

CONSTRUINDO O CONCEITO DE CONSUMIDOR-NASCITURO

BUILDING THE CONCEPT OF CONSUMER-UNBORN CHILD

RESUMO

O desenvolvimento do Direito do Consumidor é objeto de frequentes discussões acadêmicas e legislativas, desencadeando recentemente uma movimentação visando implementar a reforma do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Visto que a referida legislação ainda tem muito a oferecer no campo protetivo do consumidor, exige-se cada vez mais dos operadores do direito esforços para assegurar a efetiva proteção delineada no texto constitucional. Logo, novos sujeitos passaram a ser reconhecidos como consumidores, não apenas pela característica geral de serem destinatários finais de produtos ou serviços, mas sim, pela constatação de condições *sui generis*, atreladas a sua essência, a exemplo do consumidor-idoso, do consumidor-criança, do consumidor-enfermo, etc. Todavia, ao que parece, um sujeito de direito especial também deve ser destinatário da proteção efetiva destinada aos consumidores, é o caso do consumidor-nascituro. O Objetivo do presente escrito é construir um conceito de consumidor-nascituro, de forma a permitir a reflexão quanto à pertinência da aplicação do CDC em relação a esses sujeitos de direito. É possível reconhecer ao nascituro a qualidade de consumidor, assegurando-lhe a efetivação dos direitos destinados ordinariamente aos consumidores em geral? Para a devida compreensão do Direito do Consumidor, faz-se necessário identificar adequadamente os destinatários da tutela normativa.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Consumidor. Conceito. Nascituro. Consumidor-nascituro.

ABSTRACT

The development of consumer law is subject to frequent academic and legislative discussions recently triggering a movement aimed at implementing the reform of Consumer Protection Code (CDC). Since the legislation still has much to offer in the field of consumer protective, it is required increasingly operators the right efforts to ensure the effective protection outlined in the Constitution. Soon, new subjects have been recognized as consumers, not just by the general feature being final recipients of products or services, but rather by the fact *sui generis* conditions, linked to its essence, like consumer-old, consumer-child, the consumer-patient, etc. However, it seems, a subject of special law must also be addressed effective protection for consumers, in the case of consumer - unborn child. The objective of this writing is to build a concept of consumer - unborn, to allow reflection on the relevance of the application of CDC in relation to those subject to the law. You can recognize the unborn child as a consumer, assuring him the realization of the rights ordinarily intended for consumers in general? For a proper understanding of consumer law, it is necessary to properly identify the addressees of normative protection.

Keywords: Development. Consumer. Concept. Unborn child. Consumer-unborn child.

INTRODUÇÃO

Para o devido e adequado dimensionamento da tutela dos consumidores no direito brasileiro é necessário que o operador do direito compreenda, inicialmente, quais são os sujeitos destinatários dessa tutela. A importância de identificar os sujeitos de direitos destinatários da proteção especial revela a imperiosa necessidade de desenvolvimento do Direito do Consumidor, permitindo que novos sujeitos anteriormente esquecidos, passem a ser tutelados sob a ótica consumerista.

É cediço que a norma de consumo tenha como uma de suas características o fato de ser uma norma conceitual e principiológica. Por certo, nem todos os conceitos estão estruturados expressamente no Código de Defesa do Consumidor (CDC), exigindo, assim, do operador do direito uma interpretação sistemática da norma, atento as constantes transformações sociais.

Nos mais diversos sistemas jurídicos muitas discussões já foram implementadas em torno do posicionamento do nascituro na ordem jurídica, sendo objeto, inclusive, de diversas teorias que buscam nortear o reconhecimento de direitos para esse ser. Com o sistema jurídico brasileiro não foi diferente, tendo o legislador infraconstitucional contemplado expressamente no Código Civil de 2002 a figura do nascituro, permitindo o reconhecimento expresso de direitos a serem tutelados.

O que se questiona é se o nascituro, como sujeito de direito, pode ser reconhecido como consumidor, passando a ser destinatário da tutela específica do CDC e dos princípios pertinentes na ordem jurídica.

Em verdade, o nascituro está exposto aos efeitos de diversas relações de consumo, merecendo atenção especial do operador do direito, na medida em que possui além de uma hipervulnerabilidade, uma condição de hiper-impotência diante do fornecedor, a reclamar mecanismos expressivos de proteção. De certo, os operadores do direito não podem ficar presos a concepção do patrimonialismo tradicional, faz-se necessários abrir os olhos para os novos fenômenos jurídicos e viabilizar o reconhecimento da tutela de sujeitos de direito que tradicionalmente não eram tutelados de forma específica pelo sistema consumerista.

Destarte, o Objetivo do presente escrito é construir um conceito de consumidor-nascituro, de forma a permitir a reflexão quanto à pertinência da aplicação do CDC em relação a esse sujeito de direito.

Logo, a pesquisa se guia pelo seguinte problema: É possível reconhecer ao nascituro a qualidade de consumidor, assegurando-lhe a efetivação dos direitos destinados ordinariamente aos consumidores em geral?

Nesse sentido, torna-se oportuno levantar a ideia de uma releitura do sistema de proteção e defesa do consumidor, para permitir o enquadramento desse sujeito especial: o consumidor-nascituro.

Para um melhor entendimento, o trabalho foi estruturado em tópicos gerais e específicos. Buscou-se um entendimento sobre o processo de sistematização normativa no direito brasileiro, a demonstração dos elementos que integram o conceito de consumidor padrão e de consumidor por equiparação, para em seguida tratar especificamente da figura do nascituro e do seu reconhecimento como consumidor.

- METODOLOGIA

Este trabalho quanto aos procedimentos técnico-científicos se classifica como revisão da literatura, subsidiada com análise documental, que tem como objeto o conceito de consumidor-nascituro. A coleta de dados bibliográficos se deu por meio de livros de acervo particular, artigos científicos encontrados na base de dados Scielo, bancos de teses e dissertações, revistas científicas especializadas; quanto aos documentos e dados foram extraídos de sites oficiais e institucionais. Para a busca *on-line* foram utilizados os seguintes descritores: Consumidor. Conceito de Consumidor. Nascituro e Direito do Consumidor. Os critérios de inclusão foram: a proximidade do texto com o tema, as línguas portuguesa, inglesa e espanhola e o caráter científico dos textos. E como exclusão todos aqueles que não se enquadram neste perfil. No total foram utilizadas para realização do trabalho 27 fontes de pesquisa.

