

OS PRINCÍPIOS GERAIS DO CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

NELSON NERY JUNIOR

Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito pela PUC-SP; Professor de Direito Civil e Processual Civil da PUC-SP; Redator do Código de Defesa do Consumidor; Procurador de Justiça em São Paulo; Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor

1. CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E IDEOLOGIA
 1. Gênese do CDC — 2. Objetivo do regulamento do CDC — 3. Microsistema do CDC — 4. Filosofia do CDC — 5. Críticas ao CDC — 6. Papel do Poder Judiciário na solução das lides de consumo. II. PRINCÍPIOLOGIA DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR — 7. Generalidades — 8. Defesa do consumidor e livre iniciativa como princípios constitucionais gerais da ordem econômica — 9. Princípio da isonomia — 10. Princípios reguladores da responsabilidade civil no CDC. Responsabilidade objetiva. Cumulação de dano moral com patrimonial. Indenização integral. Profissionais liberais. Solidariedade — 11. Princípios relativos aos contratos no Código de Defesa do Consumidor. Cláusula geral de boa fé. Conservação do contrato. Interpretação ou diferenda trato de consumo. Contratos de execução continuada ou diferida — 12. Cobrança de dividas — 13. A publicidade no CDC. Princípios da publicidade no CDC. Publicidade enganosa. Publicidade abusiva. Publicidade comparativa. Sanções administrativas para a publicidade ilegal. Ônus da prova da veracidade ou não abusividade. Danos decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva.

I — CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E IDEOLOGIA

1. Gênese do Código de Defesa do Consumidor

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, observamos que o processo legislativo vinha sofrendo desvirtuamento, na medida em que a maioria das leis que estavam sendo aprovadas provinham de medidas provisórias baixadas pelo Presidente da Re-

pública, reduzindo o poder do Congresso Nacional na discussão e aprovação dessas medidas.

Ao contrário dessa rotina preocupante, a lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é uma das mais democráticas leis editadas no Brasil nos últimos tempos. Assim que promulgada a Constituição Federal, o Ministério da Justiça, por meio do então Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), nomeou comissão de profissionais do direito, da qual tivemos a honra de participar, para elaborar Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, em atendimento ao art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O Anteprojeto foi publicado no DOU de 4.1.89. Com base nele vários parlamentares, entre Senadores e Deputados Federais, apresentaram projetos de lei instituindo o Código de Defesa do Consumidor.

Em face dos numerosos projetos existentes no Congresso Nacional, foi criada Comissão Mista para unificá-los, consolidando-os num único projeto. Essa comissão, presidida pelo então Sen. Agripino Maia (PFL-RN), partiu do texto do Projeto de Lei 1.149/88, do Dep. Geraldo Alckmin (PSDB-SP) e recebeu sugestões de todo o país, apresentadas por entidades do setor produtivo e de proteção do consumidor. Foram realizadas sessões públicas nas quais foram discutidos todos os pontos dos projetos com os envolvidos nas relações de consumo. Foram colhidos depoimentos públicos da FIESP, CNI, ANFAVEA, ABINEE, ABRAS, CONAR, OAB (Conselho Federal), dos PROCONS, do Ministério Público etc. Ao final de todo esse debate prévio, democrático, o relator da comissão mista, Deputado Joaci Góes (PSDB-BA), apresentou a opinião consolidada da maioria, substanciada num novo substitutivo de Código de Defesa do Consumidor. Esse substitutivo foi levado à discussão do plenário da Câmara e, posteriormente, do Senado Federal, tendo sido aprovado com emendas e sancionado como Lei 8.078/90.

Do ponto de vista jurídico, o Código foi amplamente discutido em dois congressos internacionais de direito do consumo, realizados em São Paulo (mai.-jun./89) e Rio de Janeiro (setembro/1990). Foram acolhidas sugestões dos Profs. Eike von Hippel (Alemanha), Norbert Reich (Alemanha), Thierry Bourgoignie (Bélgica), François Marniet (Bélgica), Jean Calais-Auloy (França), Mario Frota (Portugal), Edwoud Hondius (Holanda), dentre outros, vale dizer, sugestões das maiores autoridades mundiais em direito do consumidor, todos unânimes em reconhecer o Anteprojeto e, posteriormente, o Código de Defesa do

NERY, Nelson Os Principios gerais de lida
bras. de Defesa do cons. Rumba de lida de
cons. - Projeto Oficial do Instituto Bras de
Política e lida de cons. São Paulo: 3: 44-77,
set/diz - 1992

45
C.C. 3/44-77

Consumidor brasileiro como lei moderna e tecnicamente adequada à realidade atual das relações de consumo. Essas sugestões foram bem acolhidas porque o direito do consumo é ramo novo do direito, ainda em elaboração, sendo necessária a contribuição da comunidade jurídica internacional para seu aprimoramento. Convém frisar que essas contribuições não tornaram o código "europetizado", pois está adaptado à realidade nacional de país do terceiro mundo. Nesses congressos foram ouvidas também opiniões de juristas nacionais, dos quais se destacam os Profs. Fábio Konder Comparato, Eros Roberto Grau, José Carlos Barbosa Moreira, Alcides Tomasetti Júnior, Waldirio Bulgarelli, Rachel Sztajn e Carlos Alberto Bittar.

Este o quadro do debate desenvolvido política e juridicamente em torno do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

2. Objetivo do regulamento do CDC

As relações de consumo (relações jurídicas entre fornecedor e consumidor tendo como objeto o produto ou o serviço) estavam desequilibradas no mercado, estando o consumidor sem recursos legais hábeis a torná-lo tão forte quanto o fornecedor. O Código veio para regulamentar essa relação, criando mecanismos para que se torne equilibrada, evitando a prevalência de um em detrimento do outro sujeito da relação de consumo. Em suma, o Código não veio para punir o empresário, mas para dotar o consumidor de maior poder de negociação quando da patologia da relação de consumo.

O consumo em sentido estrito não é objeto do regulamento do CDC, mas apenas quando vem esse consumo qualificado com a circulação dos produtos e serviços,¹ o que implica reconhecer que existem pelo menos dois sujeitos nessa relação, aos quais o CDC dá os nomes de consumidor e fornecedor (arts. 2.º e 3.º). A circulação dos produtos e serviços havida entre o consumidor e o fornecedor enseja a formação da relação de consumo, objeto do regulamento do CDC. As demais relações jurídicas (civis, comerciais, trabalhistas etc.) não são reguladas pelo CDC.

3. Microsistema do Código de Defesa do Consumidor

No mundo moderno se tem discutido a respeito da conveniência ou não das codificações, a exemplo do que ocorreu no início do século XIX, cuja predominância das opiniões foi favorável à idéia

das grandes codificações com a conseguinte edição dos códigos civis da França e da Alemanha, apenas para lembrar os principais. A tendência de hoje, porém, é diferente da ocorrida no século passado, pois se tem propendido para a adoção de microsistemas que atendam determinada situação jurídica, "com visão de conjunto de todo o fenômeno e imunes à contaminação de regras de outros ramos do direito, estranhas àquelas relações objeto de regulamento pelo microsistema".²⁻³

Já temos exemplo disso no Brasil, desde legislações da primeira metade deste século (Dec. Lei 58/57, que regula a venda de lotes de terreno à prestação; Dec. 7.661/45, que regula as falências e concordatas), até leis mais modernas como a do parcelamento do solo (Lei 6.766/79), dos Registros Públicos (Lei 6.015/75), de Locações (Lei 8.245/91), que encerram em si mesmas microsistemas, afastando, assim, a incidência das normas gerais do Código Civil, Código Comercial e de outros diplomas.

4. Filosofia do CDC

É preciso que se diga, por primeiro, que a defesa do consumidor é instrumento da livre iniciativa e só existe em países de economia de mercado. As economias estatizadas não se coadunam com defesa do consumidor. Nos países capitalistas, notadamente os mais industrializados (EUA, Japão, Alemanha, França, Inglaterra, Itália, Suécia, Canadá, Austrália etc.) é que se tem desenvolvido com maior vigor a defesa do consumidor. O tema não tem, portanto, conteúdo político-ideológico comunista ou socialista.

O Código pretende criar a necessidade de haver mudança de mentalidade de todos os envolvidos nas relações de consumo, de sorte que não mais seja praticada a "Lei do Gerson" no país, segundo a qual se deve tirar vantagem devida e indevida de tudo, em detrimento dos direitos de outrem. O Código pretende desestimular o fornecedor do espírito de praticar condutas desleais ou abusivas, e o consumidor de aproveitar-se do regime do Código para reclamar infundadamente pretensos direitos a ele conferidos. O magistrado, a seu turno, não pode mais julgar com base nos princípios individualistas do liberalismo do começo do século XIX, que informaram o Código Napoleão (de 1803) e o nosso Código Civil (de 1916), que veio com um século de atraso mas calcado naqueles fundamentos do século passado. Esses diplomas legislativos de direito material e também processual (Código

Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil etc.) foram idealizados para a solução de lides eminentemente individuais, ao passo que o Código de Defesa do Consumidor, além de assegurar direitos individuais e subjetivos, teve por objetivo precípuo buscar soluções para as lides coletivas. Portanto, o magistrado deverá, isto sim, julgar de acordo com os modernos princípios de direito do consumo, fulcrados no equilíbrio real da relação de consumo, boa fé e equidade, princípios estes constantes das novas regras estipuladas pelo CDC.

5. Críticas ao Código de Defesa do Consumidor

Como toda obra humana, o Código contém numerosas falhas. Nada obstante, observamos que tem ele sofrido muitas críticas deturpadas, no mais das vezes, de seriedade e responsabilidade. Falamos de profissionais de áreas não jurídicas que têm dirigido críticas jurídicas ao Código, sem conhecimento técnico para tanto. Vemos publicitários dizerem ser um absurdo a inversão do ônus da prova, comerciantes dizerem ser inconstitucional a responsabilidade objetiva, construtores afirmando ser inconstitucional definir-se imóvel como objeto da relação de consumo. *E DANOS TAMÁ*

As críticas jurídicas estão sendo feitas, de regra, por juristas não afeições ao Direito das Relações de Consumo. Criticam a parte penal, por conter muitos tipos abertos, sem atentarem para o fato de que, em matéria de crimes contra o sistema financeiro (do colarinho branco) e contra as relações de consumo, têm esses tipos, necessariamente, de ser abertos, ou melhor, de conter elementos normativos (*tipos anormais*, elementos subjetivos do injusto) que pedem valoração normativa pelo juiz, conforme acentuado na mais moderna doutrina do direito penal. Isto vem afirmado, aliás, pelo Congresso norte-americano, quando da edição do *Federal Trade Commission Act*, em 1914!

