

Antonio Herman V. Benjamin

Claudia Lima Marques

Leonardo Roscoe Bessa

**MANUAL
DE DIREITO
DO CONSUMIDOR**

5.^a edição

revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

NOTA À 5. ^a EDIÇÃO – CLAUDIA LIMA MARQUES	7
NOTA À 4. ^a EDIÇÃO – CLAUDIA LIMA MARQUES	9
NOTA À 3. ^a EDIÇÃO – CLAUDIA LIMA MARQUES.....	11
NOTA À 2. ^a EDIÇÃO – CLAUDIA LIMA MARQUES.....	13
APRESENTAÇÃO À 1. ^a EDIÇÃO – CLAUDIA LIMA MARQUES.....	15

I. INTRODUÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR – CLAUDIA LIMA MARQUES... 31

1. Noções introdutórias sobre este novo ramo do direito.....	31
2. Origem constitucional da proteção afirmativa dos consumidores: uma introdução sistemática	32
a) A importância do mandamento constitucional e a eficácia do direito fundamental de proteção dos consumidores (<i>Drittwirkung</i>)	33
b) A importância da força normativa da Constituição para a construção de um novo direito privado com função social: um direito privado solidário? ...	35
3. Evolução do princípio <i>favor debilis</i> até o princípio de proteção do consumidor: uma introdução dogmático-filosófica.....	39
a) Princípio tutelar no direito privado e a máxima <i>favor debilis</i>	39
b) Um direito privado de liberdade e igualdade material: um direito privado para iguais e para diferentes	41
4. A relativização dos antigos dogmas do direito civil e comercial em face das mudanças sociais e econômicas no mercado: uma <i>introdução socioeconômica</i>	44
a) O desejo de consumo individual e a falácia do consumidor como “rei” do mercado	44
b) A massificação da produção, da distribuição e do consumo e os reflexos na posição de vulnerabilidade do consumidor	47
5. O direito do consumidor como disciplina nas faculdades de direito: a luta pela autonomia e obrigatoriedade	48
Quadro sinótico	52
Bibliografia.....	53

II. A LEI 8.078/90 E OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR – CLAUDIA LIMA MARQUES

1. Noções introdutórias.....	54
2. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) como microsistema....	56
a) Sistema do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e influências do direito comparado.....	58
b) O modelo <i>sui generis</i> de Código de Defesa do Consumidor: a sua divisão em partes e a comparação com os códigos de consumo da França e Itália	61

c) A importância sistemática do art. 4.º do CDC: norma narrativa de uma lei de função social.....	66
3. Direitos básicos do consumidor	70
a) Vida, saúde e segurança	70
b) Liberdade de escolha.....	71
c) Informação	72
d) Transparência e boa-fé (combate ao abuso)	75
e) Proteção contratual (a revisão por onerosidade excessiva)	76
f) Prevenção e reparação de danos morais e materiais (a desconsideração da personalidade jurídica).....	78
g) Acesso à justiça e inversão do ônus da prova.....	83
h) Serviços públicos adequados e eficazes	86
Quadro sinótico	87
Bibliografia.....	87
III. CAMPO DE APLICAÇÃO DO CDC – CLAUDIA LIMA MARQUES	89
1. Introdução: o novo direito privado e o campo de aplicação do CDC.....	89
2. As definições de consumidor no CDC	92
a) As teorias finalista e maximalista e a definição principal do art. 2.º do CDC.....	93
b) O finalismo aprofundado e a noção de vulnerabilidade no CDC.....	97
c) Os consumidores equiparados	108
3. As definições de fornecedor.....	112
a) Art. 3.º do CDC: as definições de produto, de serviço e remuneração direta e indireta	112
b) Cadeia de fornecimento e o fornecedor “equiparado”	117
Quadro sinótico	119
Bibliografia.....	120
IV. DIÁLOGO DAS FONTES – CLAUDIA LIMA MARQUES	122
1. Introduzindo o diálogo das fontes (ou o modelo brasileiro de coexistência e aplicação simultânea e coerente do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil de 2002 e da legislação especial).....	122
2. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.....	125
3. O modelo <i>sui generis</i> brasileiro: um código para iguais (CC/2002) dialogando com um código para diferentes (CDC)	128
4. Diálogo entre “leis especiais” e o CDC: os critérios clássicos dos conflitos de leis e o diálogo das fontes especiais.....	131
Quadro sinótico	136
Bibliografia.....	137
V. TEORIA DA QUALIDADE – ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN	139
1. Introdução: as duas órbitas da proteção ao consumidor	139