1. A VULNERABILIDADE COMO MARCA ESSENCIAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR E O SURGIMENTO DE UMA HIPERVULNERABILIDADE

Princípio que se destaca na seara consumerista é o da vulnerabilidade, sendo apontado pela doutrina como o princípio justificador de uma atuação tutelar e protetiva de um

sujeito de direito específico. Com origem eminentemente constitucional, a vulnerabilidade decorre de um primado constitucional relevante: a isonomia.

Enfrentando o tema da vulnerabilidade, Ricardo Luis Lorenzetti bem demonstra a essência do ideal de igualdade que deve nortear o reconhecimento da vulnerabilidade, pois essa teria um campo normativo especial em relação à outra, que teria uma tutela geral. Adverte o referido doutrinador que:

A noção de igualdade é genérica e nem sempre requer normas protetoras, já que o Direito trata de eliminar somente algumas das desigualdades existentes. A vulnerabilidade, pelo contrário, é específica, e demanda proteção. (Tradução nossa) (LORENZETTI, 2009, p. 36)

Percebe-se que a vulnerabilidade do consumidor decorre do princípio constitucional da isonomia, em razão da ideia de que “os desiguais devem ser tratados desigualmente, na proporção de suas desigualdades, a fim de que se obtenha a igualdade desejada”. (LISBOA, 2001, p. 84)

Por certo, a isonomia objetivada nas relações de consumo decorre de uma perfeita hermenêutica constitucional, haja vista que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 assegura que todos são iguais perante a lei. Aqui devemos observar a posição do consumidor nas relações de consumo, pois a tutela se justifica na medida em que proporciona o equilíbrio e a igualdade material.

A ideia de isonomia, evidentemente, busca afastar a reconhecida desigualdade existente entre consumidores e fornecedores nas relações de consumo por meio da tutela protetiva consagrada no CDC. Nesse sentido, Bruno Nubens Barbosa Miragem verifica que:

[...] a doutrina consumerista há muito vem argumentando – a nosso ver com acerto – que, ao se estabelecer proteção específica ao consumidor, o que se promove é a igualização, por meio do direito, de uma relação faticamente desigual [...]. (MIRAGEM, 2002, p.119)

Assim, busca-se a isonomia em decorrência da vulnerabilidade, devendo observar que ela é referida no CDC como sendo presumida, portanto não importa se o consumidor está ou não em condições desvantajosas frente ao fornecedor, pois para o reconhecimento da vulnerabilidade basta que o sujeito da relação de consumo seja reconhecido como consumidor. Neste sentido, Roberto Senise Lisboa já ponderava:

A vulnerabilidade, conforme consta do Código de Defesa do Consumidor, não se submete ao critério da razoabilidade para ser identificada no caso concreto, uma vez que o legislador *presumiu iure et de iure* a sua existência em uma relação de consumo, fixando-se que o destinatário final de produtos e serviços é a parte que necessita ser amparada de forma mais favorável pela legislação. (LISBOA, 2001, p. 85)

O legislador brasileiro reconheceu expressamente, no art. 4º, I do CDC, que o consumidor é vulnerável, sendo este reconhecimento uma “primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal”. (LISBOA, 2001, p. 85)

Diante das peculiaridades do consumidor e, principalmente, de sua vulnerabilidade, legalmente reconhecida, fica fácil identificar as razões que sustentam a tutela protetiva a que faz *jus*. É justamente a ideia de proteção integral e absoluta que sustenta o sistema de consumo.

Ensina-nos Marcos Jorge Catalan que:

Todo consumidor é vulnerável, pelo menos, perante o microsistema vigente e vulnerável porque faz parte de um grupo heterogêneo e pouco coeso, e por conta disto, acaba por se sujeitar às práticas negociais impostas por fornecedores que atuam corporativamente, mesmo quando agem de modo autônomo, pois nestes casos, em regra são bastante organizados. (CATALAN, 2009, p. 15)

Analisando, ainda, a vulnerabilidade do consumidor, Roberto Senise Lisboa salienta que:

[...] pouco importa a situação econômica ou classe social do consumidor, bem como seu grau de instrução ou mesmo se a aquisição do produto ou do serviço se deu para o exercício da atividade profissional do consumidor, ou não. A vulnerabilidade é qualidade indissociável do destinatário final do produto ou serviço [...]. É adjetivo que se encontra sempre ligado ao consumidor no sistema jurídico brasileiro, sem que qualquer ressalva tenha sido expressamente feita pelo legislador. (LISBOA, 2001, p. 86)

A doutrina ainda promove uma classificação quanto aos tipos de vulnerabilidade existentes no sistema de consumo. Pode-se identificar a vulnerabilidade técnica, que seria aquela em que o consumidor não possui os conhecimentos específicos sobre determinado produto ou serviço, ficando, portanto, mais fragilizado no momento da contratação com o fornecedor. O fornecedor é o detentor do conhecimento, das técnicas empregadas no mecanismo produtivo. Para Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 39) “neste caso, o comprador não possui conhecimentos específicos referidos ao bem ou serviço e por isso pode ser particularmente explorado, a ele se presume no caso como consumidor e não como profissional”. (Tradução nossa)

Outro tipo de vulnerabilidade é a jurídica ou científica, que se destaca quando o consumidor apresenta falta de conhecimentos jurídicos, ou de outros referentes à relação, como a engenharia, economia, contabilidade, informática etc., lembrando que na maioria das

vezes o consumidor não está preparado para contratar. Sérgio Cavalieri Filho bem sintetiza essa espécie de vulnerabilidade ao aduzir que ela:

Resulta da falta de informação do consumidor a respeito dos seus direitos, inclusive no que respeita a quem recorrer ou reclamar; a falta de assistência jurídica, em juízo ou fora dele; a dificuldade de acesso à justiça; a impossibilidade de aguardar a demorada e longa tramitação de um processo judicial que, por deturpação de princípios processuais legítimos, culmina por conferir privilegiada situação aos réus, mormente chamados litigantes habituais (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 50).

Por fim, um terceiro tipo de vulnerabilidade, apresentado pela doutrina, é justamente a fática, ou socioeconômica, que envolve diversos fatores, sendo identificada como a vulnerabilidade real, como bem aponta Leonardo de Medeiros Garcia (2006, p. 9.), exemplificando-a como aquela decorrente do grande poderio econômico do fornecedor; pelo monopólio de determinados setores, impondo uma posição de superioridade do fornecedor frente ao consumidor.