Falam que a proibição da publicidade enganosa e abusiva ofenderia o direito de liberdade de expressão configurando verdadeira censura. Na verdade a liberdade de expressão, garantida pela Constituição, continua atuando nas relações de consumo. O Código apenas proíbe a publicidade empregada como instrumento de violação dos direitos do consumidor, de modo anormal, vale dizer, quando é enganosa ou abusiva. Isto não inibe a criatividade da publicidade brasileira, uma das melhores do mundo, como não inibiu a criatividade

publicitária americana, cujo controle é legal desde a reforma de 1958 no *Federal Trade Commission Act*, de 1914.

Dizem, ainda, ser inconstitucional a parte administrativa do Código, por não especificar quando seriam aplicáveis as sanções administrativas. Ao contrário do que afirmam, os parágrafos do art. 56 dizem expressamente quando o poder público pode aplicar a multa, quando a interdição da venda do produto, quando a contrapropaganda etc. Deixou-se, isto sim, a cargo da União, dos Estados e dos Municípios, no âmbito de suas atribuições de poder de polícia, a regulamentação administrativa para aplicação dessas sanções. No município de São Paulo editou-se o Dec. 29.590/91, que prevê a competência para aplicação das sanções previstas no código, depois do regular processo administrativo. Aqui em São Paulo, portanto, o código já se encontra totalmente aplicável.

O importante é frisar que o Código não nasceu por acaso: foi elaborado por comissão de profissionais do direito e discutido com a comunidade jurídica nacional e internacional no foro apropriado. As falhas existentes, certamente, encontram-se no varejo o que não macula a tecnicidade do Código no atacado, reconhecido como ótimo pelos juristas internacionais.

6. Papel do Poder Judiciário na solução das lides de consumo *

É importante que o Poder Judiciário acompanhe a evolução da sociedade e se insira no contexto do novo direito: o Direito das Relações de Consumo. O juiz deve adaptar-se à modernidade, relativamente aos temas ligados aos interesses e direitos difusos e coletivos, como, por exemplo, os do meio ambiente e do consumidor. Estes novos direitos não podem ser interpretados de acordo com os institutos ortodoxos do direito, criados para solução de conflitos individuais, que não mais atendem aos reclamos da sociedade. Os princípios individualísticos do século passado devem ser esquecidos, quando se trata de solucionar conflitos de meio ambiente e de consumo.

Exemplo da preocupação do Poder Judiciário com a questão do Direito das Relações de Consumo podemos extrair da iniciativa da Escola Paulista da Magistratura, que realizou, no final do mês de março de 1991, curso para magistrados sobre o Código de Defesa do Consumidor, do qual tivemos a honra de participar. Também o II Encontro de Magistrados da Amazônia, patrocinado pela AMB, em abril de 1991, teve o propósito de chamar à modernidade o Poder

Judiciário, para que se aparelhe convenientemente para o julgamento das lides de consumo. Seria interessante, por outro lado, que os tribunais de justiça dos estados agilizassem a criação de varas especializadas para julgar esses litígios, atendendo à programação do art. 5.º, IV, do Código.⁵

Sendo o Código composto de normas de ordem pública e interesse social (art. 1.º), ressalta à evidência a importância do papel do Ministério Público nesse campo, que tem o dever institucional constitucional de proteger os direitos coletivos e difusos (arts. 127 e 129, III, CF). O *parquet* deve desincumbir-se desse mister com o mesmo denodo com que vem defendendo a sociedade promovendo a ação penal e atuando, no cível, na defesa do interesse público. Sua tarefa constitucional de defesa do consumidor não pode ser esquecida nem relegada a plano secundário. As prioridades institucionais do Ministério Público devem levar em conta suas tarefas constitucionais, nas quais se inclui a defesa do consumidor. De consequência, é preciso que esse papel do Ministério Público seja entendido, tanto pela sociedade, quanto por aqueles que se encontram envolvidos, de alguma forma, com as relações de consumo (fornecedores, consumidores, Administração Pública e Poder Judiciário).

II — PRINCIPIOLOGIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

7. Generalidades

Tem-se discutido sobremodo a respeito do estudo de princípios jurídicos dentro da teoria geral do direito e, mais especificamente, no contexto de cada ramo específico do direito. A doutrina tem propendido pela conveniência da manutenção dos estudos a respeito dos princípios jurídicos,⁶ “a despeito de que, ao sabor do tempo e do lugar, esses princípios possam provocar consequências diferentes daquelas imaginadas e queridas por seus idealizadores e, máxime, pela lei que os adotou”.⁶

Os princípios podem ser *informativos* ou *fundamentais*. Aqueles são considerados quase como que axiomas, pois prescindem de maiores indagações e não precisam ser demonstrados. Fundam-se em critérios estritamente técnicos e lógicos, não possuindo praticamente nenhum conteúdo ideológico. Já os fundamentais são aqueles a respeito dos quais o sistema jurídico pode fazer opções, levando em

consideração aspectos políticos e ideológicos. Por essa razão admitem que a eles se contraponham outros, de conteúdo diverso, dependendo do alvedio do sistema que os está adotando.⁷

O enunciado dos princípios fundamentais pode encontrar-se no texto de determinada norma legal ou decorrer do próprio sistema, sem estar delineado expressamente na norma. É polémica a distinção entre princípio e norma, sendo majoritariamente aceito que se dividam as normas jurídicas em normas princípios e normas preceitos. No fundo, tanto são normas as que encerram princípios quanto as que contém preceitos.⁸

Como esses princípios fundamentais são, por assim dizer, a base do sistema jurídico a que pertencem, sua violação consiste em mal mais grave do que a transgressão da norma.⁹ O não atendimento ao comando de um princípio é a forma mais grave de inconstitucionalidade ou ilegalidade, “porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.¹⁰

Os princípios gerais das relações de consumo estão enumerados nos arts. 1.º ao 7.º do Código. Tudo o mais que consta da lei é, por assim dizer, uma projeção desses princípios gerais, isto é, uma espécie de pormenorização daqueles princípios de modo a fazê-los efetivos e operacionalizá-los. Estas normas não são, de regra, programáticas, desprovidas de eficácia,¹¹ mas concretas cuja eficácia vem descrita em todo o corpo do Código.¹²

Analisando o art. 4.º do CDC, Eros Grau diz que “esta norma do art. 4.º, realmente, não cabe nem no modelo de norma de conduta, nem no modelo de norma de organização. Porque, na verdade, ela é uma *norma-objetivo*. Ela define fim a ser alcançado. Essas normas que definem fim — e que eu acho que não são programáticas, são normas de eficácia total, completa, absoluta, inquestionável, indiscutível — começam a surgir modernamente”.¹³

As normas do CDC são de *ordem pública* e interesse social (art. 1.º). Isto quer dizer, do ponto de vista prático, que o juiz deve apreciar *ex officio* qualquer questão relativa às relações de consumo, já que não incide nesta matéria o princípio dispositivo. Sobre elas não se opera a preclusão e as questões que delas surgem podem ser decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição. O tribunal pode, inclusive, decidir contra o único recorrente, reformando a decisão recorrida para pior, ocorrendo assim o que denominamos

daí a natureza do estudo dos princípios gerais de direito

de *reformatio in peius permittida*, já que se trata de matéria de ordem pública a cujo respeito a lei não exige a iniciativa da parte, mas, ao contrário, determina que o juiz a examine de ofício.¹⁴ Ser de *interesse social* significa, em termos práticos, que o Ministério Público tem participação obrigatória em todas as ações sobre lidas do consumidor (art. 127, *caput*, CF), e que se encontra legitimado para defender, em juízo, os direitos individuais homogêneos do consumidor, pois como são de interesse social *ex lege* (art. 1.º CDC), essa defesa atende sua finalidade institucional (art. 127, *caput*, CF), como autoriza o art. 129, IX, CF.

8. Defesa do consumidor e livre iniciativa como princípios constitucionais gerais da ordem econômica

Defesa do consumidor não é incompatível com *livre iniciativa e crescimento econômico*. Ambas as circunstâncias vêm descritas como princípios da ordem econômica constitucional do país (art. 170, CF). Por isso, o CDC traça normas tendentes a compatibilizar a defesa do consumidor com a livre iniciativa (art. 4.º).

Nada obstante esses dois princípios serem compatíveis, pode haver conflito entre eles, de sorte que se torna necessária a tarefa de harmonização e compatibilização, devendo o intérprete, para solucionar o conflito, tomar esses princípios no sentido de harmonizá-los e ponderá-los, pois os princípios encerram exigências e padrões que devem ser realizados. Ao revers, é insustentável a validade simultânea das *normas de preceito* contraditórias, que não podem ser compatibilizadas como os princípios,¹⁵ mas interpretadas de acordo com as regras solucionadoras dos conflitos aparentes de normas, vale dizer, de acordo com os princípios da especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*) e subsidiariedade, entre outros. Não pode haver, de consequência, conflito entre dois princípios nem entre dois desdobramentos do mesmo princípio, como *in casu* ocorre com a defesa do consumidor e livre iniciativa, subprincípios do princípio geral da ordem econômica.¹⁶⁻¹⁷

A harmonia nas relações de consumo e sua realização sempre com base na equidade e boa fé (art. 4.º, III) são princípios basilares instituídos pelo Código. Tanto assim que o Código trata como nulas as cláusulas contratuais que infringirem, direta ou indiretamente, a equidade e boa fé (art. 51).

O incentivo à criação, pelos fornecedores, de instrumentos de composição extrajudicial das lidas sobre relações de consumo (arbitragem, composição amigável etc.) é fator importante para que somente sejam enviadas ao Judiciário questões de relevância que não puderam ser resolvidas pelas partes envolvidas.

9. Princípio da isonomia

Para formar-se a *relação de consumo* é necessária a presença de dois sujeitos: o consumidor e o fornecedor. O consumidor é reconhecido como a parte mais fraca nas relações de consumo¹⁸ (art. 1.º da Resolução da ONU sobre os direitos do consumidor, de 9.4.85;¹⁹ art. 4.º, I, do CDC), obviando qualquer alegação de ofensa ao princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, *caput*, CF), a propósito das prerrogativas que o Código lhe concede. Isto porque devem os consumidores ser tratados de forma desigual pela lei, a fim de que se atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao dogma constitucional da isonomia (art. 5.º, *caput*, CF), pois devem os desiguais ser tratados, desigualmente na exata medida de suas desigualdades (isonomia *real*, *substancial* e não meramente formal).

