diferente carácter *prima facie* de las reglas y los principios. Del lado de las reglas, la necesidad de un modelo diferenciado resulta del hecho de que es posible, con motivo de la decisión de un caso, introducir en las reglas una cláusula de excepción. Cuando esto sucede, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso. La introducción de una cláusula de excepción puede llevarse a cabo”⁹¹

Humberto Ávila, complementa:

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é ideia que exprime uma orientação

⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madri, 199, p.99

prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue ser compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungsgebende Funktion*) para a determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma Alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a ideia de que os meios e os fins são conceitos correlatos.⁹²

O modelo cooperativo, a partir de novas perspectiva constitucionais, é alcançado na medida em que todas as pessoas que participam do processo, ainda que não sejam partes, possuem o dever de colaborar para que se atinja uma prestação jurisdicional adequada.⁹³

Em obra sobre o tema, Daniel Mitidiero explica que o modelo cooperativo organiza as relações entre Estado, Sociedade e indivíduo, ressaltando que a Constituição “*que tem como referencia uma sociedade cooperativa, conforma o Estado como um Estado Constitucional, cujas duas grandes virtudes estão na sua*

⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 79

⁹³ Para o bom debate, cabe a posição de Leno Streck, para quem cooperação não é um princípio, vejamos: “Insistimos, de pronto: cooperação não é princípio. Posto no novo CPC, o art. 6º diz que “todos os sujeitos do processo *devem cooperar entre si* para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Sugere o dispositivo, numa primeira leitura, que a obtenção de decisões justas, efetivas e em tempo razoável – diretrizes relacionadas umbilicalmente com o que está previsto nos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição — não seria propriamente *direito* dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país, mas também *deveres* a eles impostos. É o legislador, de modo sutil, depositando sobre as costas do jurisdicionado parcela imprevisível do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional. Uma “katchanga processual”. Você quer uma decisão justa, efetiva e tempestiva? Então, caro utente, para o fim de consegui-la *deverá* cooperar com o juiz e sobretudo com a contraparte, e esperar igual cooperação de ambos. Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... [...] Não se nega utilidade social à cooperação nem se instiga aqui a litigiosidade. Mas, até onde pode avançar o juiz, em seu diálogo com as partes, alicerçado em seu dever de cooperar? Qual o limite a ser respeitado por ele a fim de que não se torne também um contraditor? Acredita-se que as intervenções do juiz, até para que o devido processo legal permaneça incólume, devem se pautar pela discricão, pois: i) cumpre-lhe o dever de esclarecimento; ii) compete-lhe prevenir as partes do perigo de frustração de seus pedidos pelo uso inadequado do processo (dever de prevenção); iii) é dever do órgão jurisdicional consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, ainda que de ordem pública, assegurando a influência de suas manifestações na formação dos provimentos (dever de consulta); e iv) por fim, é seu papel auxiliar as partes na superação de dificuldades que as impeçam de exercer direitos e faculdades ou de cumprir ônus ou deveres processuais (dever de auxílio). Afora isso, é enorme o risco que se corre de transmutar o juiz em um contraditor, com prejuízo às próprias bases fundadoras do Estado Democrático de Direito.” STRECK, Lenio Luiz, et al. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Consultor Jurídico – CONJUR. 23 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>> Acesso em 06 de junho de 2017.

submissão ao direito e na participação social na sua gestão” concluindo que “essa conformação, funda o Estado na dignidade da pessoa humana. Daí a razão pela qual a sociedade contemporânea pode ser considerada ela mesma um empreendimento de cooperação entre os seus membros em vista da obtenção de proveito mútuo”.⁹⁴

O modelo cooperativo representa o processo como um encadeamento de atos que devem observar as devidas formalidades, não obstante, coloca em evidência a busca pela decisão justa.

Na condução do processo, o juiz assume posição isonômica e quando da decisão de questões processuais e materiais da causa, assume posição assimétrica, exige, portanto, que o magistrado assumira posição dupla na causa com objetivo de alcançar um ponto de equilíbrio entre as partes.⁹⁵

Para Fredie Didier Jr, o princípio da cooperação é consequência lógica dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório. O princípio da cooperação provoca o “*redimensionamento*” do contraditório, incluindo o órgão jurisdicional como um dos sujeitos do diálogo processual e não mais como mero espectador, concluindo que:

“o contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não mais como regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial ao processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaque a algum dos sujeitos processuais”.⁹⁶