Essa vulnerabilidade se apresenta quando existe uma nítida disparidade econômica entre o consumidor e o fornecedor, capaz de repercutir e influenciar na celebração de negócios jurídicos de consumo. Bem pondera Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 39) que “este tipo de vulnerabilidade é social e econômica, e por isso é denominada fática: refere-se à situação factual do consumidor” (Tradução nossa).

Vale ponderar que todo consumidor é vulnerável, sendo merecedor da tutela específica consagrada no CDC, fruto de fontes e determinações constitucionais, não podendo tal princípio ser confundido com o instituto da hipossuficiência, que é um estado de fato atrelado ao campo probatório, ou seja, dificuldade ou impossibilidade de se desincumbir do ônus probatório. Dessa forma, todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente.

Recentemente, a doutrina brasileira tem reconhecido que determinados consumidores, por possuírem características especiais, são reconhecidos como hipervulneráveis, como tem sido o caso do consumidor idoso, do consumidor criança, do consumidor doente, do consumidor superendividado. Esses consumidores possuem uma vulnerabilidade potencializada.

Cristiano Heineck Shmitt, tratando do tema consumidores hipervulneráveis, bem explica a razão da nomenclatura, ao afirmar que:

O prefixo *hiper* deriva do termo grego *hypér* e serve para designar um alto grau, ou aquilo que excede a medida normal. Uma vez acrescentando este à palavra vulnerabilidade, obtém-se uma situação de intensa fragilidade, que

supera os limites do que seria uma situação de fraqueza (SCHIMITT, 2014, p. 217).

O referido autor, com propriedade, ainda adverte:

Uma série de fatores contribui para demonstrar que um indivíduo é vulnerável, isto é, encontra-se em estágio de avançada fragilidade. Alguém pode se encontrar em situação de vulnerabilidade em razão da situação econômica ou por conta de um insuficiente nível de instrução, por doenças com reflexos motores, entre outras possibilidades. Não raros os indivíduos que, somados aos idosos, têm sua vontade tolhida frente a práticas do fornecedor, em razão de sua fragilidade acentuada, reforçando a necessidade de proteção dos hipervulneráveis (SCHIMITT, 2014, p. 227).

É preciso verificar que além da classificação da hipervulnerabilidade existe um estágio mais comprometedor do indivíduo, que é possível denominar de megavulnerabilidade, pois nessa circunstância o sujeito não detém a mínima condição de autonomia, sendo incapacidade de concepção e ação, mas, por outro lado, suporta os efeitos das relações jurídicas, como é o caso do nascituro.

O nascituro é um sujeito megavulnerável e como tal, precisa ser tutelado pela ordem jurídica. É evidente que a análise da vulnerabilidade do consumidor, embora decorra de uma presunção legal, deve ser auferida no caso concreto, a partir das variáveis que tornam o sujeito diferenciado em relação aos demais sujeitos também diferenciados. Reconhecida como está a condição de hipervulneráveis para alguns sujeitos, impõem-se, agora, aos operadores do direito analisarem a possibilidade de constituir um no estágio da vulnerabilidade: a megavulnerabilidade.

1.1 O CONSUMIDOR E A RELAÇÃO DE CONSUMO

Mesmo com mais de duas décadas de vigência, a caracterização do consumo para a incidência da Lei 8.078/90 ainda é motivo de algumas discussões, mesmo o legislador tendo optado pela política de elaborar um Código conceitual e recheado de definições, principalmente no que toca aos elementos da relação de consumo.

Evidentemente, tem-se de início que apontar os conceitos dos elementos que compõem a relação de consumo, quais sejam: o de consumidor, fornecedor, produto e serviço. Objetiva-se assim, a adequada abordagem do tema em estudo.

1.1.1 As concepções do conceito de Consumidor

O termo consumidor pode se apresentar sob diversas perspectivas, tendo uma abordagem, econômica, sociológica e jurídica, sendo a última a ênfase do presente trabalho. Não obstante, relevante é a definição de Othon Sidou em relação a consumidor, pois aborda sob um referencial econômico jurídico ao abordar que:

Definem os léxicos como consumidor quem compra para gastar em uso próprio. Respeitada a concisão vocabular, o direito exige explicação mais precisa. Consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para sua utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independente do modo de manifestação da vontade isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir (SIDOU, 1977, p. 2).

No foco jurídico, haveria de ser bastante fácil a compreensão do conceito de consumidor, haja vista a sua definição legal estampada no artigo 2º do CDC brasileiro: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Verificando-se o conceito apresentado no referido dispositivo do CDC, é possível identificar quais elementos compõem a ideia de consumidor. De forma clara, Leonardo de Medeiros Garcia afirma que:

São três os elementos que compõem o conceito de consumidor segundo a redação supracitada. O primeiro deles é o subjetivo (pessoa física ou jurídica), o segundo é o objetivo (aquisição de produtos ou serviços) e o terceiro e último é o teleológico (a finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço) caracterizado pela expressão destinatário final. (GARCIA, 2006, p. 6.)

Não obstante essa clara definição, muito se tem discutido qual seria o melhor conceito de consumidor e se o legislador agiu corretamente em delimitá-lo, como o fez no CDC. Acredita-se que a ideia a ser preservada é a de que tal conceito deve ser compreendido de forma a exaltar a diretriz principiológica trazida no Código, sob pena de perda da razão pela qual se consubstanciou a tutela especial. Nesse sentido, posiciona-se Cláudia Lima Marques, ao verificar que:

[...] o art. 2º do CDC deve ser interpretado conforme a sua *ratio legis*, sua finalidade atual, como ensina o método de interpretação teleológico defendido pelo grande jurista Jhering. A *ratio legis* de todas as normas do CDC está positivada, narrada, esclarecida no art. 4º do CDC [...]. (MARQUES, 2002, p. 310)

Por certo, a possibilidade de expandir o alcance do conceito de consumidor gera preocupação na medida em que pode ocorrer por parte dos operadores do direito uma certa

relativização das garantias e princípios consagrados no CDC, dada a posição de alguns agentes em determinada relação jurídica. De fato, estender a proteção consagrada no CDC a sujeitos que adquirem bens e serviços como destinatário final econômico, objetivando lucro, é desconfigurar a ideia de harmonização das relações travadas entre fornecedores e consumidores.