2. A proteção do consumidor no direito tradicional através da teoria dos vícios redibitórios.....	141
3. As deficiências jurídicas.....	141
4. A exigência de vínculo contratual.....	142
5. A exiguidade dos prazos para reclamar.....	142
6. A estreiteza do conceito de vício redibitório.....	142
7. A exclusão da garantia de durabilidade.....	143
8. A insuficiência das opções satisfativas.....	144
9. A internalização dos custos sociais da atividade produtiva.....	144
10. A disponibilidade da garantia.....	145
11. A dificuldade de prova do vício.....	145
12. A irrelevância da profissionalidade da vítima.....	145
13. As deficiências fáticas.....	146
14. Teoria dos vícios redibitórios x teoria da qualidade.....	146
15. A teoria da qualidade e os seus dois aspectos.....	148
Quadro sinótico.....	150
Bibliografia.....	151
VI. FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO – ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN.....	152
1. Noção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.....	152
2. Os vícios de qualidade por insegurança e os riscos do mercado de consumo...	154
3. Conceito de vício de qualidade por insegurança.....	154
4. A segurança como um conceito relativo.....	155
5. A distinção entre periculosidade inerente e periculosidade adquirida.....	155
6. A periculosidade inerente.....	157
7. A periculosidade adquirida.....	158
8. A periculosidade exagerada.....	159
9. Os danos indenizáveis.....	160
10. Os produtos como objeto do art. 12.....	161
11. Os responsáveis pelo dever de indenizar.....	161
12. A responsabilidade civil objetiva.....	163
13. O defeito como elemento gerador da responsabilidade.....	164
14. O conceito de defeito no Código.....	164
15. Classificação dos defeitos em relação à sua origem.....	165
16. Os defeitos de fabricação.....	165
17. Os defeitos de concepção.....	167
18. Os defeitos de comercialização.....	167
19. As causas de exclusão da responsabilidade.....	168
20. O caso fortuito e a força maior.....	171
21. Os riscos de desenvolvimento.....	171

22. A alocação dos riscos de desenvolvimento	172
23. Os critérios para avaliação do que seja risco de desenvolvimento.....	173
24. A responsabilidade subsidiária do comerciante	173
25. A solidariedade na responsabilidade do comerciante.....	174
26. As hipóteses de responsabilidade subsidiária e solidária do comerciante	176
27. O produto anônimo.....	176
28. O produto mal identificado	176
29. A má conservação dos produtos perecíveis.....	177
30. O direito de regresso	178
31. Os serviços como objeto do art. 14	179
32. Os responsáveis pelo dever de indenizar	179
33. O defeito na prestação do serviço como elemento gerador da responsabilidade	180
34. As causas de exclusão da responsabilidade	181
35. A responsabilidade dos profissionais liberais por acidentes de consumo.....	181
36. Ampliação do conceito de consumidor (art. 17).....	182
Quadro sinótico	184
Bibliografia.....	185

VII. VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO – LEONARDO ROSCOE BESSA	186
1. Introdução.....	186
2. Referências históricas: vícios redibitórios.....	187
3. Vícios redibitórios no Código Civil de 2002	188
4. Críticas à disciplina do CC/1916 e reação do Código de Defesa do Consumidor.....	190
5. Generalidades sobre a proteção do CDC.....	191
6. Conceito de vício do produto no CDC.....	193
7. Vício aparente e de fácil constatação.....	194
8. Vício conhecido pelo consumidor	195
9. Vício de quantidade.....	196
10. Solidariedade entre fornecedores	197
11. As três alternativas do consumidor.....	199
12. Culpa e ignorância do fornecedor.....	201
13. O prazo de 30 dias (art. 18, § 1.º).....	202
14. Forma de contagem do prazo de 30 dias	204
15. Indenização pela utilização do prazo de 30 dias	204
16. Vício dos serviços (art. 20)	205
17. Solidariedade dos fornecedores na prestação de serviços.....	207
18. Componentes novos, originais e adequados no fornecimento de serviços....	208
19. Decadência do direito de reclamar dos vícios	209