Do mesmo pensamento compartilha Daniel Mitidiero, para quem o formalismo processual cooperativo é marcado pelo diálogo entre as pessoas do juízo, o que se

⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos* 2. ed. Editora: Revistas dos Tribunais, 2011. p.79-80

⁹⁵No contraponto, esclarece Lenio Srteck: “Uma comunidade de trabalho com a finalidade de regulamentar o diálogo entre juiz e partes é algo bem diferente de inserir a todos num mesmo patamar, como se o primeiro exercesse juntamente com as últimas o contraditório, debatendo teses, argumentando e rebatendo argumentos, levando fatos (ou obrigando as partes a levá-los) para o processo, produzindo provas e contraprovas. Algo também bem diferente que confiar às partes deveres de cooperar entre si (sic) e de instituir em favor do juiz poderes para obrigá-las, contra vontade delas, a atuar cooperativamente. Sim, corremos esse risco. Este é o busílis da questão.” STRECK, Lenio Luiz, et al. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Consultor Jurídico – CONJUR. 23 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>> Acesso em 06 de junho de 2017

⁹⁶DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org), *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.198, agos./2011.p.219

justifica pelo direito fundamental ao contraditório, “*entendido como direito a influenciar a formação da decisão*”. Nesse sentido, leciona:

“O processo que é necessariamente um procedimento em contraditório adequado aos fins do Estado Constitucional, reclama para sua caracterização a estruturação de um formalismo que proponha um debate leal entre todas as pessoas que nele tomam parte. A propósito, também por esta senda pode-se vislumbrar a justificação ética do direito processual civil. Não há dúvida que a necessidade de um processo justo encontra esteio à vista da necessidade de obter-se uma decisão justa, sendo considerado mesmo seu pressuposto. Nessa perspectiva, assumo o contraditório papel de um verdadeiro “*cardine della ricerca dialettica*” pela justiça do caso concreto, funcionando como uma norma de absoluta imprescindibilidade para a formação da decisão judiciária. Não basta, todavia, outorgar direito a influir na construção da decisão senão se prevê um correlato dever de debate acometido ao órgão jurisdicional.”

Esse novo cenário processual, em que o Código de Processo Civil/15 concretizou expressamente o princípio da cooperação e os deveres de cooperação, que devem ser observados por todos os envolvidos no processo na busca por um debate transparente, também chegou ao processo administrativo.

A dialética do Código de Processo Civil/15 aplica-se a todo direito processual brasileiro, deixando para trás modelos que ignoram o dever de colaboração recíproca. Assim, o diploma processual poderá incidir em todos os processos administrativos, de forma subsidiária para suprir lacunas na omissão das leis administrativas.

Tal fato se deve na medida em que o art. 15 do Código de Processo Civil/15 positivou a incidência supletiva ou subsidiária aos casos de processos administrativos tanto nos casos em que se constatar a omissão legislativa como naquelas em que o dispositivo possa ser valorizado no caso concreto por meio da aplicação de norma positivada no CPC/15.⁹⁷

Diante de tudo que foi desenvolvido até aqui, é saliente a necessidade de aprimora e ampliar as formas de acesso a proteção do consumo diante da ineficácia de mecanismos judiciais tradicionais para dirimir conflitos na sociedade de consumo.

Nesse contexto, de consagração do princípio da cooperação no direito brasileiro, onde a norma impõe o dever de cooperação entre todos os sujeitos, a busca pela composição de conflitos fora dos tribunais surge como uma garantia real a proteção de direitos.

⁹⁷ MOREIRA, Egon Bockamann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2017, p.81

O avanço dos meios alternativos é inegável, principalmente com o fortalecimento dos Procons, parece-nos que a opção pela via administrativa é o caminho para que se atinja a melhor maneira de assegurar o interesse do consumidor.

Neste compasso, em que a tutela judiciária se mostra aberta a resolução de litígios através via de cooperação entre as partes, e considerando que o próprio código de processo civil positivou a possibilidade de aplicação subsidiária de suas normas ao processo administrativo, cabe a reflexão se o modelo de cooperação adotado pelo código pode ser utilizando nos processos administrativos de competência dos Procons envolvendo as relações de consumo.

Como analisado, a cooperação demanda um mínimo de equilíbrio entre as partes, no entanto, as relações de consumo são justamente caracterizadas pelo desequilíbrio entre as partes, vez que a vulnerabilidade do consumidor face ao fornecedor é base fundamental do direito consumerista.