O consumidor pode ser pessoa física ou jurídica. O Código contém quatro conceitos de *consumidor*: a) o conceito padrão ou *standard* (art. 2.º, *caput*), segundo o qual consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto ou utiliza serviço como destinatário final; b) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2.º, parágrafo único), a fim de possibilitar a propositura da *class action* prevista no art. 81, parágrafo único, III; c) as vítimas do acidente de consumo (art. 17), a fim de que possa valer-se dos mecanismos e instrumentos do CDC na defesa de seus direitos; d) aquele que estiver exposto às práticas comerciais (publicidade, oferta, cláusulas gerais dos contratos, práticas comerciais abusivas etc.) (art. 29).

O outro sujeito da relação de consumo é o fornecedor, que, no sentido do Código, é todo aquele, que prática alguma atividade no mercado, notadamente o produtor, o comerciante e o prestador de serviços. Os *bancos* são comerciantes de produtos (art. 119 do CCom), art. 2.º, § 1.º, da Lei das SA) e também prestadores de serviços, de sorte que *sempre* são considerados fornecedores para o CDC (art. 5.º, *caput*, para o BANCO COMERCIANTE DE PRODUTOS, e art. 5.º,

→ SÃO SEMPRE FORNECEDORES
* Consumidor: depende do elemento da vulnerabilidade

§ 2.º, para o BANCO PRESTADOR DE SERVIÇOS). Dos "produtos" vendidos pelo banco, o dinheiro tem relevância como bem *juridicamente consumível* (art. 51 do CC), como o são as mercadorias em geral. O que se pode discutir quanto às operações bancárias é se o outro contratante é ou não consumidor. Em resumo, o banco é sempre fornecedor; no entanto, nem sempre seus contratos são contratos de consumo, impendendo-se analisar se se encontra presente o elemento finalístico caracterizador das relações de consumo (aquiescência do produto ou utilização do serviço para *destinação final* do consumidor — art. 2.º, *caput*).²⁰⁻²¹ No entanto, quanto às práticas comerciais, publicidade e proteção contratual, todo aquele que se encontrar exposto a essas atividades é igualmente consumidor, por força do que dispõe o art. 29 do CDC, independentemente de haver ou não adquirido o produto ou se utilizado do serviço, sendo irrelevante o elemento teleológico do conceito padrão de consumidor (*destinação final*) contido no art. 2.º, *caput*, do CDC.

Os contratos de depósitos bancários do tipo "certificado" (CDB ou RDB), de conta-corrente, ou, ainda, de caderneta de poupança, caracterizam-se como típicas relações de consumo. Ainda que se oponha a essa conceituação, o fato de o banco não receber remuneração direta por esses serviços, na verdade recebe remuneração indireta, com a reaplicação dos recursos recebidos em empréstimos a clientes e outras operações, de modo a fazer com que o dinheiro depositado pelo titular da conta de poupança ou do CDB ou RDB seja emprestado e renda, portanto, frutos ao banco tomador do depósito. Essa remuneração indireta basta para caracterizar o serviço bancário de que trata o art. 3.º e seus parágrafos do CDC.²²

Não é demais lembrar, por oportuno, que o banco é *comerciante*, por expressa definição da lei brasileira (art. 119 do CCom; art. 2.º, § 1.º, da Lei das SA — Lei 6.404/76), de modo que essa atividade que tomar dinheiro do poupador ou aplicador e emprestá-lo a terceiro caracteriza atividade comercial, de modo a fazer com que a relação do banco para com o poupador/investidor seja realmente de consumo, por força do *caput* do art. 3.º do CDC, quando diz ser fornecedor o comerciante.

O Código contém vários instrumentos destinados à finalidade de colocar-se o consumidor em posição de igualdade com o fornecedor, a fim de que se alcance efetivamente a igualdade real de que trata o *caput* do art. 5.º da CF. A regra geral se encontra no art. 4.º,

1. CDC, que reconhece o consumidor como a parte vulnerável na relação de consumo.

A regra da possibilidade de, *ope iudicis*, inverter-se o ônus da prova em benefício do consumidor (art. 6.º, VIII, CDC) é manifestação inequívoca do princípio constitucional da isonomia, cuja vivificação se encontra no art. 4.º, I, do CDC. Duas são as oportunidades em que o juiz poderá agir na forma autorizada pelo Código: a) quando o consumidor for hipossuficiente; b) quando for verossímil a alegação do consumidor. Não há necessidade de ambas as circunstâncias estarem presentes para que o juiz possa assim agir: basta que uma delas exista.²³ A hipossuficiência de que fala o Código não é apenas a econômica, mas também a técnica, de sorte que se o consumidor não tiver condições técnicas ou econômicas para produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito, poderá o juiz inverter o ônus da prova a favor do consumidor hipossuficiente.²⁴ De outra parte, nada obsta não se configure a hipossuficiência do consumidor, verificando o juiz que sua alegação é verossímil, poderá inverter o ônus da prova, fazendo com que o fornecedor é que fique encarregado de comprovar a inexistência dos fatos constitutivos do direito do consumidor; ou, ainda, a existência dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor, cujo ônus sempre foi seu no processo civil tradicional (art. 355, II, CPC).

Para a prova da veracidade da publicidade, quando imputada de enganosa ou abusiva pelo consumidor ou por qualquer dos legitimados constantes do art. 82.º CDC, a inversão não mais se dá por obra exclusiva do juiz, mas se opera *ope legis* (art. 38), incumbindo esse ônus *sempre* ao fornecedor. Em termos práticos, nos casos mencionados no art. 6.º, VIII, CDC, o magistrado terá de preencher conceitos jurídicos indeterminados a fim de verificar se é ou não caso de proceder à inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Ao revés, na hipótese do art. 38, CDC, a inversão é automática, sempre cabendo ao fornecedor o ônus de provar a veracidade ou não abusividade da publicidade a seu cargo. O magistrado, aqui, nada poderá valorar, pois se encontra jungido à norma que determina seja conferido o ônus da prova ao fornecedor que, se dele não se desincumbir satisfatoriamente, verá pronunciado o *non liquet* em seu desfavor.

Outra manifestação da regra da isonomia no CDC²⁵ é o princípio estatuído no art. 47, segundo o qual a interpretação das cláusulas contratuais se fará de forma mais favorável ao consumidor. Tanto

→ no inculcado ou decisório

doutrina como jurisprudência já vinham afirmando que se devem interpretar as cláusulas duvidosas nos contratos de adesão em favor do aderente, seguindo a máxima *interpretatio contra stipulatorem*.²⁶ O art. 423 do Projeto de Código Civil 634-B, de 1975, praticamente repete a regra do art. 1.370 do Código Civil italiano, determinando que somente as cláusulas duvidosas devam ser interpretadas de forma mais benéfica ao aderente, limitando esse benefício de interpretação aos contratos de adesão. O CDC avançou no particular, determinando que em todo e qualquer contrato de consumo e não apenas nos de adesão incida essa regra interpretativa, e, mais ainda, que essa interpretação mais favorável ao consumidor se dê relativamente ao contrato como um todo e não apenas quanto às cláusulas obscuras ou ambíguas.²⁷

10. Princípios reguladores da responsabilidade civil no CDC

O sistema da responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor modificou sobremodo o direito brasileiro no que pertine à matéria, conclamando a atenção do intérprete para que não sejam transportadas, indevidamente, as regras da responsabilidade subjetiva do Código Civil que, à evidência, não se aplicam às lides de consumo por completa incompatibilidade entre os dois sistemas, diametralmente opostos.

Responsabilidade objetiva. O Código adotou a *teoria do risco da atividade*²⁸ como postulado fundamental da responsabilidade civil ensejadora da indenização dos danos causados ao consumidor. A simples existência da atividade econômica no mercado, exercida pelo fornecedor, já o carrega com a obrigação de reparar o dano causado por essa mesma atividade. A responsabilidade é, portanto, *objetiva* (arts. 12 e 18).²⁹ Não é necessário que tenha agido com culpa, tampouco que sua atividade esteja autorizada pelo órgão competente do poder público, ou, ainda, que tenha havido caso fortuito ou força maior. Apenas e tão-somente as circunstâncias mencionadas no CDC em *numerus clausus* como causas excludentes do dever de indenizar é que efetivamente podem ser invocadas pelo fornecedor a fim de eximí-lo desse dever.³⁰ Esse sistema é semelhante ao já existente no Brasil para o dano causado ao meio ambiente (art. 14 da Lei 6.938/81), que não admite o caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil.³¹

Como o sistema do CDC, no que respeita à responsabilidade civil, é o da *responsabilidade objetiva*, deve ser aplicado a toda e qualquer pretensão indenizatória derivada de relação de consumo. Dizemos isso porque ao intérprete apressado poderia parecer que o CDC teria apenas regulado a responsabilidade civil pelos acidentes de consumo (fato do produto ou serviço), colocando-a sob o regime de responsabilidade objetiva, ao lado de regular, também, a responsabilidade pelos vícios do produto ou serviço, cuja norma reguladora (art. 18) parece indicar tratar-se de responsabilidade subjetiva, porque não repetiu a locução “independentemente de culpa” constante do art. 12.³²

Conforme já salientamos alhures,³³ tanto a responsabilidade pelos acidentes de consumo como a pelos vícios dos produtos e serviços são de natureza objetiva, prescindindo da culpa para que se dê o dever de indenizar. A locução “independentemente da existência de culpa”, que consta do art. 12 do CDC, é expletiva, pois bastaria a norma não exigisse como relevante a conduta para afirmar a responsabilidade do fornecedor, que estaríamos diante de hipótese de responsabilidade objetiva.³⁴ Esta é uma das razões por que o legislador não repetiu no art. 18 a mesma expressão “independentemente da existência de culpa”. De toda sorte, a responsabilidade pelos vícios dos produtos e serviços seria objetiva, porquanto não se há falar em culpa para que incida o dever de o fornecedor reparar o dano dessa espécie. Aliás, já no arcaico sistema dos vícios redibitórios dos Códigos Comercial e Civil brasileiros, menos abrangentes que o da responsabilidade pelos vícios de qualquer natureza do CDC, não se discutia a conduta daquele que tem o dever de receber de volta a coisa enfeitada ou abater o preço, sendo irrelevante sua alegação de não ter agido com culpa como motivo que pudesse eximí-lo desse dever legal. Não é nem caso de responsabilidade, mas sim de adimplemento contratual ou resolução do contrato (ação redibitória) ou, ainda, de abatimento do preço (*quantum minoris*).

Portanto, não teria sentido falar-se em responsabilidade subjetiva, com culpa, pelos vícios dos produtos e serviços no sistema do CDC, pois isto representaria retrocesso jurídico a um tempo anterior à edição de nosso Código Comercial de 1850! O CDC, por certo, veio para modernizar o direito das relações de consumo.