20. O vício oculto e o critério da vida útil para início da contagem do prazo decadencial	211
21. Causas obstativas do prazo decadencial (art. 26, § 2.º)	216
22. Suspensão ou interrupção da decadência?	217
23. Aplicação de prazos mais vantajosos do Código Civil	218
24. Relação entre os prazos de garantia legal e contratual (art. 50)	220
25. Garantia estendida	224
26. Serviços públicos	226
27. Corte do fornecimento de energia elétrica e água	229
Quadro sinótico	232
Bibliografia	234
VIII. OFERTA E PUBLICIDADE – ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN	235
1. Da oferta clássica à oferta publicitária	236
2. A força obrigatória da oferta no direito tradicional	237
3. Bases do novo paradigma da oferta publicitária	237
4. O princípio da vinculação	238
5. Pressupostos para a incidência do princípio da vinculação	239
6. Recusa de cumprimento da oferta	240
7. Os sujeitos responsáveis	240
8. A enganosidade	242
9. Recusa de cumprimento sob o argumento de equívoco no anúncio	242
10. Responsabilidade civil objetiva	243
11. Só o anunciante tem os meios contratuais para acionar a agência e o veículo ...	244
12. Irretratabilidade da oferta publicitária	244
13. Dever de informar (art. 31 do CDC)	245
14. O caráter enumerativo do art. 31	248
15. A informação em português	248
16. Os dados integrantes do dever de informar	249
17. Embalagem e rotulagem	249
18. Destinatário da norma	250
19. Oferta por telefone ou reembolso postal	250
20. A importância da publicidade	251
21. Dever de informar e publicidade	252
22. Publicidade e controle	252
23. O conceito de publicidade	253
24. Publicidade x propaganda	254
25. Os diversos tipos de publicidade: institucional e promocional	254
26. Patrocínio	254
27. Entendendo a gênese de uma criação publicitária	255

28. A necessidade de um novo tratamento jurídico para a publicidade brasileira	256
29. A situação anterior ao Código de Defesa do Consumidor	256
30. O controle da publicidade no Código de Defesa do Consumidor	257
31. A regulamentação legal da publicidade no Código: civil, administrativa e penal	257
32. Os princípios gerais adotados pelo Código	258
33. O princípio da identificação da publicidade	258
34. O princípio da vinculação contratual da publicidade	258
35. O princípio da veracidade da publicidade	258
36. O princípio da não abusividade da publicidade	259
37. O princípio da inversão do ônus da prova	259
38. O princípio da transparência da fundamentação da publicidade	259
39. O princípio da correção do desvio publicitário	259
40. O princípio da lealdade publicitária	259
41. O princípio da identificação da publicidade	260
42. O <i>merchandising</i>	260
43. O <i>teaser</i>	261
44. O princípio da transparência da fundamentação	261
45. A proibição da publicidade enganosa ou abusiva	262
46. A publicidade enganosa	263
47. Os diversos tipos de publicidade enganosa	263
48. O elemento subjetivo	264
49. Capacidade de enganar e erro real	264
50. O consumidor desinformado e ignorante é protegido	265
51. Os consumidores mais frágeis são especialmente tutelados	265
52. A impressão total	265
53. A publicidade enganosa comissiva	266
54. O exagero publicitário	266
55. O anúncio ambíguo	266
56. Alegações expressas e alegações implícitas	266
57. A publicidade enganosa por omissão	267
58. O conceito de dado essencial	267
59. As demonstrações simuladas	268
60. A língua portuguesa	268
61. A publicidade abusiva	269
62. O conceito de publicidade abusiva	269
63. A publicidade discriminatória	269
64. A publicidade exploradora do medo ou superstição	270
65. A publicidade incitadora de violência	270

66. A publicidade antiambiental.....	270
67. A publicidade indutora de insegurança	270
68. A publicidade dirigida aos hipossuficientes.....	270
69. Controle da publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias	271
70. A inversão do ônus da prova na publicidade.....	272
Quadro sinótico	273
Bibliografia.....	274