Encontram-se na doutrina diversos conceitos para consumidor, porém todos trabalham com os elementos contidos no comando do art. 2º do CDC, de forma ampliativa, ou restritiva. Pode-se aqui destacar vários desses conceitos, no entanto, traz-se à baila o de Antônio Herman Benjamin:

[...] Consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais [...]. (BENJAMIN, 1995, p. 25)

Por certo, cabe apontar que os mais diversos diplomas legislativos no mundo dedicam atenção especial na identificação do sujeito consumidor, para a outorga das garantia protetivas. No Chile, a sistemática protetiva do consumidor, estruturada pela Lei 19.496 de 1997, com suas alterações instituídas pela Lei 19.659 considera que “as pessoas naturais ou jurídicas que, em virtude de qualquer ato jurídico oneroso, adquiram, utilizam ou desfrutam, como destinatários finais, bens ou serviços” (Tradução nossa). No México, na legislação protetiva de 1975, consumidor é “quem contrata, para sua utilização, aquisição, uso ou disfrute de bens ou a prestação de serviços” (Tradução nossa). Aponta Laura Perez Bustamante que em relação a legislação mexicana:

Em seguida, colocou uma série de restrições sobre seu objeto, como certas transações imobiliárias, bancos serviço público e de crédito, e as exceções de exclusão, serviços profissionais. (Tradução nossa) (BUSTAMANTE, 2004, p. 20)

Oportuno, ainda, apontar o conceito de consumidor instituído na legislação protetiva do Peru, nos termos do Decreto Legislativo 716 de 1991, para o qual são consumidores “as pessoas naturais e jurídicas que adquirem, utilizam ou desfrutam como destinatários finais produtos ou serviços” (Tradução nossa).

Percebe-se uma similitude normativa nos países citados em relação ao conceito de consumidor, de forma, inclusive, a estabilizar o sistema de identificação dos sujeitos vulneráveis em relações comerciais realizadas entre consumidores e fornecedores dos referidos mercados de consumo.

No Brasil, com uma visão mais crítica e fazendo considerações sobre direito empresarial, Fábio Konder Comparato (1996, p. 196) se refere a consumidor como “aquele que se submete ao poder do controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”. Este conceito revela ainda mais a fragilidade dos consumidores quando enfrentam o mercado de consumo e, por conseguinte, justifica a necessidade da tutela especial e protetiva.

Ainda no conceito de consumidor, necessário se torna interpretar a expressão “destinatário final” contida no caput do art. 2º, eis que seria justamente tal expressão que delimitaria os contornos de quem é consumidor. No entanto, há que se reconhecer que a referida expressão não oferece simplesmente um conceito fechado e acabado, tanto assim que é responsável por diversas discussões sobre a caracterização do consumidor. Enfrentando a expressão “destinatário final” e contextualizando-a no conceito de consumidor encontra-se a definição de Cláudia Lima Marques, para quem:

[...] consumidor final é o que retira o bem do mercado de consumo ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo, é aquele que adquire um bem para consumi-lo e não para introduzi-lo novamente no mercado, direta ou indiretamente [...]. (MARQUES, 2004, p. 71)

Com precisão, cabe ainda destacar a doutrina de Antonio Juan Rinessi, que define consumidor final como sendo:

Quem adquire bens ou serviços sem a intenção de obter ganho em posterior alienação, ou estender o processo de produção, ou comercialização de bens ou serviços para o mercado. Isso se refere à pessoa física que adquire bens ou serviços para uso ou consumo próprio, ou de sua família ou grupo social particular. (Tradução nossa). (RINESSI, 2006, p. 34)

A partir dessas considerações, surge na doutrina consumerista duas correntes a respeito da dimensão e alcance do CDC no tocante ao conceito de consumidor. São as denominadas teorias finalistas e maximalistas. Para melhor sintetiza-las, cumpre transcrever o dominante entendimento lecionado por Cláudia Lima Marques. A referida autora aponta que a doutrina finalista defende a ideia de que:

[...] destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço. (MARQUES, 2002, p. 53)

Outrossim, aponta a festejada autora consumerista que os doutrinadores maximalistas:

[...] vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, o qual instituiu normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final, então, seria o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para seu escritório. (MARQUES, 2002, p. 254)

O CDC trouxe em seu bojo outras noções de consumidor, além daquela do *caput* do art. 2º. Com efeito, ao lado dos chamados “consumidores – tipo”, há os mencionados “consumidores por equiparação”. O parágrafo único do art. 2º do CDC oferece *status* de consumidor e, portanto, concede a tutela especial à coletividade de pessoas que de alguma forma tenham intervindo nas relações de consumo, mesmo que essas pessoas sejam indetermináveis. Sobre a referida hipótese prevista do consumidor por equiparação, Felipe Peixoto Braga Netto exemplifica pontuando que:

[...] quem quer que intervenha, ainda que de modo indeterminado, nas relações de consumo, é equiparado a consumidor, recebendo a proteção a este dispensada. Se um sujeito compra uma pasta de dentes que é usada por vários estudantes, moradores de uma mesma república, e tal pasta causa séria inflamação nas gengivas dos usuários, todos os que a usaram são consumidores, ainda que não hajam firmado contrato de consumo. (BRAGA NETTO, 2007, p. 59)

Ao lado daquele conceito de consumidor por equiparação, o legislador, ainda, em mais duas oportunidades, definiu quem também gozaria da tutela da lei 8.078/90. O art. 17 do CDC é outro exemplo de consumidor por equiparação, uma vez que reconhece como sujeito de direito tutelado pelo CDC todas as vítimas de um acidente de consumo. Assim, mesmo os que não adquirem um produto ou serviço e nem se relacionam com qualquer fornecedor, mas que de alguma forma sofrem lesões em razão deles, estarão sob o manto do Código.

Identifica-se, ainda, no art. 29 do referido diploma, que da mesma forma o legislador tratou de equiparar aos consumidores todas as pessoas, mesmo as que não possam ser identificadas, que estejam expostas às práticas comerciais previstas no CDC. Cláudia Lima

Marques (2004, p. 397) afirma que a disposição do art.29 é a mais importante norma extensiva do campo de aplicação do CDC, eis que é aplicada à oferta, à publicidade, a práticas abusivas, à cobrança de dívida, ao banco de dados e cadastros de consumidores, bem como ao capítulo da proteção contratual. Ricardo Luis Lorenzetti aponta crítica a esse enquadramento no sentido em que:

Esta classificação dificulta a compreensão jurídica da legitimidade, uma vez que obriga elaborar procedimentos, como o benefício em favor do terceiro, redefinir o papel desempenhado pelo princípio da eficácia relativa dos contratos e outras dificuldades legais. (LORENZETTI, 2009, p. 98)

A equiparação disposta no art. 29, por se encontrar no mesmo capítulo que trata da publicidade no CDC, possui relação com o tema em estudo, posto que toda e qualquer pessoa exposta a todo tipo de publicidade detém a proteção consagrada no Código. Para Luiz Antonio Rizzato Nunes (2004, p. 85), a referida equiparação “trata-se, portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial”.