Como o CDC, de um lado, estipula como direito básico do consumidor o de reparação dos danos a ele causados (art. 6.º, VI) e, de outro, somente regula expressamente dois tipos de responsabi-

lidade (pelos acidentes de consumo e pelos vícios do produto ou do serviço — arts. 12 e 18), surge a questão a respeito do regime jurídico da responsabilidade contratual, por danos causados por publicidade enganosa ou abusiva, dentre outros não textualmente regulamentados no corpo do CDC.³⁵

Como as relações de consumo como um todo se encontram reguladas pelo *microsistema* do Código de Defesa do Consumidor, a elas são aplicáveis as regras e os princípios existentes no CDC. Somente devem incidir sobre elas as normas do Código Civil, Código Comercial, Código de Processo Civil etc., quando houver lacuna no CDC e, mesmo assim, se as normas desses outros diplomas não forem incompatíveis com os princípios reguladores das relações de consumo que se encontrem expressamente tratados no CDC.

No que respeita à responsabilidade civil, a regra geral do CDC é a da *responsabilidade objetiva*, fundada na *teoria do risco da atividade*, que é absolutamente incompatível com o sistema da responsabilidade subjetiva, com culpa, regra geral do Código Civil (art. 159). Logo, é inaplicável às relações de consumo o sistema da responsabilidade com culpa do Código Civil. O regime da responsabilidade objetiva do CDC deve aplicar-se, de consequente, a todas as hipóteses de relação de consumo quando surgir a questão do dever de indenizar o consumidor pelos danos por ele experimentados. Isto porque o fundamento da indenização integral do consumidor, constante do art. 6.º, VI, do CDC, é o *risco da atividade*, que encerra em si o princípio da responsabilidade objetiva praticamente integral, já que insuscetível de excluir do fornecedor o dever de indenizar mesmo quando ocorrer caso fortuito ou força maior.

Como consequência, todo e qualquer dano ocasionado ao consumidor, seja ele derivado do contrato ou extracontratual, de publicidade enganosa ou abusiva, é indenizável de forma integral sob o regime da responsabilidade objetiva.³⁶

Cumulação de dano moral com patrimonial. O CDC permite expressamente a *cumulação* das indenizações por dano patrimonial e moral (art. 6.º, VI), acabando com a divergência jurisprudencial existente a respeito, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que entendia não ser possível referida cumulação, sem que, no entanto, desse fundamentação plausível que justificasse a adoção dessa tese. A colocação da conjuntiva *e* e não da disjuntiva *ou* no art. 6.º, VI, propositalmente levada a efeito pelo legislador, faz

com que não possa haver dúvida séria a respeito da possibilidade de cumulação das indenizações por dano patrimonial e moral no sistema do CDC.

Indenização integral. Ainda no que tange à responsabilidade civil, não mais são admitidas, no âmbito das relações de consumo, as chamadas indenizações limitadas ou tarifadas, com limites, como por exemplo as previstas do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), na Lei de Indenização por Acidentes Nucleares (Lei 6.453/77) etc.³⁷ Quando a norma legal do CDC diz ser direito básico do consumidor a *efetiva* reparação dos danos por ele sofridos (art. 6.º, VI), adota o princípio indenizatório da *restitutio in integrum*. Não haveria *efetiva reparação* se ao consumidor se atribuisse apenas uma parte dos prejuízos que sofreu, a título de indenização. Com esse sistema de indenização integral previsto pelo CDC, deverão os fornecedores encontrar fórmula capaz de evitar complicações para suas atividades, como por exemplo sistema adequado de seguros, o que viria necessária e inevitavelmente acrescer no preço final do produto ou serviço. Este é um problema que tem de ser enfrentado e o consumidor deve, em última análise, praticamente pagar para ter direito a indenização pronta e integral, sem limites.

A existência de tratado internacional sobre limitação de responsabilidade civil derivada de acidente aéreo, subscrito pelo Brasil, não empeça a indenização *integral* aqui referida, pois, no particular, o CDC revogou tacitamente os dispositivos do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), equivalendo, na prática, à denúncia parcial do tratado, o que é perfeitamente possível em face da soberania nacional do Brasil, que pode legislar internamente de forma diferente da que consta do tratado internacional por ele subscrito, na falta de norma constitucional que limite o Poder Legislativo a legislar contra tratados.³⁸ Isto ocorreu, por exemplo, com alguns dispositivos da Lei Uniforme de Genebra sobre títulos de crédito, rejeitados pelo Dec. 2.004/08.

Profissionais liberais. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais é subjetiva, fundada na culpa (art. 14, § 4.º), para cuja verificação incide o princípio do maior favor ao consumidor, que é o da inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII).³⁹ Como a regra geral do CDC é a da *responsabilidade objetiva pelo risco da atividade*, foi preciso que a norma do art. 14, § 4.º, mencionasse expressamente a exceção, qual seja, de a responsabilidade pessoal do profissional

liberal ser investigada a título de culpa, sendo esta subjetiva, portanto. Entenda-se aqui por profissional liberal aquele escolhido pelo consumidor *intuitu personae*, isto é, para cuja escolha foram relevantes os elementos confiança e competência acreditados pelo cliente.⁴⁰ Quando o profissional liberal integra pessoa jurídica ou presta serviços a pessoas jurídicas, a responsabilidade é destas e *objetiva*, já que não se pode falar, nestes casos, em responsabilidade *personal*, como mencionada na norma do art. 14, § 4.º, do CDC.⁴¹

Deve ser feita a distinção, ainda, entre as obrigações de meio e as de resultado, para que se caracterize perfeitamente a responsabilidade do profissional liberal. Quando a obrigação do profissional liberal, ainda que escolhido *intuitu personae* pelo consumidor, for de resultado, sua responsabilidade pelo acidente de consumo ou vício do serviço é objetiva.⁴²⁻⁴³ Ao revés, quando se tratar de obrigação de meio, aplica-se o § 4.º do art. 14 do CDC em sua inteireza, devendo ser examinada a responsabilidade do profissional liberal sob a teoria da culpa. De todo modo, nas ações de indenização movidas em face do profissional liberal, quer se trate de obrigação de meio ou de resultado (objetiva ou subjetiva), é possível haver a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, conforme autoriza o art. 6.º, VIII, do Código.⁴⁴

Solidariedade. Tendo em vista o princípio geral do direito civil positivo brasileiro, segundo o qual a solidariedade não se presume, decorrendo da lei ou da vontade das partes (art. 896, CC), o CDC criou o princípio da solidariedade legal entre os causadores de danos ao consumidor, de sorte que, havendo mais de um autor desses danos, todos eles responderão solidariamente pela reparação, segundo o art. 7.º, parágrafo único, do CDC. Essa norma, aliás, praticamente repete aquela do art. 1.518, *caput*, segunda parte, do Código Civil. O consumidor poderá, portanto, exigir de qualquer deles a indenização pelo seu todo, sem que deva aguardar, no entanto, a discussão sobre a repartição da responsabilidade entre os devedores solidários.

Isto porque tem direito à pronta reparação e, como o fundamento da responsabilidade perante ele consumidor é o risco da atividade, a caracterização do dever de indenizar é aferida de forma objetiva, não comportando discussão sobre circunstâncias estranhas à lição principal entre consumidor e fornecedor responsável solidário. Esta é a razão por que descabe, no sistema do CDC, o chamamento ao

processo genérico, nos termos do art. 77 e ss. do CPC. O Código permite apenas uma hipótese de chamamento ao processo, por força de criação de solidariedade por ele mesmo, na hipótese descrita no art. 101, II, CDC. No sistema do CPC, a existência de seguro de responsabilidade entre a parte e a seguradora enseja a denúncia da lição a essa última, nos termos do art. 70, III, CDC. O Código de Defesa do Consumidor inovou na matéria, propositadamente, criando entre segurado e seguradora uma espécie de solidariedade legal, conforme art. 896 do CC, de modo a facilitar a defesa do consumidor em juízo.

Na sistemática da denúncia da lição do CPC, não pode haver condenação solidária do denunciante junto com o denunciado, pois há duas ações, que tramitam em *simultaneus processus*, que devem ser decididas na mesma sentença. O credor não pode executar diretamente a seguradora, denunciada, ainda que a sentença tenha acolhido a pretensão deduzida na denúncia da lição. Isto ocorre porque somente após a litisdenuciante pagar a quantia a que fora condenada é que poderá voltar-se em regresso contra a seguradora, executando a parte da sentença que condenou a garante a ressarcir a denunciante.

No *microsistema* do CDC a situação foi bem mais facilitada para o consumidor, pois como a hipótese é de solidariedade legal, havendo o chamamento da seguradora ao processo, a sentença condenará todos os devedores solidários e o consumidor poderá executar o *decisum* em face de qualquer um dos coobrigados solidários. O sentido teleológico da norma, portanto, foi o de criar hipótese de solidariedade a fim de agilizar a reparação do dano causado ao consumidor.

11. Princípios relativos aos contratos no Código de Defesa do Consumidor⁴⁵

Cláusula geral de boa fé. Um dos pilares fundamentais das relações de consumo é o *princípio da boa fé, equidade e equilíbrio*, que deve presidir toda e qualquer relação de consumo (art. 4.º, III, CDC).

Mesmo que as partes nada tenham convenicionado sobre esse princípio, deixando de ser objeto das tratativas contratuais, ou, ainda, não constando do instrumento do contrato de consumo, reputa-se existente o que denominamos de *cláusula geral de boa fé*.⁴⁶ Essa cláusula geral foi adotada implicitamente pelo CDC,⁴⁷ como se de-

preende da interpretação dos arts. 4.º, III, e 51, IV, este último dizendo ser nula de pleno direito a cláusula que seja incompatível com a boa fé e equidade, preceito, aliás, aceito universalmente, conforme demonstram, por exemplo, o § 9.º da AGB-Gesetz alemã,⁴⁸⁻⁴⁹ o art. 16 do Dec.-lei português 446/85 e o art. 10, "c", da Lei espanhola 20/84, de 19 de julho.

Conservação do contrato. Havendo excessiva onerosidade ou imprevisão, aplica-se a cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos de consumo. Verificada essa circunstância, a solução que se apresenta, entretanto, não é a resolução do contrato, como ocorria anteriormente nos sistemas do Código Civil e do Projeto de Código Civil (n. 654-B/75, art. 478, inspirado no art. 1.467 do Código Civil italiano) que se encontra tramitando no Senado Federal. O sistema italiano que se encontra em discussão no Senado Federal, o sistema do CDC garante, nesses casos, o direito do consumidor à modificação do CDC, mediante a cláusula contratual, vale dizer, tem ou revisão judicial forçada da cláusula contratual, vale dizer, do direito à manutenção do contrato. Ocorre, aqui, mitigação do tradicional princípio privatístico do *pacta sunt servanda*, que proporcionalmente a intangibilidade do contrato.