IX. PRÁTICAS ABUSIVAS – ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN	276
1. Introdução: o conceito de prática abusiva	276
2. Classificação.....	277
3. A impossibilidade de exaustão legislativa	278
4. As sanções	278
5. O elenco exemplificativo das práticas abusivas	279
6. Condicionamento do fornecimento de produto ou serviço (art. 39, I)	280
7. Recusa de atendimento à demanda do consumidor (art. 39, II).....	281
8. Fornecimento não solicitado (art. 39, III)	282
9. O aproveitamento da hipossuficiência do consumidor (art. 39, IV)	284
10. A exigência de vantagem excessiva (art. 39, V).....	284
11. Serviços sem orçamento e autorização do consumidor (art. 39, VI)	285
12. Divulgação de informações negativas sobre o consumidor (art. 39, VII)	285
13. Produtos ou serviços em desacordo com as normas técnicas (art. 39, VIII) ..	286
14. A normalização.....	287
15. Recusa de venda direta (art. 39, IX)	290
16. Elevação de preço sem justa causa (art. 39, X)	290
17. Reajuste diverso do previsto em lei ou no contrato (art. 39, XI)	291
18. A inexistência ou deficiência de prazo para cumprimento da obrigação (art. 39, XII).....	291
19. Tabelamento de preços	292
20. A cobrança de dívidas de consumo	292
21. Objeto do dispositivo (art. 42, <i>caput</i>)	293
22. Os contatos do credor com terceiros.....	294
23. As práticas proibidas	294
24. As proibições absolutas	294
25. A ameaça	295
26. A coação e o constrangimento físico ou moral.....	295
27. O emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas	295
28. As proibições relativas	296
29. A exposição do consumidor a ridículo.....	296

30. A interferência no trabalho, descanso ou lazer	297
31. Sanções civis, administrativas e penais	298
32. Repetição do indébito	299
33. O regime do Código Civil	299
34. Pressupostos da sanção no regime do CDC	299
35. O pressuposto da cobrança de dívida	299
36. O pressuposto da extrajudicialidade da cobrança	300
37. O pressuposto da qualidade de consumo da dívida cobrada	301
38. A suficiência de culpa para aplicação da sanção	301
39. Cobrança indevida por uso de cláusulas ou critérios abusivos	302
40. Os juros e a correção monetária	303
41. O valor da sanção	303
Quadro sinótico	303
Bibliografia	304
X. BANCOS DE DADOS E CADASTROS DE CONSUMO – LEONARDO ROSCOE BESSA	
1. Introdução	305
2. Distinção entre bancos de dados e cadastros de consumo	306
3. Bancos de dados de proteção ao crédito no Brasil	308
4. Fonte das informações	309
5. Informações negativas	310
6. Informações positivas: Lei 12.414/2011	310
7. Relevância dos bancos de dados de proteção ao crédito	311
8. Necessidade de controle: ameaça a direitos da personalidade	312
9. Privacidade e proteção de dados pessoais	313
10. Honra	314
11. Constitucionalidade: ponderação de valores	315
12. Modelos europeu e americano de proteção de dados	317
13. Âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor	318
14. Limites e sanções	320
15. Sanções penais	321
16. Sanções administrativas	321
17. Sanções civis	322
18. Danos morais	322
19. Danos materiais	324
20. Responsabilidade objetiva	325
21. Responsabilidade solidária entre banco de dados e fornecedor	326
22. Entidades de caráter público	327

23. Qualidade das informações	328
24. Informação verdadeira	328
25. Linguagem de fácil compreensão.....	329
26. Informação clara.....	329
27. Informação objetiva.....	330
28. Informação não excessiva e vinculada à proteção do crédito	331
29. Mais limites: outros direitos em favor do consumidor	332
30. Direito ao acesso.....	332
31. Gratuidade do acesso.....	333
32. Direito à retificação	334
33. Prazo para retificação	335
34. Direito à comunicação.....	336
35. Prazo e conteúdo da comunicação.....	338
36. Responsável pela comunicação	340
37. Limites temporais dos registros	341
38. Prazo de cinco anos (art. 43, § 1.º).....	341
39. Prazo prescricional (art. 43, § 5.º)	342
Quadro sinótico	345
Bibliografia.....	346
XI. PROTEÇÃO CONTRATUAL – LEONARDO ROSCOE BESSA	348
1. Introdução.....	348
2. Nova teoria contratual.....	350
3. Boa-fé objetiva e equilíbrio econômico.....	356
4. Importância da fase pré-contratual.....	360
5. Limites e regras do contrato de adesão.....	361
6. Interpretação do contrato em favor do consumidor (art. 47).....	366
7. Arrependimento e desistência do contrato (art. 49)	367
8. Rol exemplificativo de cláusulas abusivas	368
9. Cláusula abusiva: característica e sanção.....	369
10. Reconhecimento de ofício pelo juiz.....	370
11. Nulidade e modificação contratual.....	372
12. Rol de cláusulas abusivas.....	373
13. Vedação da cláusula de não indenizar (art. 51, I).....	374
14. Subtração de opção de reembolso (art. 51, II).....	376
15. Transferência de responsabilidade a terceiro (art. 51, III)	376
16. Cláusula da boa-fé objetiva e equilíbrio econômico do contrato (art. 51, IV)....	377
17. Vedação de inversão prejudicial do ônus da prova (art. 51, VI)	382
18. Determinação compulsória de arbitragem (art. 51, VII)	384
19. Imposição de representante (art. 51, VIII).....	386