Com bastante propriedade, Maria Luiza Sabóia Campos cita Fábio Konder Comparato que identifica no consumidor destinatário final e receptor das mensagens publicitárias uma manifesta vulnerabilidade, face o poder atrativo da publicidade. Nesse sentido, ele fez a seguinte ponderação:

[...] O consumidor, vítima de sua própria incapacidade crítica e suscetibilidade emocional, dócil objeto de exploração de uma publicidade obsessora e obsidional, passa a responder ao reflexo condicionado da palavra mágica, sem resistência [...] (COMPARATO, 1996, p. 197)

Depreende-se dessas definições que o objetivo do legislador, além de ofertar a tutela protetiva do CDC àqueles desfavorecidos nas relações de consumo, é o de viabilizar a propositura de ações coletivas, com o fito de salvaguardar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por certo, as equiparações legais ao consumidor acima apontadas revelam a sensível evolução legislativa de consagração daqueles direitos, protegendo-se não apenas o adquirente direto ou usuário final, mas ainda a massa de consumidores que intervêm nas relações de consumo, as pessoas expostas às práticas decorrentes de oferta ou de publicidade e as vítimas de acidente de consumo (LISBOA, 1999, p. 21.)

De fato, a Lei 8.078/90 não apenas trata do consumidor individualmente, mas em seu bojo tutela também direitos dos consumidores integrantes da coletividade, uma vez que o Código mostra-se como um instrumento do exercício pleno da cidadania. Ultrapassado o

delineamento de quem seja consumidor e para um melhor enquadramento pelo leitor do microsistema consumerista, serão traçados breves contornos da concepção de relação jurídica de consumo.

1.1.2 A Relação jurídica de consumo

No que se refere à relação de consumo, o CDC não se preocupou em conceituá-la, contudo, como visto, tratou de conceituar os elementos que a compõem e, partindo justamente desses conceitos, é que se consegue delinear o que vem a ser essa relação jurídica, apontada por Antônio Bento Bertoli (1998, p. 212) como sendo “o vínculo entre pessoas do qual derivam consequências obrigatórias, por corresponder a uma hipótese normativa”.

Como dito, para a compreensão e identificação de uma relação jurídica de consumo, o primeiro passo é a visualização dos elementos fundamentais que a compõem. Nesse sentido, Paulo Roberto Roque Antônio Khouri aponta que:

A relação de consumo vai comportar dois elementos fundamentais: o subjetivo e o teleológico. O subjetivo manifesta-se na qualidade dos partícipes desta relação. É que necessariamente deverão estar nela envolvidos um fornecedor e um consumidor. Já o elemento teleológico se manifesta no fim da aquisição do bem ou serviço, qual seja, a destinação final. A doutrina fala também na presença de um elemento objetivo, que seria o produto ou serviço. (KHOURI, 2006, p. 42)

Quanto ao conceito de relação de consumo, destaque-se o entendimento de Paulo Valério Dal Pai Moraes e Cláudio Bonatto, que compreendem que a aludida relação jurídica nada mais é do que:

[...] o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e entes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou como reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa (MORAES; BONATTO, 2005, p. 36).

A referida definição, em verdade, parece restringir as relações de consumo a apenas àquelas decorrentes da aquisição de determinado produto ou serviço e às vítimas de acidente de consumo. Não se pode olvidar que a Lei 8.078/90 também tutela consumidores que não realizam atos de consumo propriamente ditos e nem são vítimas de acidentes de consumo. Neste particular, podem-se colocar os consumidores telespectadores que ficam expostos às práticas publicitárias e por vezes não adquirem nenhum produto ou serviço.

Identifica-se, assim, que relação de consumo não é apenas uma relação jurídica bilateral travada entre consumidores e fornecedores, uma vez que a combinação de seus elementos permite uma interpretação ampla, devendo também considerar aquelas desenroladas entre todos os integrantes da cadeia consumerista.

Diante das ponderações feitas sobre o art. 29 do CDC, que trata da equiparação de consumidor, ampliando o seu conceito e o alcance da norma, devemos observar que, sem dúvidas, podemos apontar como integrante da cadeia de consumo a figura do consumidor-nascituro.

Enquadrada esta relação jurídica, pode-se visualizar a amplitude de aplicação do CDC, eis que este diploma irá reger apenas as relações que puderem ser caracterizadas como de consumo, sendo as demais, reguladas por legislação específica ou pelo sistema geral regulado pelo Código Civil.

2 O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE CONSUMIDOR-NASCITURO

2.1 O CONCEITO E A ESTRUTURAÇÃO NORMATIVA DO NASCITURO

Analisar a definição de nascituro, sob o enfoque jurídico, sempre foi alvo de preocupações doutrinárias, tendo o sistema jurídico dedicado-lhe constante atenção, no campo da personificação de seus direitos.

A doutrina bem conceitua nascituro. Nesse particular, cabe mencionar a consolidada definição de R. Limongi França, citada por Cristiano Chaves de Farias, no sentido de que se trata o nascituro “da pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno” (FRANÇA, *apud* FARIAS, 2005, p. 194).

Tratar de qualquer tema envolvendo o nascituro exige reflexões a respeito do início da personalidade. Desde o Código Civil de 1916 o legislador já apresentava, no então art. 4º a referência expressa ao nascituro, apontando, de forma singular, o nascimento com vida como pressuposto para a aquisição dos direitos da personalidade. Diferentemente do que ocorre no direito espanhol, que exige além do nascimento com vida, a verificação da viabilidade da existência e a aparência humana, como condicionadores da personalidade, o direito brasileiro abarcou exigência simples: nascimento com vida!