O CDC, inovando o sistema contratual do direito privado ortodoxo, ampliou o âmbito de abrangência do princípio da conservação do contrato, já que as soluções por ele alitradas sempre se inclinam pela manutenção do contrato e não por sua resolução e, o mesmo quando ainda não há o contrato, o CDC determina que o inadimplemento da oferta como elemento vinculante (art. 50, CDC) seja objeto de execução específica, forçada, de obrigação de fazer (art. 55, I, e art. 84, § 1.º), vale dizer, para que o contrato seja efetivamente celebrado nos termos da oferta do fornecedor e não como ocorre com o desatendimento da proposta no sistema do Código Civil (art. 1.080), de resolução desta em perdas e danos. O Código de Defesa do Consumidor quer que a oferta do fornecedor seja efetivamente vinculante e que, uma vez celebrado o contrato, seja conservado e mantido até sua total execução.⁵⁰

Como o consumidor tem direito de ver modificada cláusula contratual que estabeleça prestações desproporcionais, bem como direito básico de revisão da cláusula em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6.º, V, CDC), sendo deduzida em juízo pretensão nesse sentido, o magistrado deverá tentar conciliar as partes, para que elas mesmas encontrem o ponto de equilíbrio da relação de consumo e estabeleçam em que termos é

que deve ser feita a modificação ou revisão da cláusula. Caso não haja acordo entre as partes, cumpre ao juiz proferir sentença definitiva criando as novas circunstâncias que modificarão a cláusula, cuja decisão terá natureza integrativa do negócio jurídico de consumo.⁵¹ Para tanto deverá o magistrado pesquisar a intenção das partes quando da celebração do contrato (art. 85, CC) e sopesar as circunstâncias que ensejaram o pedido de modificação ou revisão.

Interpretação dos contratos de consumo. Conforme já analisado acima, quando do exame do dogma constitucional da isonomia, o princípio da interpretação contratual mais favorável ao consumidor é um dos instrumentos criados pelo CDC para dar cumprimento ao comando constitucional do art. 5.º, caput, entendida isonomia aqui em seu sentido material, substancial, real, efetivo e não apenas na acepção formal da expressão.

Com medida de notável avanço, a norma do art. 47 do CDC determina expressamente que a interpretação do contrato como um todo se faça de modo mais favorável ao consumidor. Não apenas das cláusulas obscuras ou ambíguas, como sugerido pelo art. 425 do Projeto de Código Civil 654-B/75, que, aliás, limita essa prerrogativa ao aderente, nos contratos de adesão.⁵²

Como decorrência da adoção, pelo CDC, do princípio da interpretação contratual mais favorável ao consumidor, podemos extrair vários subprincípios: a) a interpretação é sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (art. 85, CC); c) a cláusula geral de boa fé reputa-se insita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato (arts. 4.º, caput e III, e 51, IV, CDC); d) havendo cláusula negociada individualmente, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor;⁵³ e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias se faz *contra stipulatorem*, em favor do aderente (consumidor); f) sempre que possível se interpreta o contrato de consumo de modo a fazer com que suas cláusulas tenham aplicação, extraindo-se delas máxima utilidade (princípio da conservação).⁵⁴

Princípio da proibição de cláusulas abusivas. O art. 6.º, IV, do CDC estabelece ser direito básico do consumidor a proteção contra cláusulas abusivas. Efeivação concreta dessa regra se encontra no art. 51 e seus incisos, o caput dizendo serem referidas cláusulas nulas

de pleno direito e os incisos enunciando, em *numerus apertus*, quais as cláusulas que são consideradas abusivas pelo Código.

A proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor,⁵⁵ importância que se avulta em razão da multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas contratuais gerais. Além dessa circunstância, a impossibilidade de o aderente discutir as bases do contrato faz com que, no que toca às relações de consumo, deva haver a necessária proteção contra cláusulas abusivas, que se originam amígdé das cláusulas gerais dos contratos.⁵⁶

A abusividade da cláusula que enseja a nulidade de que trata o caput do art. 51 do CDC pode ocorrer tanto nos contratos de adesão como nos de comum acordo (*contrat de gré à gré*), já que a norma abrange toda e qualquer relação de consumo.⁵⁷

O termo "cláusula" é tomado em sua acepção mais ampla, significando todo e qualquer pacto ou estipulação negocial entre fornecedor e consumidor, seja pela forma escrita ou verbal, pela técnica de contrato de adesão de ou contrato de comum acordo.⁵⁸

No microsistema do CDC, as cláusulas abusivas se encontram sob o regime da nulidade de pleno direito, porque ofendem a *ordem pública de proteção ao consumidor*,⁵⁹ base normativa de todo o Código, como se vê do art. 1.º do CDC, *verbis*: "Art. 1.º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social".

Essas duas normas (arts. 1.º e 51) devem ser interpretadas de forma conjugada, extraindo-se dessa interpretação a conclusão de que o magistrado deve pronunciar-se *ex officio* sobre a matéria de cláusula abusiva, independentemente de provocação de qualquer interessado. Deve agir assim o juiz, porque se trata de matéria de ordem pública (art. 1.º) e, ademais, porque a cláusula abusiva é nula e não anulável (art. 51, *caput*). Como a norma é de ordem pública, não está sujeita à preclusão, podendo ser argüída e/ou decidida em qualquer instância ou grau de jurisdição.

O poder do magistrado nesse tema é muito grande porque, além de o rol do art. 51, que enumera as cláusulas abusivas, ser meramente exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*), há dois dispositivos que ensejam ao magistrado o poder de fazer a integração dos conceitos jurídicos indeterminados existentes nessas duas normas do CDC: a) o magistrado deve verificar se a cláusula não é contrária à boa fé ou equidade (art. 51, IV); b) ou se está

em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor (art. 51, XV), que abrange não só o Código de Defesa do Consumidor mas todo e qualquer texto normativo sobre regras de consumo (lei de economia popular, lei antitruste, lei de crimes contra a ordem econômica etc.).⁶⁰

Contratos de execução continuada ou diferida. Em nossos comentários à parte final do CDC, sustentamos a opinião de que o CDC não se aplicaria aos contratos de execução continuada ou diferida, que tivessem sido celebrados e concluídos antes da entrada em vigor do Código.⁶¹ No entanto, depois de vários encontros de que participamos sobre a interpretação do CDC, ficamos convencidos de que nossos críticos é que tinham razão, motivo por que reformulamos nosso pensamento a respeito do tema.

Três correntes explicam a retroatividade da lei e o respeito ao direito adquirido, quando se trata de nova lei de ordem pública: a) a retroatividade plena; b) a aplicação imediata, resguardado o direito adquirido; c) a aplicação apenas às situações e aos contratos futuros.

A regra é a não retroatividade da lei, não se aplicando a lei nova aos contratos já celebrados. Contudo, em se tratando de normas de *ordem pública de proteção do consumidor*,⁶² como o são as do Código (art. 1.º), a lei passa a ter vigência imediata. Em se tratando de contrato em execução, isto é, de execução continuada ou diferida, de contrato em execução, isto é, de execução continuada ou diferida, os *efeitos pretéritos*, decorrentes do contrato, não são atingidos retroativamente pela lei nova; apenas os *efeitos futuros* é que devem submeter-se à lei nova.⁶³ Com isto respeitase o direito adquirido, sujeitando-se, entretanto, o contrato à lei de ordem pública, que o atinge de forma imediata.⁶⁴

Havendo sido celebrado, *v.g.*, contrato de consórcio em 1989, antes da entrada em vigor do Código, não se poderá reclamar sobre algum efeito derivado do contrato, ocorrido naquele período, anterior à vigência do Código. Contudo, a partir de 11.3.91, data da entrada em vigor do CDC, é possível anular-se cláusula abusiva desse mesmo contrato que se encontra em curso de execução, se presente alguma das hipóteses do art. 51 do CDC.

12. Cobrança de dívidas

Muito se tem falado sobre o tema, existindo, inclusive, interpretações desarrasoadas no sentido de que o consumidor inadimplente jamais poderia ser cobrado, já que o código não permitiria a cobrança

7) divergência, então, o Estado
maior ou contratos de
ADESÃO? Pelo raiou de um
munic. constitucional,
defesa de proteção
dos consumidores.

em seu trabalho, descanso ou lazer (art. 71). Na verdade, o consumidor pode sofrer os constrangimentos legais (protesto do título, execução, penhora, falência etc.), sendo vedado expô-lo a constrangimentos ilegais ou a ridículo (art. 42). Poderá ser cobrado, dignamente, em seu trabalho, descanso ou lazer. O código veda, isto sim, a "interferência da cobrança em seu trabalho, descanso ou lazer (art. 71). Seria "interferência" proibida, por exemplo, o credor telefonar para o chefe do consumidor dizendo ser ele mau pagador, a fim de constrangê-lo perante seu empregador com a possibilidade, até, de ocorrer dispensa ou demissão do consumidor funcionário. Remeter correspondência discreta para o local do trabalho do consumidor é meio normal de cobrança.

15. A publicidade no Código de Defesa do Consumidor⁸³

O publicidade no Brasil não tinha previsão em lei, de sorte que não era regulamentada, até que surgiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) regulando-a e sistematizando-a do ponto de vista jurídico.

O CONAR (Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária) podia eticamente tentar retirar de circulação publicidade enganosa ou abusiva, mas não tinha poder de fogo para tanto. Os veículos e os anunciantes não tinham e não têm o dever legal de acatar decisão do CONAR.

Os arts. 56 a 58 do CDC regulamentam a publicidade no país, proibindo a publicidade enganosa e a abusiva. Isto não invalida o controle da publicidade que vem sendo feito pelo CONAR, órgão formado por anunciantes, agências de publicidade e veículos, cujo objetivo é coibir, no plano ético, os abusos que eventualmente possam ser provocados pela publicidade no Brasil.

Temos, assim, um sistema misto, que nos parece o ideal, de controle da publicidade: controle legal (CDC) e controle privado (CONAR). As duas formas de controle sobrevivem e são compatíveis entre si.

O CDC não regulou a propaganda (*publicity*), mas apenas a publicidade (*advertising, Werbung, publicité*). Aquela seria a veiculação de idéias de conteúdo político, religioso, ético ou moral; esta, a veiculação com sentido comercial, com o objetivo de convencer o destinatário a adquirir o produto ou a utilizar-se do serviço.

por isso não
impinge a libel
de expressão constitucional
garantida

O controle legal da publicidade não é forma inconstitucional de censura, mas instrumento eficaz para evitar-se o abuso que possa ser cometido em detrimento dos direitos do consumidor. O art. 5.º do *Federal Trade Commission Act*, dos EUA, com a emenda de 1958, já previa o controle da publicidade e nem por isso os Estados Unidos deixaram de ser o país onde mais e melhor se desenvolveu a atividade e a criação publicitárias.