Em artigo publicado sobre o tema, a professora Fabiana D'Andrea Ramos leciona:

“Parece, pois, no mínimo, uma complexa ambigüidade harmonizar a natural vulnerabilidade do consumidor com um método de solução de conflitos que pressupõe equilíbrio entre os sujeitos. No entanto, se forem levadas em consideração algumas importantes características dos métodos autocompositivos, veremos que a vulnerabilidade do consumidor pode ate mesmo ser reduzida.⁹⁸

E vai mais além, a professora explica que a via administrativa representa o “*acolhimento dos sentimentos das partes*” que será melhor alcançado se for possível ultrapassando a litigiosidade para o caminho da cooperação para que então, a relação de consumo seja restaurada.⁹⁹

Quanto ao papel do mediador, a professora afirma sua isenção, não devendo ser comprometido com nenhuma das partes:

A imparcialidade e independência dizem respeito à necessidade do mediador ou conciliador ser um terceiro isento, não comprometido com nenhum dos lados. É muito importante que não represente qualquer grupo de interesses e seja, pois, completamente neutro. Somente assim será possível garantir a concretização do principio da igualdade, porque é preciso que sejam oportunizadas em igual medida espaços de manifestação, privilégios ou benefício, respeitada a vulnerabilidade do consumidor. O comprometimento

⁹⁸ RAMOS, Fabina D'Andrea, et. Al. *Meios autocompositivos podem reduzir vulnerabilidade do consumidor*. Consultor Jurídico – CONJUR. 15 de março de 2017 Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2017-mar-15/garantias-consumo-meios-autocompositivos-podem-reduzir-vulnerabilidade-consumidor>> acesso em 20 de junho de 2017

⁹⁹ Idem.

do mediador ou conciliador é como a lisura, justiça e equilíbrio do método, e não com o interesse de uma das partes. Por isso, pode, sem tomar partido, alertar para acordos manifestamente injustos ou desequilibrados.¹⁰⁰

Compartilhamos do mesmo pensamento, ao buscar a tutela protetiva junto ao órgão, o consumidor, na maioria das vezes, o consumidor está buscando a retomada da confiança naquele fornecedor, não objetiva um litígio, tão somente a resolução de seu problema, ou até mesmo, um singelo pedido de desculpas. Em outras vezes, o consumidor precisa ser ouvido.

Bauman nos adverte que o consumidor é uma pessoa em movimento e afirma:

“O mercado já pode até tê-los selecionados como consumidores e assim retirado a sua liberdade de ignorar as lisonjas; mas a cada visita a um ponto de compra os consumidores encontram todas as razões para se sentir como se estivessem – talvez até eles apenas – no comando. Eles são juízes e críticos do que escolhe. (...) É essa combinação de consumidores, sempre ávidos de novas atrações e logo enfatiados com atrações já obtidas, e de um mundo transformado em todas as suas dimensões – segundo o padrão do mercado de consumo, e como o mercado, pronto a agradar e mudar suas atrações com uma velocidade cada vez maior”.¹⁰¹

Sabendo disso, o fornecedor, por sua vez, almeja esse consumidor de volta, ter uma posição de cooperador a frente de um consumidor que buscou uma tutela administrativa, faz esse fornecedor presente no processo. Despindo-se o fornecedor de toda a carga que lhe é atribuída no processo judicial, faz com que a relação entre as partes seja resgatada,

Nesse cenário, o Procon exerce o papel de condutor do procedimento, sendo fundamental para garantia do equilíbrio entre as partes, garantindo a efetiva participação das partes e, até mesmo, relativizando seu papel sancionador.

Cumprir destacar importante medida autocompositiva ainda em trâmite na Câmara dos Deputados, trata-se do PL 3.515/2015, que altera o CDC para prevenir situações de superendividamentos.

Superendividado é aquele consumidor que, de boa-fé, assume dívidas de forma imponderadas, que resultam em um passivo infinitamente maior do que o ativo de forma a comprometer sua capacidade de subsistência.

O projeto prevê a instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos originados de superendividamento, possibilitando o sujeito endividado seu restabelecimento econômico. Assim, caberá a cada órgão integrante da Secretária

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ BAUMAN. Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro:Zahar, 1999.p.93

Nacional de Defesa do Consumidor promover esta conciliação, com a presença do consumidor endividado e de seus credores. As partes deverão agir em posição colaborativa, sempre de boa-fé, principalmente o credor, a quem caberá prestar informações corretas sobre a situação do consumidor.