No que toca a verificação do nascimento com vida, nos ensina Leoni Lopes de Oliveira;

O nascimento se dá quando ocorre a separação do feto do ventre materno e o início de vida extra-uterina, geralmente coincidindo, segundo a medicina legal e a maioria da doutrina, com o início da respiração pulmonar. [...] No caso de dúvida sobre se a criança nasceu viva (respirou) ou não, deve-se recorrer ao exame médico-legal conhecido como docimasia pulmonar, a fim de se verificar se o pulmão respirou ou não, pois o pulmão que respirou conserva sempre traço de oxigênio (prova de hidrostática pulmonar). (OLIVEIRA. 2006, p. 5)

Paulo Nader, promovendo reflexões no que toca ao início da vida humana, assevera:

No plano da ciência biológica as opiniões se dividem quanto ao momento em que se inicia a vida humana. Para alguns, esta existe com a fecundação, entendendo outros que é com a instalação do embrião no útero, havendo uma outra corrente que reconhece a vida humana somente com a formação do sistema nervoso, fato que se verifica a partir da segunda semana de gestação. (NADER, 2008, p. 146)

Com a identificação do nascimento com vida, eis que surge a aquisição dos direitos da personalidade, passando a pessoa a ser titular de direitos e obrigações. Essa aquisição se implementa de forma automática, haja vista que o pressuposto da aquisição da personalidade é justamente o nascimento com vida. Cabe aqui destacar o dispositivo do Código Civil de 2002 que reconhece expressamente a condição do nascituro no sistema jurídico brasileiro:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Embora o legislador infraconstitucional tenha direcionado o referido comando legal a evidenciar que o nascituro teria a sua personalidade direcionada ao implemento do nascimento com vida, a doutrina tradicionalmente apresenta teorias desenvolvidas no propósito de evidenciar a natureza jurídica do nascituro, ou seja, como ele é posicionado no sistema jurídico.

Destaca-se a teoria natalista, pela qual o intento do nascimento com vida é o pressuposto para a aquisição da personalidade, possuindo o nascituro, apenas, expectativa de direito; a teoria da personalidade condicional, pela qual, segundo Cristiano Chaves de Farias (2005, p. 196), “a personalidade tem início a partir da concepção, porém ficando submetida a uma condição resolutiva, o nascimento com vida, assegurados, no entanto, desde a concepção, os direitos da personalidade”; e a teoria concepcionista, que nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 83), “influenciada pelo Direito francês [...] o

nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa.

O que se observa, pela teoria concepcionista, é que a personalidade jurídica do nascituro nessa espécie seria *sui generis*, pois estaria adstrita ao campo da titularidade de direito da personalidade sem conteúdo patrimonial. Cabe aqui destacar o entendimento de Maria Helena Diniz, segundo a qual:

Na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá (DINIZ, 1999, p. 9).

Por certo, a verificação quanto a condição do nascituro não nos parece simples, ou seja, de tratamento puramente identificado pela teoria natalista. Em verdade, o sistema jurídico disponibiliza diversas situações jurídicas em que o nascituro teria a materialização dos seus direitos consagrados na ordem jurídica. Nesse particular, bem adverte Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ao asseverar que:

Nos termos da legislação em vigor, inclusive o novo código Civil, o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 85)

Com propriedade em relação ao tema, bem esclarece Clever Jatobá:

Os tempos mudaram e a vida intrauterina não pode mais ser desprezada. Com a ultrassonografia em 3D consegue-se com exatidão alcançar a imagem do feto, permitindo, inclusive, invadir a sua intimidade e até atentar contra sua honra. A atividade cerebral e cardíaca pode ser controlada com a ultrassonografia morfológica. Quanto ao nome, não se faz necessário o registro para que se alcance a proteção dos direitos da personalidade, pois a atual legislação reconhece ao pseudônimo, para os fins lícitos, todos os direitos que corresponderiam ao nome civil. Enfim, novos paradigmas reclamam uma nova postura do direito, não sendo razoável manter um posicionamento ultrapassado, que distancia o direito da realidade. (JATOBA, 2014, s. p.)

É preciso observar que embora o art. 2º do Código Civil possa, para alguns, evidenciar o reconhecimento da teoria natalista no direito brasileiro, o referido dispositivo não faz referência de que a lei salvaguarda a expectativa de direitos do nascituro, mas sim põe a salvo, desde a concepção, os seus direitos.

Na estrutura normativa posta, podemos visualizar diversas circunstâncias de direitos consagrados ao nascituro. Senão vejamos. Ao nascituro é assegurado o reconhecimento de

uma relação jurídica de filiação, nos fidei termos do art. 1.609, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que assim dispõe:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

[...]

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Ao nascituro é concedida uma seção especial do Código Civil direcionada a “Curatela do Nascituro e do Enfermo ou Portador de Deficiência Física”, que no art. 1.779 dispõe:

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

O Código Civil contemplou, também, o nascituro como sujeito de relação obrigacional, na medida em que possibilita ao nascituro figurar como donatário no contrato de doação. O referido permissivo decorre da dicção do art. 542 do referido diploma legal que assim dispõe:

Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Noutra quadra, o legislador contemplou o nascituro no campo sucessório, atribuindo-lhe, justamente, capacidade sucessória, definida nos termos do art. 1.798 do Código Civil, ao tratar da vocação hereditária:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Cabe, ainda, destacar o Enunciado nº 1, constituído na I Jornada de Direito Civil implementada pelo STJ (2012), que assegura a tutela dos direitos da personalidade do nascituro. Dispõe o referido enunciado:

1 – Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, debruçando-se sobre o tema, ainda apontam que o nascituro

É titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal etc.); [...] tem direito à realização do exame de DNA, para efeito de aferição de paternidade; [...] o nascituro tem direito a alimentos,

por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2008, p. 86)

No aspecto processual, cabe apontar o tratamento dado pelo Código de Processo Civil na secção destinada a posse em favor do nascituro, com a regulação disposta nos arts. 877 e 878:

Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

Como se observa, o nascituro é titular de diversos direitos. Assim assevera Cristiano Chaves de Farias:

Um detalhe, de qualquer sorte, parece incontroverso: a lei civil (art. 2º, CC) resguarda, expressamente, os direitos do nascituro, servindo para afastar, peremptoriamente, a tese natalista, por pregar que somente seria possível reconhecer direitos do nascituro depois de nascer vivo. (FARIAS, 2005, p. 197)

Como aqui exposto, o nascituro se apresenta com desta que no sistema jurídico, guardando-lhes direitos assegurados na ordem jurídica. Porém, é preciso observar o seu posicionamento junto ao sistema consumerista. É o que se propõe no tópico seguinte.