Princípios da publicidade no CDC. O sistema da publicidade no CDC é informado por alguns princípios básicos: *princípio da identificação da mensagem publicitária* (art. 36); *princípio da vinculação contratual da publicidade* (art. 30); *princípio da veracidade* (art. 37, § 1.º); *princípio da não abusividade da publicidade* (art. 37, § 2.º); *princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor* (art. 38); *princípio da correção do devito publicitário* (art. 56, XII).

O CDC proíbe a publicidade clandestina bem como a subliminar. O *merchandising* (na acepção vulgar que se tem dado ao termo), não está, em tese, proibido, podendo o anunciante e o veículo valerem-se desse expediente, desde que previamente informem o consumidor de que estará vendo a seguir mensagem publicitária, utilizando para tanto o sistema de créditos. Isto porque o CDC exige que a publicidade seja veiculada de tal modo que o consumidor a identifique imediatamente como tal.

Também não estão proibidos o *teaser* e o *puffing*, desde que não sejam enganosos nem abusivos. Considera-se *teaser* o prenúncio da mensagem publicitária, quer dizer, é o anúncio do anúncio, gerando no consumidor certa expectativa, a fim de que se torne mais interessante o anúncio que virá em tempo futuro. O *puffing* é o exagero, a publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não permite que seja objetivamente encarada como vinculante. É o anúncio em que se diz ser "o melhor produto do mercado", por exemplo.

A publicidade por testemunhos, onde alguém famoso ou influente em algum setor dá sua opinião sobre as qualidades de determinado produto, é permitida mesmo com o inevitável caráter subjetivo do testemunho. A fim de emprestar-se seriedade a esse tipo de publicidade, tem-se exigido que a testemunha efetivamente utilize o produto ou serviço objeto da publicidade.

Publicidade enganosa. O § 1.º do art. 37 do CDC define o que seja publicidade enganosa, fazendo-o de sorte a orientar o intérprete, pois o conceito legal de abusividade é amplo e flexível. Não se exige prova da enganiosidade real; basta a potencialidade de engano para

caracterizar-se a publicidade como enganosa. O *standard* da enganosa varia de categoria para categoria de consumidores, não sendo, portanto, fixo. Para a caracterização da publicidade como enganosa basta a verificação de sua potencialidade ao engodo, sendo desnecessária a pesquisa da vontade — dolo ou culpa — do fornecedor (anunciante, agência ou veículo). O dolo, direto ou eventual,⁶⁶ é exigido para a caracterização do crime de publicidade enganosa, mas não para a verificação dessa circunstância em seu âmbito civil em sentido amplo, com consequência *ipso facto* de ordem civil (suspensão da veiculação da publicidade, indenização, imposição de contrapropaganda etc.).

O art. 38 do CDC confirma essa afirmação, já que se fosse relevante a conduta (dolo ou culpa) do fornecedor para a caracterização da publicidade enganosa em seus aspectos civis e administrativos, não haveria necessidade de o Código estabelecer o princípio da inversão do ônus da prova da veracidade ou não abusividade da publicidade. Esse artigo não tem aplicação no âmbito penal, por óbvio, à vista do que dispõe o art. 5.º, LVII, da CF.

Basta, portanto, a tão só potencialidade de perigo de indução do consumidor em erro, para que se caracterize a publicidade como enganosa, sendo desnecessário o engano e o prejuízo efetivo.⁶⁷

Em se tratando de anúncio ambíguo, basta que um dos sentidos seja enganoso para que toda a publicidade se caracterize como enganosa.

A publicidade *falsa* pode ser verdadeira, mas, ainda assim, ser considerada como enganosa, se omitir *dado essencial* para aquele anúncio publicitário. Lembrou-me do caso do televisor Philips estéreo, que omite o fato de que era necessário adquirir-se, à parte, decodificador para que a transmissão fosse captada com som estereofônico. É o que se denomina de *publicidade enganosa por omissão* (art. 57, § 3.º, CDC).

Fato recentemente ocorrido em Goiás nos dá conta de que a Mesbla fez veicular publicidade oferecendo aparelho eletrodoméstico por preço convidativo, aproximadamente 10% do valor de mercado. Como o produto foi objeto de *oferta* (art. 50, CDC), obriga a Mesbla a contratar naquelas bases com quantos consumidores tenham se dirigido àquela loja de departamentos. Negando-se a adimplir a oferta, cabe ação de execução específica, forçada, de obrigação de fazer (art. 35, I, CDC), vedada a resolução em perdas e danos, salvo se assim o quiser o consumidor (art. 84, § 1.º, CDC).

Evidentemente que, se houve erro do órgão de imprensa ao divulgar a publicidade, a Mesbla, depois de dar cumprimento à oferta, vendendo o produto nas bases anunciadas, tem direito de voltar-se em regresso contra o veículo publicitário, dele pleiteando a reparação dos prejuízos que eventualmente tenha sofrido. O que não se pode permitir, *data venia*, é a alegação de que não houve dolo da Mesbla, como pretexto para safar-se do dever de cumprir a oferta veiculada por publicidade. Incide na hipótese o princípio da vinculação da oferta publicitária.

Publicidade abusiva. A publicidade abusiva vem descrita no art. 37, § 2.º, do CDC, que menciona algumas formas apenas, pois seu conceito é igualmente amplo e flexível. Ainda que seja verdadeira, não é permitida.

O Código não proíbe a publicidade de bebidas alcoólicas ou de cigarros. Esse tipo de publicidade deve, contudo, obedecer as regras e princípios legais que informam a atividade publicitária.

Publicidade comparativa. A publicidade comparativa não está proibida pelo CDC. Ainda que no Brasil não desempenhe papel relevante (nos EUA chega a dominar 20% dos anúncios publicitários), a tendência moderna é fazer com que aumente sua participação no mercado.

Além dos requisitos normais da veracidade, não abusividade etc., a publicidade comparativa deve, também, ser *objetiva*, não se admitindo que a comparação seja excessivamente geral. A confrontação dos dados deve ter conteúdo objetivo e exato, não se permitindo que a informação publicitária tenha caráter subjetivo.

O art. 52 do Código de Auto-Regulamentação Publicitária, editado pelo CONAR, permite a publicidade comparativa, desde que esteja em consonância com o Código da Propriedade Industrial (Lei 5.772/71). Este diploma garante o direito do uso exclusivo da marca pelo seu titular (art. 59), inclusive no que respeita aos papéis, documentos, expressões ou sinais de propaganda (art. 75 e ss. do CPI), de sorte que a permissão da publicidade comparativa deve ser analisada à luz do caso concreto, levando-se em consideração os aspectos da proteção da marca instituídos pelo Código da Propriedade Industrial.

Sanções administrativas para a publicidade ilegal. O art. 56, XII, do CDC prevê a contrapropaganda (*corrective advertising, contre-publicité, annonces rectificatives, publicitá correctiva*), que pode ser

aplicada como penalidade administrativa ou imposta por ordem judicial, às expensas do anunciante com o mesmo destaque e no mesmo veículo onde se verificou a publicidade enganosa ou abusiva.

Além disso o CDC capitulou como *crime* promover publicidade que se sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva, punido com detenção de três meses a um ano e multa (art. 67). A publicidade abusiva na modalidade de ser capaz de induzir o consumidor a comportar-se de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança é crime punido de maneira mais grave: detenção de seis meses a dois anos e multa (art. 68).

Importante inovação foi trazida pelo Código no que toca às sanções administrativas. Trata-se da possibilidade, expressamente autorizada, de conceder-se liminar cautelar em processo administrativo, impondo-se desde logo a sanção, em caráter provisório, até que o julgamento final do processo administrativo (art. 56, parágrafo único). O poder público pode impor a sanção, liminarmente, sem que seja necessário aguardar-se o desfecho do processo administrativo. Como existe previsão legal para a concessão da liminar cautelar administrativa, não há falar-se em ofensa ao contraditório, mas em *limitação* do princípio do contraditório, para utilizarmos expressão de autorizada doutrina.⁶⁸

Ônus da prova da veracidade ou não abusividade: O ônus da prova da veracidade da informação publicitária é do fornecedor. Esta é a regra especial sobre a publicidade, que derroga a regra geral de que o ônus da prova é de quem alega, nada obstante haver mitigação dessa regra geral no art. 6.º, VIII, do CDC. Em se tratando de publicidade, a prova da veracidade e não abusividade do anúncio publicitário *sempre* fica a cargo do anunciante.

Danos decorrentes de publicidade enganosa ou abusiva. Podem ocorrer danos morais e patrimoniais derivados da publicidade enganosa ou abusiva. O art. 5.º, VI, contém o princípio geral de que os danos devem ser ressarcidos em sua integralidade (*restitutio in integrum*), ao qual se alinha aquele outro princípio da responsabilidade objetiva do fornecedor, que é a regra do sistema do Código, sendo a responsabilidade subjetiva pessoal dos profissionais liberais a exceção (art. 14, § 4.º). A pretensão indenizatória por danos decorrentes da publicidade enganosa ou abusiva pode vir deduzida com a finalidade de obter-se a condenação do fornecedor na indenização dos danos morais e patrimoniais, cumulativamente, conforme permite a norma acima referida.