Logo, é possível uma participação cooperativa entre consumidor, fornecedor e órgão, que garanta a efetiva proteção dos direitos conquistados, mas que sobretudo, restabeleça a relação existente entre as partes.

CONCLUSÃO

Verificou-se no curso do presente estudo que após a revolução industrial as relações de consumo ganharam maior complexidade. O produto que antes era realizado de forma manual passa a ser substituído pela máquina. O fabricante que antes dominava a produção torna-se apenas uma peça da cadeia de produção.

Apesar do avanço tecnológico, a produção em massa expôs o consumidor a risco antes desconhecidos. O consumidor precisava ser amparado, nascem, então, os movimentos consumeristas.

Analisou-se esses movimentos, em especial os de origem nos Estados Unidos. Abordou-se o papel da *National Consumers League*, que, elaborava listas brancas de consumo que informavam quais empresas respeitavam os direitos dos trabalhadores, orientando os consumidores a adquirir somente aqueles produtos. Falou-se sobre a obra de *Upton Sinclair*, que após investigar a condição da carne e de limpeza dos frigoríficos americanos, publicou o ensaio “A Selva”, no qual descreveu de maneira realista a fabricação dos embutidos. Diante da revolta da população, foi editada a primeira lei de alimentação e medicamentos America.

Destacou-se o discurso do presidente americano John F. Kennedy o qual proferiu que “*consumidores somos todos nós*” e identificou os direitos básicos dos consumidores, quais sejam: (a) direito a segurança; (b) o direito a ser informado (c) o direito de escolha e (d) o direito a serem ouvidos.

O discurso foi motivado pela revolta dos americanos com acidentes causados pelo carro Ford Pinto, modelo da marca Ford. O carro foi lançado para concorrer com os avanços das marcas rivais, contudo, uma falha na concepção de desing do carro, provocada o rompimento do tanque de combustível. A Ford, sabendo do fato, assumiu o risco e lançou o carro. A consequência, dezenas de acidentes, centenas de feridos e vítimas fatais.

Informou-se que os direitos elencados pelo presidente norte americano, foram reconhecidos pela ONU. Mais tarde, a ONU reconheceu a vulnerabilidade e a necessidade de proteção dos direitos dos consumidores, reconheceu, também, que os consumidores geralmente enfrentam desequilíbrios em termos econômicos, educacionais e que detêm poder de negociação reduzido, e impôs aos países membros o compromisso de desenvolverem, fortalecerem ou manterem uma política

eficaz de proteção ao consumo, devendo cada estado estabelecer suas necessidades.

Falou-se do movimento europeu, citando-se como exemplo a Lei Espanhola, que traz entre seus princípios gerais a necessidade do poder público garantir a proteção e defesa dos consumidores.

Discorreu-se também sobre a origem do direito do consumidor no Brasil, que surgiu no início da década de 70 com as primeiras associações de defesa do consumo. Destacando-se que o primeiro órgão de defesa administrativa surgiu em São Paulo em 1976, com a criação do Procon.

Quanto à proteção do consumidor no Brasil, verificou-se que foi positivada pelo legislador constituinte que, ao disciplinar que o Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor, impôs uma ordem ao legislador sendo um dever do Estado e não uma obrigação. Além do que, a Constituição Federal/88 eleva a proteção do consumo como princípio geral da ordem econômica.

Viu-se que o Código de Defesa do Consumidor é tido como um microsistema normativo, criado e elaborado visando a proteção de uma categoria específica e tem como fundamento geral a posição de vulnerabilidade do consumidor.

Conceituou-se vulnerabilidade como condição inerente ao consumidor. Dentro de uma nova estruturação de mercado, baseada na produção em massa e no domínio desenfreado do crédito que, aliados a técnicas publicitárias, invariavelmente o consumidor foi transformado na parte mais fraca da relação.

Ainda quanto a vulnerabilidade, alertou-se que esta pode ser agravada conforme a condição social do sujeito. Crianças e idosos são mais vulneráveis as táticas publicitárias.

Distingui-se vulnerabilidade e hipossuficiência. Sendo esta associada a noção de fraqueza do sujeito em razão de determinada condição, que pode ser econômica, técnica, educacional, informacional, aquela é ampla devendo ser analisada no caso concreto. Concluindo-se que nem todo consumidor será hipossuficiente, mas todo consumidor será vulnerável.