2.2 O NASCITURO COMO CONSUMIDOR E A TUTELA DOS SEUS DIREITOS

Como norte do presente trabalho, cumpre verificar a viabilidade do reconhecimento do nascituro como consumidor na estrutura do sistema jurídico consumerista. Não se trata aqui de apenas tentar inserir o nascituro na concepção de consumidor padrão, aquele amplamente conhecido e reconhecido na ordem jurídica.

A ideia apresentada ultrapassa os limites do ordinário, mas está longe de ser algo metajurídico, pois o sistema de proteção e defesa do consumidor, na forma estruturada pela Constituição Federal de 1988 e pelo CDC permite a ilação quanto ao nascituro-consumidor.

Cumprido destacar que o legislador constituinte, ao elevar aos status de direito fundamental a defesa do consumidor, contemplou a esse sujeito de direito uma posição especial na ordem jurídica. Observa-se que o texto maior não restringe qualquer figura de consumidor, tanto assim que a sua dicção permite uma hermenêutica ampla, ao verificar o teor do inciso XXXII do art. 5º: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Por outro lado, o CDC, na sua concepção conceitual, tratou de definir a figura do consumidor padrão, delimitado nos termos do *caput* do art. 2º. Além do conceito padrão, contemplou, ainda, três modalidades de consumidor por equiparação, nos termos do parágrafo único do art. 2º; arts. 17 e 29, ambos do referido diploma legal.

Como é possível visualizar, a *mens legis* sempre foi nutrida pelo caráter expansionista, no sentido de contemplar aqueles que estão inseridos no mercado de consumo como destinatário de produtos ou serviços e, também, são vítimas de acidente de consumo ou estão expostos as práticas previstas na legislação protetiva. Desse norte, a doutrina tem expandido pelo reconhecimento da qualidade de consumidor a diversos sujeitos, que anteriormente posicionavam-se no sistema jurídico como sujeitos comuns e passaram a ter conotação especial de consumidor, com uma tutela mais adequada.

É possível destacar sem maiores dificuldades que a ordem jurídica tem reconhecido a necessidade de tutela especial ao consumidor idoso, ao consumidor criança, ao consumidor enfermo, ao consumidor superendividado, ao consumidor analfabeto, a consumidora gestante, ao consumidor virtual, dentre outros, fruto da constatação de uma vulnerabilidade diferenciada, já denominada pela doutrina como hipervulnerabilidade.

Porém, é preciso olhar para o direito do consumidor sob uma perspectiva de desenvolvimento constante, fruto das crescentes e destacadas transformações sociais, com a ruptura de paradigmas já superados. Por certo, o direito do consumidor está inserido entre os ramos relativamente recentes do direito, que ainda não foram explorados na sua essencialidade, de forma que ainda tem muito a produzir e a interferir nas complexas relações jurídicas de consumo.

Nesse particular, cabe destacar a posição do nascituro como sujeito de direito a reclamar a tutela do sistema consumerista. E como definir um possível conceito de consumidor nascituro? A construção desse conceito deve surgir do próprio sistema posto, da

imposição constitucional de proteção e defesa do consumidor para a efetivação da necessária tutela. Nesses termos, arriscamos dizer que consumidor-nascituro é o ente concebido, que ainda não nasceu, mas que a lei põe a salvo desde a sua concepção os seus direitos, inclusive como consumidor, por estar exposto aos efeitos decorrentes de uma relação jurídica de consumo, quer no que se refere a produtos, quer no que se refere a serviços ou práticas desenvolvidas pelo fornecedor.

Diversos são os efeitos que podem surgir em relação ao nascituro decorrente das práticas de consumo implementadas no mercado, de forma que a ordem jurídica não pode ficar alheia a essa realidade.

A tutela preventiva no âmbito do consumidor foi instituída como uma característica desse sistema, superando a tradicional concepção de que na ocorrência de um dano, a responsabilidade civil atuaria, de forma a reprimir abusos e eventualmente reparara os danos. No sistema de consumo, a regra passou a ser: evitar que o dano ocorra (concepção preventiva), mas se ocorrer, deverá ser indenizado (concepção repressiva).

Na forma apresentada no tópico supra, dúvidas não há de que o nascituro é reconhecido na ordem jurídica como sujeito de direito, sendo contemplado nas formas ali descritas como destinatário daqueles direitos previstos na norma. Cristiano Chaves de Farias, com clareza adverte que o nascituro pode ter reconhecida, inclusive, a sua capacidade de ser parte em demanda processual, de forma a viabilizar ainda mais a tese aqui ilustrada. Assevera o referido civilista que:

Também é reconhecida ao nascituro a capacidade de ser parte ativa em uma relação jurídico-processual (ser autor de um processo), sob o correto argumento de que a lei lhe confere direitos, resultando naturalmente o reconhecimento de meios para a defesa deles, através de sua capacitação para a demanda. Interessante exemplo pode ser imaginado com a possibilidade do nascituro propor ação de alimentos contra o seu genitor, reclamando o próprio direito à vida (FARIAS, 2005, p. 198).

É certo que um dos capítulos do CDC que podem ser aplicados diretamente ao nascituro refere-se ao capítulo IV, que trata da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos, com enfoque especial a proteção à saúde e segurança do consumidor. A reconhecida teoria da qualidade no sistema de consumo. Cabe aqui destacar os seguintes dispositivos legais: Arts. 8º, 9º e 10 do CDC.

Percebe-se a preocupação do legislador em proteger o consumidor dos danos decorrentes de produtos ou serviços que acarretam riscos à saúde e segurança do consumidor. Com maior razão, deve ser a preocupação em relação ao consumidor-nascituro, pois por

tratar-se de ser em formação, os danos por ventura experimentados podem ser irreversíveis ou de difícil reparação.

A exigência do dever de informação em relação aos produtos ou serviços com potencial de riscos ao consumidor se fortalece quando o impacto do consumo deles podem atingir o consumidor-nascituro. Nem se fale, de logo, que essa proteção é dada a consumidora gestante, pois aquele que sofre o dano direto é um sujeito de direito contemplado pela ordem jurídica. Assim, a ofensa, a lesão e o dano são experimentados pelo nascituro.

Vale registrar que o fornecedor sequer pode alegar que desconhecia eventuais efeitos danosos dos seus produtos ou serviços em relação ao nascituro. A regra no sistema consumerista é a responsabilidade objetiva, decorrente do risco da atividade. Nesse particular, destaca-se o art. 23 do CDC que aponta que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”.