NOTAS

1. Antonio Herman V. Benjamin, "O direito do consumidor", in RT 670/51.
2. Nelson Nery Junior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Forense Universitária, Rio, 1991, p. 272.
3. O CDC vai, isto sim, servir de norma subsidiária para que suas disposições sejam aplicadas analogicamente ao direito comum. Nesse sentido, sobre a aplicação analógica do regime de cláusulas contratuais abusivas do CDC, Alcides Tomazetti Junior, "Aspectos da proteção contratual do consumidor no mercado imobiliário urbano — Rejeição das cláusulas abusivas pelo direito comum", in *Direito do Consumidor*, v. 2.º, Ed. RT, S. Paulo, 1992, pp. 62-65. Entendendo que a cláusula geral de boa fé, existente no microsistema do CDC (arts. 4.º, III e 51, IV), se aplica também ao direito privado comum, Ruy Rosado de Aguiar Junior, "O controle das cláusulas contratuais abusivas no CDC", comunicação apresentada no 3.º Congresso Internacional de Direito do Consumidor, em 12.5.92, que teve lugar em Canela/RS.
4. Sobre a parte processual do CDC, ver Nelson Nery Junior, "Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor", in *Direito do Consumidor*, v. 1.º, Ed. RT, S. Paulo, 1992, pp. 200-221.
5. Sobre os princípios fundamentais do processo civil, por exemplo, Fritz Baur, "Von Wert oder Unwert der Prozeßrechtsgrundsätze", in *Studi in Onora di Tito Carnacini*, v. II, t. I, Giuffrè, Milão, 1984, pp. 23-40, se manifesta favoravelmente ao estudo desses princípios, embora criticando-os, mas acentuando a necessidade de sua preservação e apontando caminhos que devem ser seguidos para evitar abusos, quer pelas partes, quer pelo juiz.
6. Nelson Nery Junior, *Recursos no Processo Civil: Princípios Fundamentais e Teoria Geral dos Recursos*, Ed. RT, S. Paulo, 1990, n. 3, p. 121.
7. Nelson Nery Junior, *Recursos no Processo Civil*, cit., n. 3, p. 121.
8. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 172. No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 11.ª ed., Saraiva, S. Paulo, 1989, p. 138.
9. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, 5.ª ed., Malheiros, S. Paulo, 1992, p. 300.
10. Idem, *ibidem*, p. 300.
11. Entendendo ser o art. 4.º norma sem sanção, desprovida de eficácia, Toshio Mukai, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, coordenados por Juarez de Oliveira, Saraiva, S. Paulo, 1991, p. 12.
12. Conforme salienta Eros Roberto Grau, citado por Antonio Herman V. Benjamin, *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, coordenados por Juarez de Oliveira, Saraiva, S. Paulo, 1991, pp. 26-27. Uma ou outra norma do CDC tem conteúdo programático, como, *vg.*, todo o art. 5.º.
13. Eros Roberto Grau, em comunicação apresentada no "Seminário Internacional de Direito do Consumidor", realizado em S. Paulo, de 24 a 27.9.90, citado por Antonio Herman V. Benjamin, *Comentários*, Saraiva, cit., p. 26. Essa opinião foi reiterada por Eros Roberto Grau na comunicação intitulada "Interpretação do Código de Defesa do Consumidor", que fez no 3.º Congresso Internacional de Direito do Consumidor, em 12.5.92, realizado em Canela/RS.

14. Nelson Nery Junior, *Recursos no Processo Civil*, cit., n. 3.10, p. 199.

15. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 174.

16. De outra opinião Eros Roberto Grau, que equipara os princípios às normas, de sorte que admite a existência do conflito entre princípios e encaixa a solução do conflito no sentido de que o intérprete deve optar pela prevalência do princípio de maior relevância ("Interpretação do CDC", comunicação em Canela, 12.3.92, cit.).

17. Entendendo possível o conflito, opinando pela prevalência da defesa do consumidor sobre a livre iniciativa, Fábio Konder Comparato, "A proteção do consumidor na Constituição brasileira de 1988", *RDM* 80/71, (1990), Ed. RT, S. Paulo. Com opinião contrária à de Comparato, Newton De Lencina, no relatório intitulado "O Código de Defesa do Consumidor: discussões sobre o seu âmbito de aplicação", apresentado em 9.10.91 ao Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca "Tullio Ascarelli", aponta a contumacia do princípio da livre iniciativa como fundamento da república (art. 1.º, IV, CF).

18. Nesse sentido, Eike von Hippel, *Der Schutz des Schwächeren*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1982, p. 82 e ss.

19. O texto integral da Resolução encontra-se em Eike von Hippel, *Verbraucherschutz*, 3.ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1986, p. 485 e ss.

20. Ver mais amplamente sobre as atividades bancárias e o Código de Defesa do Consumidor, Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., Introdução, n. 11, p. 302 e ss.

21. Em sentido semelhante, classificando o banco sempre como fornecedor de produtos e serviços, mas identificando o elemento "vulnerabilidade" como discriminador para que possa caracterizar o co-consumidor como consumidor, Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Ed. RT, S. Paulo, 1992, p. 85 e ss.

22. Ver Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., Introdução, n. 11, p. 302 e ss.

23. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, *CDC Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, cit., p. 498; Nelson Nery Junior, "Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor", in *Direito do Consumidor*, v. 1.º, Ed. RT, S. Paulo, 1992, p. 218.

24. Em sentido mais ou menos conforme, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Responsabilidade civil no Código do Consumidor*, Aldá, Rio, 1991, p. 128.

25. No mesmo sentido, Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., p. 320.

26. A regra é praticamente pacífica na literatura ocidental: Georges Berlioz, *Le Contrat d'adhésion*, LGDJ, Paris, 1973, n. 236 e ss., p. 122 e ss.; Hélène Bricks, *Les clauses abusives*, LGDJ, Paris, 1982, ns. 19 e ss., p. 19 e ss.; René David e David Pugsley, *Les contrats en droit anglais*, 2.ª ed., LGDJ, Paris, 1985, n. 371, p. 268; Ana Prata, *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Almeida, Coimbra, 1985, p. 354 e ss.; René Demogue, *Traité des Obligations en général*, vol. V, Librairie Arthur Rousseau, 1925, n. 1.202, pp. 476/477; Cesare Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico (con particolare riguardo ai contratti)*, Cedam, Pádova, 1983 (reimpressão da edição de 1938), p. 204 (sob o regime do Código Civil italiano de 1865). Na Itália, a regra interpretativa contra stipulatorem está prevista no art. 1.370 do

Código Civil de 1942. Ver Franco Carresi, *Il Contratto*, v. II, Giuffrè, Milão, 1987, n. 190, p. 545 e ss.; Alessandro Giordano, *I Contratti per Adezione*, Giuffrè, Milão, 1951, p. 107 e ss. Nessa jurisprudência vem aplicando a mesma regra: RT 612/165, 573/255.

27. Ver mais amplamente Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., p. 319 e ss.

28. Sobre a teoria do risco da atividade (ou do risco criado) como ensejadora da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, ver, por todos, Walter Rolland, *Kommentar zum Produkthaftungsgesetz*, Verlag Franz Rehm, München, 1990, comentários ao § 1.º, p. 11 e ss., especialmente ns. 4 a 6.

29. No mesmo sentido, Nelson Nery Junior, "Aspectos da responsabilidade do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)", in *Revista do Advogado*, n. 35 (Dez./1990), publicação da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), S. Paulo, pp. 76/79, especialmente p. 78; Antonio Hernen de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários*, Saraiva, cit., pp. 57-58; Thereza Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, Ed. RT, S. Paulo, 1991, p. 51.

30. A coexistência das causas de exclusão do dever de indenizar com a responsabilidade objetiva no sistema fundado na teoria do risco da atividade não transforma a responsabilidade objetiva em responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, como erroneamente afirma João Marcello de Araújo Junior, *Comentários ao Código do Consumidor*, coordenados por José Creteia Junior, e René Ariel Dotti, Forense, Rio, 1992, n. 80, pp. 66-67. É que essas causas, descritas pelo CDC em *numeris causus*, na verdade excluem o nexo de causalidade entre o fato e o dano, de sorte a não ensinar o dever de o fornecedor indenizar. No sistema do CDC não há falar-se em conduta do fornecedor como elemento discriminador do dever de indenizar; logo, a conduta dolosa ou culposa do fornecedor é absolutamente irrelevante para a configuração da responsabilidade pelos danos causados ao consumidor.

31. No mesmo sentido ver Nelson Nery Junior, "Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública", in *RDP* 76/124 (1985); Paulo Afonso Leme Machado, "Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento", Ed. RT, S. Paulo, 1986, n. 14, pp. 46-47.

32. No mesmo sentido, Thereza Alvim, *CDC Comentado*, cit., p. 51. Em sentido diverso, entendendo que a responsabilidade pelos vícios do produto ou serviço (arts. 18 e 20) é fundada na presunção absoluta (*iuris et de jure*) de culpa, Antonio Hernen Vasconcellos e Benjamin, *Comentários*, Saraiva, cit., pp. 88 e 114. Da mesma opinião de Benjamin, entendendo que essa presunção absoluta de culpa acarreta apenas a inversão do ônus da prova, Alberto do Amaral Junior, "A responsabilidade pelos vícios dos produtos no Código de Defesa do Consumidor", in *Direito do Consumidor*, v. 2.º, Ed. RT, S. Paulo, 1992, p. 117.

33. Nelson Nery Junior, "Aspectos", cit., pp. 76-79.

34. Vejam-se, por exemplo, os dispositivos legais europeus sobre a matéria, que simplesmente afirmam ser o fornecedor obrigado a indenizar, sem mencionar conduta, reconhecidos unanimemente pela doutrina como casos de responsabilidade objetiva: Diretiva 574/85, da Comunidade Econômica Europeia; *Consumer Protection Act*, 1987, da Inglaterra; art. 15 da Lei 183/87, e Dec. 224/88, da Itália; *Produkthaftungsgesetz*, de 15.11.89, da Alemanha; *Produkthaftungsgesetz*, de 1.7.88, da Áustria; Dec. lei 385/89, de Portugal.

Afirmando serem casos de responsabilidade objetiva, Elke von Hippel, *Verbraucherschutz*, cit., § 2°, p. 46 e ss.; Ludwig Krämer, "EEC Consumer Law", *Story Scientia*, Bruxelas, 1986, ns. 320 e ss., p. 276 e ss., especialmente n. 321, p. 277; Walter Rolland, *Kommentar*, cit., comentários ao § 1°, p. 11 e ss.; Hans Fitz, Meinhard Putscheller e Peter Reindl, *Kommentar zum Produkthaftungsgesetz*, Manzsche Verlag, Wien, 1988, comentários ao § 1°, p. 4 e ss.; Guido Alpa, Marino Bin e Paolo Cendon, "La responsabilità del produttore" (vol. 13° do *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, dirigido por Francesco Galgano), Cedam, Pádua, 1989, p. 1 e ss.; Altschir M. Clark, *Product Liability*, Sweet & Maxwell, London, 1989, pp. 41, 171 e 203.

35. Irineu Strenger menciona hipótese de dano derivado do contrato, dizendo não haver o Código dele se ocupado, além de apontar a omissão do CDC no regramento dos danos coletivos. Entende aplicáveis, nestes casos, as regras reparatórias do direito comum (*Comentários*, Forense, cit., n. 84, pp. 72-73). Quanto aos danos coletivos, se forem derivados de acidente de consumo (arts. 12 e 14) ou de vício do produto ou serviço (arts. 18 e 20), é indisputável estarem sob o regime do CDC. Somente quanto aos danos oriundos do contrato, da publicidade enganosa ou abusiva, *e.g.*, é que a dúvida se coloca, exigindo tarcia de interpretação.