Também se conceitua os tipos de vulnerabilidade, sendo a técnica, ligada a falta de conhecimento quanto aos meios de produção do produto adquirido, pois é o fornecedor que domina a expertise, a jurídica que consiste na ausência de conhecimentos dos direitos e deveres que lhes são inerentes, e a fática, que diz

respeito a disparidade econômica entre fornecedor e consumidor. Apresentou-se a posição jurisprudencial sobre os tipos de vulnerabilidade.

Falou-se na inversão do ônus da prova, norma processual que assegura efetividade dos direitos do consumidor. A inversão do ônus da prova pode ocorrer de duas maneiras, quando estão presentes os requisitos presentes no CDC, a inversão será, *ope judicis* e, será *ope legis* quando a lei assim determinar.

Assim, nos casos em que constatada verossimilhança nas alegações do consumidor, com base nas regras da experiência, o juiz deverá determinar a inversão, podendo ainda, ocorrer nos casos em que constatada a hipossuficiência do consumidor. Colacionou-se jurisprudência sobre o tema. A inversão *ope legis*, é prevista nos art. 12 e 14 do CDC, e prevê expressamente que cabe ao fornecedor a prova de que o defeito inexistente ou culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro.

Esboçou-se sobre a lei do processo administrativo federal, Lei nº 9.784/99. A referida norma regula os processos administrativos em âmbito federal e tem aplicação subsidiária aos processos administrativos regidos por leis próprias.

Viu-se que a lei em comento é baseada em princípios como ampla defesa e contraditório, informalismo, razoabilidade, motivação e verdade material.

Quanto a ampla defesa e contraditório, significa a oportunidade concedida ao administrado de opor-se a pretensão, sendo conhecidas suas alegações e apreciadas todas suas provas, é o direito de informação e a faculdade de reação. O princípio do Informalismo garante ao processo administrativos a adoção de formas simples, que sejam suficientes para atingir os fins que se propõe. A razoabilidade visa impedir atuação desproporcionais da administração na condução do processo. O princípio da motivação impõe a obrigatoriedade de todos os atos administrativos indicarem seus fatos e fundamentos, por fim, o princípio da verdade material garante a busca da verdade impondo a administração a aceitação de qualquer tipo de prova lícita, podendo, inclusive, ser apresentada a qualquer tempo.

No aspecto administrativo, viu-se que a tutela do consumidor é atribuída aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, nos termos do Decreto Federal nº 2.181/97.

O estudo da tutela administrativa do consumidor foi realizado a partir dos processos de reclamação realizadas no Procon.

Viu-se que cabe ao Procon a tarefa de auxiliar na solução de conflitos que envolvam as relações de consumo e aplicar sanções nas hipóteses de

descumprimento das normas de consumo. Dentre as competências, foi analisada a que permite dar atendimento aos consumidores, de forma individual, processando as reclamações fundamentadas.

Falou-se que a reclamação individual tem início com a notificação de violação das normas de consumo, feita de maneira individual pelo consumidor e que, num primeiro momento o órgão estabelece contato direto com o consumidor a fim de resolver o conflito. Caso a resposta seja insatisfatória, será aberta uma carta de informações preliminares e enviada a empresa, que terá prazo de dez dias para responder formalmente. Não sendo resolvido o caso, poderá ser aprazada audiência conciliatória. Havendo conciliação, o procedimento é arquivado, do contrário, caso as partes não entrem em acordo, o consumidor será orientado a ingressar em juízo, continuando o processo administrativo em relação ao fornecedor, que terá sua conduta apurada pelo órgão.

Foi visto que a competência sancionatória do órgão decorre do exercício regular do poder de polícia, sendo superada a discussão se podem, ou não, os Procons, aplicarem sanções pecuniárias.

No que tange ao princípio da cooperação, viu-se que o novo Código de Processo Civil positivou a colaboração e os deveres de cooperação que devem ser observados por todos os sujeitos do processo, que devem agir de acordo com a boa-fé e evitando comportamentos contraditórios.

Assim, diante da incidência supletiva ou subsidiária do Código de Processo Civil/15 aos casos de processos administrativos tanto nos casos em que se constatar a omissão legislativa como naquelas em que o dispositivo possa ser valorizado no caso concreto por meio da aplicação de norma positivada, passo-se a analisar a aplicação de tal princípio pelo Procon na resolução das demandas consumeristas.