É possível, também, destacar os efeitos que podem recair sobre o nascituro no que toca a comercialização ou manipulação de medicamentos, uma vez que o fornecedor tem o dever de informar adequadamente todos os riscos que envolvem o consumo desses produtos, em especial, a informação deve contemplar o nascituro e não apenas o consumidor imediato do consumo. A informação além de ser um direito do consumidor, é um dever do fornecedor, nos termos do art. 6º, III do CDC.

No campo da atividade médica, atenção especial deve ser direcionada ao consumidor-nascituro, pois sofre os efeitos diretos do desenvolvimento dessa atividade profissional. Infelizmente, muitos são os relatos de danos causados aos nascituros por profissionais médicos, que com manobras inadequadas, ou até mesmo prescrições indevidas, causam lesão, muitas vezes definitivas, ao nascituro, impondo-se a responsabilização desses profissionais na forma disposta na norma de consumo.

É possível identificar, também, lesões ao nascituro nos casos de acidente de consumo, em que o nascituro é atingido, sofrendo danos em sua concepção física, por exemplo. Com o propósito de ilustrar tal situação, pode-se descrever o caso de que uma consumidora gestante ao utilizar o serviço público de transporte é vítima conjuntamente com o nascituro de danos físicos e estéticos em razão de uma colisão decorrente de manobra irresponsável do motorista ou até mesmo na hipótese de assalto.

Verifica-se, por certo, que o direito do consumidor precisa alcançar uma nova etapa de desenvolvimento, abrindo os olhos para as complexidades das relações do mundo moderno. Sujeitos que anteriormente não detinham uma tutela diferenciada precisam passar a

ter, no propósito de alcançar a máxima disposição constitucional de proteção e defesa do consumidor.

Sem dúvidas, o nascituro pode e precisa ser reconhecido como consumidor. O presente escrito não pretendeu esgotar as variáveis que envolvem a figura do nascituro e o seu eventual enquadramento como consumidor, mas alcançou seu desiderato ao evidenciar a viabilidade do tema e ao despertar nos operadores do direito a provocação quanto a necessidade de um desenvolvimento do direito do consumidor.

Por certo, diante dos argumentos trazidos a baila, em consonância com a estrutura normativa vigente, é possível reconhecer a qualidade de consumidor ao nascituro, de forma que o sistema protetivo de consumo a ele também seja destinado, configurando como um dos novos sujeitos de direito da relação jurídica de consumo.

CONCLUSÕES

Aponta-se, em arremate ao trabalho desenvolvido que o objetivo de verificar a viabilidade de construir o conceito de consumidor-nascituro, no atual momento de desenvolvimento da seara consumerista, foi efetivamente alcançado, evidenciando o caráter expansivo da norma de consumo.

O Direito do Consumidor se apresenta em constante desenvolvimento, embora os operadores do direito ainda não tenham explorado todo seu poder protetivo, de forma a alcançar com eficiência, a motivação do legislador constituinte de promover a defesa e a proteção do consumidor, como um preceito fundamental.

Visualizar quais sujeitos podem ser destinatários da norma protetiva revela-se como essencial para dimensionar o alcance da proteção do consumidor no sistema jurídico. Assim, por todo o exposto no presente escrito percebe-se que novos sujeitos passaram a ser reconhecidos como consumidores, não apenas pela característica geral de serem destinatários finais de produtos ou serviços, mas sim, pela constatação de condições especiais, como é possível destacar o consumidor-idoso, o consumidor-criança, o consumidor-enfermo, o consumidor-virtual, o consumidor superendividado, dentre outros. Porém, é preciso ressaltar um sujeito especial, o consumidor-nascituro.

Implementar o desenvolvimento do Direito do Consumidor tem-se apresentado como uma das grandes missões do operador do direito moderno. Nessa perspectiva, é possível perceber que o nascituro também é um destinatário da proteção contemplada na norma de

consumo, na medida em que o sistema jurídico lhe contempla direitos, inclusive aqueles decorrentes da essência protetiva destinada aos consumidores em geral.

Diversos estudos já foram implementados no campo do reconhecimento da personalidade do nascituro de forma a reconhecer a sua qualidade de sujeito de direito, que nos permite enquadrá-lo como consumidor, destacando-se a sua essencial vulnerabilidade, denominada como hipervulnerabilidade.

Nesses termos, pondera-se de forma conclusiva no presente trabalho que é possível reconhecer ao nascituro a qualidade de consumidor, assegurando-lhe a efetivação dos direitos destinados ordinariamente aos consumidores em geral, atendendo, assim, os interesses estabelecidos pelo legislador constituinte ao prevê no art. 5º, XXXII que o Estado irá promover na forma da lei a proteção do consumidor.

REFERÊNCIAS

BERTIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao direito**. 6 ed. São Paulo: letras & letras, 1998.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos atuais. 4ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. Salvador: Juspodivm, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Lei Nº 8.078/1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. **Lei Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BUSTAMANTE, Laura Perez. **Derechos del consumidor**. Buenos Aires - AR: Editorial Astrea, 2004.

CATALAN, Marcos Jorge. **Brasil**: a hermenêutica contratual no Código de Defesa do Consumidor. In Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación nº 19 (2008). Disponível em < <http://aibadaredeco.googlepages.com/ex01aiba.pdf>. > Acesso em 08.maio.2009, p. 15.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**, 3ª ed, São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FARIAS, Cristiano de. **Direito civil. Teoria geral.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral/** Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor.** 2ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

JATOBA, Clever. **A tutela do nascituro.** Disponível em <http://nelcismgomes.jusbrasil.com.br/artigos/112391169/a-tutela-do-nascituro>. Acessado em 16/04/2014.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral – vol. 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Relação de consumo e proteção Jurídica do consumidor no Direito Brasileiro.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores.** Segunda edición actualizada. Santa Fé - AR: Rubinzal-Culzoni, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antônio Herman V. MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito.** *Revista de Direito do Consumidor*, n 43. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54).** São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Novo código civil anotado (arts. 1º a 232).** 3ª Ed. revista e atualizada até a Lei nº 11.280 de 16 de fevereiro de 2006. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda, 2006.

SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis. A proteção do idoso no mercado de consumo.** São Paulo: Atlas. 2014.

SIDOU, J. M. Othon. **Proteção ao consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.