36. Proclamando a responsabilidade objetiva do importador, jungido ao regime do CDC, tanto para os danos derivados do contrato como para os extraccontractuais, Cláudia Lima Marques, "A responsabilidade do importador pelo fato do produto segundo o Código de Defesa do Consumidor", in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, 26/120, Porto Alegre, 1992. A necessidade de indenizar-se o dano derivado do contrato de consumo é preconizada na doutrina (v. por todos Augusto M. Morello, Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, "Información al consumidor y contenido del contrato", in *Derecho del Consumidor*, v. 1°, Juris, Rosario, 1991, pp. 35-36. A tese da responsabilidade objetiva por danos causados ao consumidor, tanto na esfera extracontractual quanto na contractual, foi aprovada por unanimidade nas "IV Jornadas sanjuaninas de Derecho Civil", realizadas em San Juan, em 1989 ("Protección jurídica del consumidor", comissão n. 6, presidida por Gabriel A. Stiglitz, in *Derecho del Consumidor*, v. 1, Juris, Rosario, 1991, p. 150).

37. Da mesma opinião, entendendo não haver limitação para a indenização dos danos sofridos pelo consumidor, Carlos Roberto Gonçalves, "Novo código impede limitação de dano", no caderno "Justiça", do jornal *O Estado de S. Paulo*, de 16.11.91, p. 6.

38. Nesse sentido, entendendo que, "à falta de norma constitucional que estabeleça restrição ao Poder Legislativo quanto à edição de leis internas contrárias a tratados, enquanto não forem estes denunciados, princípios de escolas não justificam, na ordem positiva, o primado pretendido. Nem há alegar que ocorre descumprimento de Tratado, na ordem internacional. A arguição, como visto, não se reflete na ordem jurídica interna, pois somente texto constitucional poderia estabelecer a supremacia dos tratados, nesta ordem. Aquela circunstância é insuficiente para estabelecer a", decidiu o STF no julgamento do RE 80.004-SE, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, in RTJ 83/840.

39. No mesmo sentido, entendendo de que pode haver inversão do ônus da prova em favor do consumidor nas ações de indenização promovidas em face

de profissional liberal, Zelmo Denari, CDC Comentado pelos Autores do Anteprojeto, cit., p. 95; Teresa Ancona Lopez, "O Código e o profissional liberal", no caderno "Empresas" do jornal *O Estado de S. Paulo*, de 8.11.91, p. 1; Voltaire de Lima Moraes, *Comentários ao CDC*, Forense, cit., n. 62, p. 50.

40. Teresa Ancona Lopez, *O Código e o Profissional Liberal*, cit., p. 1. 41. No mesmo sentido, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, *Comentários*, Saraiva, cit., pp. 79-80; Teresa Ancona Lopez, *O Código e o Profissional Liberal*, cit., p. 1.

42. Sobre as obrigações de meio e de resultado, ver René Demogue, *Traité des obligations en général*, t. V, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1925, n. 1.237, p. 538 e ss.; Geneviève Viney, *Traité de Droit Civil* (dirigido por Jacques Chesnin), v. IV (*Les Obligations — La Responsabilité: Conditions*), LGDJ, Paris, 1982, n. 522 e ss., p. 629 e ss.

43. Normalmente o advogado assume obrigação de meio, relativamente ao procuratório contencioso. Mas pode haver contratado obrigação de resultado, quando se tratar de atividade consultiva ou de agir por algum procedimento de jurisdição voluntária.

44. Zelmo Denari, *CDC Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, cit., p. 95; Teresa Ancona Lopez, *O Código e o Profissional Liberal*, cit., p. 1; Voltaire de Lima Moraes, *Comentários ao CDC*, Forense, cit., n. 62, p. 50.

45. Sobre os contratos de consumo, Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., pp. 270-388; Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Ed. RT, S. Paulo, 1992, *passim*; Alberto do Amaral Junior, *Comentários*, Saraiva, cit., pp. 181-207; Carlos Eduardo Manfredini Hapner, *Comentários*, Forense, cit., pp. 149-189; Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, *Contratos por Adhesión, Cláusulas abusivas y Protección al Consumidor*, Depalma, B. Aires, 1985, *passim*; idem, "Contratos por adhesión (protección al consumidor)", in *Contratos (Teoría General)*, v. I, Depalma, B. Aires, 1990, pp. 253-265.

46. A doutrina vem alvitrando a necessidade da adoção de uma cláusula geral de boa fé, especialmente quanto às cláusulas contratuais gerais, que entrarão futuro contrato de adesão (Clóvis do Couto e Silva, *O princípio da boa fé e as condições gerais dos negócios*, in "Condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública econômica", *Anais Jurídicos*, v. I, Juruá, Curitiba, 1988, p. 41).

47. Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., pp. 344/345.

48. AGB-Gesetz (*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), de 9.12.76, cujo § 9°, além de adotar o preceito da boa fé, traz a proibição de estabelecer-se vantagem exagerada a uma das partes, demonstrando-se, conseqüentemente, que o inciso IV do art. 51 da Lei Brasileira confessa-damente se inspirou no modelo alemão.

49. A regra não é apenas válida para as relações de consumo, mas para todas as relações jurídicas, pois o § 242 do BGB (Código Civil alemão) contém preceito expresso no sentido de que as relações jurídicas devam ser realizadas com base na boa-fé (*Leistung nach Treu und Glauben* — "prestação segundo a boa fé").

50. Sobre o ponto, Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., Introdução, cap. n. 4, pp. 281 e ss.

51. Sobre a sentença determinativa ver Alessandro Raselli, "Le sentenze determinative e la classificazione delle sentenze", in *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, vol. I, Giuffrè, Milão, 1975 (reimpresso de 1927), pp. 323-399; idem, ibidem, v. II, Cedam, Padova, 1927, pp. 23-56. Sobre a aplicação da teoria da sentença determinativa, de Raselli, na execução do contrato preliminar, Alcides Tomassini Junior, "Execução do contrato preliminar", tese, USP, S. Paulo, 1982, § 19, p. 269 e ss.

52. Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., p. 320. Em sentido diverso, entendendo que somente as cláusulas ambíguas ou contraditórias é que devem merecer interpretação mais favorável ao consumidor, fundando essa opinião no fato de que a tese por nós defendida é de interpretação literal do art. 47 do CDC. Carlos Eduardo Manfredini Hapner, *Comentários ao CDC*, Forense, cit., n. 204, p. 157. Nosso posicionamento não se embasa na interpretação literal do art. 47 do CDC, mas sim em sua interpretação sistemática e teleológica, pois para atender-se à isonomia substancial, colocando o consumidor em posição real de igualdade relativamente ao fornecedor, essa regra interpretativa seria um dos instrumentos de efetividade do microsistema do CDC. Nada obstante, a regra do art. 47 do CDC é por demais clara ao determinar expressamente essa interpretação mais favorável: *in claris cessat interpretatio*.

53. Georges Berthoz, *Le Contrat d'Adhésion*, cit., n. 250, pp. 128-129; Cesare Grassetti, *L'Interpretazione del Negozio Giuridico*, cit., p. 202; Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., p. 321.

54. Sobre todos os subprincipios relativos à interpretação dos contratos de consumo, ver Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., pp. 320-322 e bibliografia ali indicada.

55. Sobre o tema, Elke von Hippel, *Verbraucherschutz*, cit., § 4.º, p. 118 e ss.; Horst Loeber, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Beck, München, 1980, § 4.º, p. 11; Helène Bricks, *Les Clauses Abusives*, cit., *passim*; Ewoud Hondius, *Unfair Terms in Consumer Contracts*, Molengraaf Instituut voor Privaatrecht, Utrecht, 1987, *passim*. Consultar a obra coletiva coordenada por Thierry Bourgoigne e Jean Gillardin, *Droit des Consommateurs: Clauses Abusives, Pratiques du Commerce et Réglementation des Prix*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1982, *passim*, notadamente pp. 1-167.

56. Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil*, t. II (*Les Obligations*) — *Le Contrat: Formation*, 2.ª ed., LGDJ, Paris, 1988, n. 587 e ss., p. 670 e ss.

57. Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., pp. 297 e 334; Juan Carlos Rezzónico, *Contratos con Cláusulas Preclusivas: Condiciones Negociadas Generales*, Astrea, B. Aires, 1987, § 313, p. 447.

58. Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., p. 319.

59. Sobre a ordem pública de proteção ao consumidor, ver Jacques Ghestin e Bernard Desché, *Traité des contrats (La vente)*, LGDJ, Paris, 1990, n. 26, pp. 22-23, na linha de entendimento de nosso CDC.

60. Nesse sentido, Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., pp. 364-365.

61. Nelson Nery Junior, *CDC Comentado*, cit., p. 668.

62. Idem, ibidem, p. 274.

63. Rubens Limongi França, *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*, 3.ª ed., Ed. RT, S. Paulo, 1982, p. 247.

64. Em sentido conforme, dizendo sobre a aplicação imediata da lei de ordem pública aos contratos em execução, Paul Roubier, *Le Droit Transitoire*, 2.ª ed., Dalloz-Sirey, Paris, 1960, n. 79, p. 393 e ss.

65. Sobre o tema, Maria Elisabete Vilaca Lopes, "O consumidor e a publicidade", in *Direito do Consumidor*, v. 1.º, Ed. RT, S. Paulo, 1992, pp. 149-185.

66. Damásio E. de Jesus entende que a expressão "sabe ou deveria saber" contida no art. 67 do CDC (crime de publicidade enganosa) é indicativa de dolo eventual de perigo ("Dolo e culpa no Código de Defesa do Consumidor", in *Direito do Consumidor*, v. 1.º, Ed. RT, S. Paulo, 1992, p. 100). Da mesma opinião, argumentando com a aplicação subsidiária do art. 18 do CP, no sentido de que os crimes punidos a título de culpa vêm expressamente mencionados na lei, Eduardo Arruda Alvim, *Código do Consumidor Comentado*, Ed. RT, S. Paulo, 1991, p. 145. Embora o tipo penal não faça nenhuma referência sobre a punibilidade a título de culpa (art. 18 CP), René Ariel Dotti, é da opinião de que "deveria saber" constitui elemento indicador de poder o agente ser responsabilizado por culpa (*Comentários*, Forense, cit., p. 267).

67. José Alexandre Tavares Guerreiro, *Comentários*, Forense, cit., p. 127, ser responsável por culpa (*Comentários*, Forense, cit., p. 267).

68. Ekkehard Schumann, *Zivilprozess und Verfassung*, in Stein-Jonas-Schumann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, v. 1, 20.ª ed., Tübingen, Introdução, *Commentário* n. 504, p. 279, que entende não haver violação do princípio do contraditório (*rechtliches Gehör*) a concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária, mesmo que de natureza satisfativa.