Conclui-se que é possível aplicação do princípio da cooperação pelo órgão fiscalizador. As relações de consumo estão cada vez mais em movimento, o avanço tecnológico dos últimos tempos, permite aos consumidores estar constantemente informado. Pode-se, até, cogitar um fornecedor muito mais preocupado com sua reputação com o consumidor, do que um fornecedor ausente e desinteressado.

Nesse contexto, acredita-se que o consumidor que busca a tutela administrativa do Procon pretender ter resolvido seu problema e retomar a confiança junto ao fornecedor. Logo, o órgão pode ser visto como um agente aproximador entre

consumidor e fornecedor, auxiliando na cooperação entre as partes para o atingimento do bem comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Lei nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990

BRASIL, LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

BRASIL. DECRETO Nº 2.181, DE 20 DE MARÇO DE 1997.

BRASIL. LEI Nº 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999.

CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de direito do consumidor**.-31. ed. rev., atual e ampl.- São Paulo: Atlas, 2014

MIRAGEM, Bruno **Curso de direito do consumidor** – 4. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.37

BENJAMIN, Antônio Herman V, Claudia Lima Marques, Leonardo Rosco Bessa. **Manual de direito do consumidor**. – 6.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Rizatto. **Curso de direito do consumidor**.4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão** –IMprenta: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994

KLAUSNER, Eduardo Antônio. **Direito internacional do consumidor: a proteção do consumidor no livre-comércio internacional**. Curitiba, Juruá, 2012

MARINONI, Luis Guilherme, Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. **Novo código de processo civil comentado**. –São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRAGEM, Bruno, et. AL. **Reflexos do novo código de processo civil no direito do consumidor**. Consultor Jurídico – CONJUR. 16 de março de 2014 . Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/garantias-consumo-reflexos-codigo-processo-civil-direito-consumidor>>

TARTUCE, Flavio, Daniel Amorim Assunção Neves. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. – 5. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016. p.696

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no código de defesa do consumidor**. Saraiva, 2. ed.

BONAVIDES, Paulo, **Ciência política**. 10. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros. 2004

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006,

MORAES, Alexandre, **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SERRANO, Monica de Almeida Magalhães, Alessandra Obara Soares da Silva (Org.). **Teoria geral do processo administrativo**. São Paulo: Editora Verbatim, 2013

MOREIRA, Egon Bockamann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2017

DALLARI, Adilson Abreu; Sérgio Ferraz, **Processo administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros: 2012

GAMA, Hélio Zaghtto. **Curso de direito do consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

FILOMENO, Jose Geraldo Brito (org.) **Tutela administrativa do consumidor: atuação dos procons, legislação, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: atlas, 2015

JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 26 ed. 2009

WAGNER, José Carlos Graça. **“Penalidades e acréscimos na legislação tributária”**, in Caderno de Pesquisas Tributárias, vol., 2a tiragem, 1990

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos** 2. ed. Editora: Revistas dos Tribunais, 2011

FILOMENO, José Geraldo Brito, In, GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org), Revista de processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol.198, agos./2011

SILVA, Plácido. **Vocabulário jurídico** – volume 3. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

STRECK, Lenio Luiz, et al. **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. Consultor Jurídico – CONJUR. 23 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, Madri, 199, RAMOS, Fabina D’Andrea, et. Al. Meios **autocompositivos podem reduzir vulnerabilidade do consumidor**. Consultor Jurídico – CONJUR. 15 de março de

2017 Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2017-mar-15/garantias-consumo-meios-autocompositivos-podem-reduzir-vulnerabilidade-consumidor>>

SITE. Disponível em: < <https://abvt.wordpress.com/o-que-e-a-talidomida/>> acesso em 03 de maio de 2017.

SITE. Disponível em < <http://www.nclnet.org/history>> acesso em 03 de maio de 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz, et al. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Consultor Jurídico – CONJUR. 23 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>

SITE. Disponível em < <https://www.fda.gov/aboutFDA/WhatWeDo/History/>> acesso em 03 de maio de 2017.

BAUMAN. Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro:Zahar, 1999.p.93

SITE. Disponível em < <http://consumersunion.org/about/mission/>> acesso em 03 de maio de 2017

SITE. Disponível em <<http://www.consumerreports.org/cro/2016-annual-report/hold-automakers-accountable/index.htm>> acesso em 03 de maio de 2017.

SITE. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>> acesso em 03 de maio de 2017.

SITE. Disponível em: < <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>> acesso em 03 de maio de 2017.

SITE. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br>> acesso em 15 de maio

SITE. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> > acesso em 15 de maio

SITE. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br>> acesso em 15 de maio