20. Opção exclusiva do fornecedor de concluir o contrato (art. 51, IX)	387
21. Alteração unilateral do preço (art. 51, X).....	387
22. Cancelamento unilateral (resilição) do contrato (art. 51, XI).....	389
23. Ressarcimento unilateral dos custos da cobrança (art. 51, XII).....	391
24. Alteração unilateral do contrato (art. 51, XIII)	393
25. Violação de normas ambientais (art. 51, XIV)	394
26. Cláusula contrária ao sistema de proteção ao consumidor (art. 51, XV).....	395
27. Renúncia à indenização por benfeitorias necessárias (art. 51, XVI).....	396
28. Elenco complementar de cláusulas abusivas da Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça)	396
29. Crédito e financiamento ao consumidor (art. 52).....	397
Quadro sinótico	402
Bibliografia.....	403
XII. SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEONARDO ROSCOE BESSA.....	404
1. Introdução.....	404
2. Ministério Público (Promotoria de Defesa do Consumidor)	405
3. Defensoria Pública	408
4. Delegacia do Consumidor	410
5. Procon.....	411
6. Sanções administrativas	414
7. Cadastro de reclamações fundamentadas	418
8. Associações civis de defesa do consumidor	420
9. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon.....	421
10. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC.....	422
11. Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon (Ministério da Justiça)	423
12. Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC	425
13. Outros órgãos que defendem o consumidor	427
14. Conflito de atribuições entre Procon e outros órgãos	428
Quadro sinótico	432
Bibliografia.....	433
XIII. DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR – LEONARDO ROSCOE BESSA.....	434
1. Introdução.....	434
2. As relações de consumo como bem jurídico penal.....	435
3. Violação ao direito do consumidor: sanções penais, civis e administrativas	436
4. Direito penal do consumidor.....	438
5. Referências históricas ao direito penal do consumidor	438
6. Código Penal e proteção ao consumidor.....	439

7. Resultado nas infrações penais de consumo e crimes de perigo	440
8. Sujeitos ativo e passivo dos crimes contra as relações de consumo	441
9. Quem deve responder: diretor, gerente, empregado?	443
10. Responsabilidade penal da pessoa jurídica	446
11. Tipos penais	447
12. Omissão de informação a consumidores (art. 63)	448
13. Omissão de comunicação da nocividade de produtos (art. 64)	450
14. Execução de serviço de alto grau de periculosidade (art. 65)	452
15. Oferta não publicitária enganosa (art. 66)	454
16. Publicidade enganosa ou abusiva (art. 67)	456
17. Indução a comportamento prejudicial ou perigoso (art. 68)	458
18. Publicidade sem base fática, técnica ou científica (art. 69)	459
19. Troca de peças usadas sem autorização (art. 70)	459
20. Cobrança abusiva de dívidas (art. 71)	460
21. Impedimento de acesso a cadastros e bancos de dados (art. 72)	461
22. Omissão de correção de informações em bancos de dados e cadastros (art. 73)	463
23. Omissão na entrega do termo de garantia (art. 74)	465
24. Individualização e fixação judicial da pena	466
25. Valor da fiança, assistência e ação penal subsidiária	468
Quadro sinótico	470
Bibliografia	471

XIV. AÇÃO COLETIVA – LEONARDO ROSCOE BESSA	472
1. Introdução	472
2. Generalidades e referências históricas sobre a proteção dos direitos coletivos	473
3. Ação coletiva ou ação civil pública?	477
4. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	478
5. Direitos difusos	478
6. Direitos coletivos	479
7. Direitos individuais homogêneos	481
8. Identificação processual da espécie de direito coletivo	482
9. Cumulação de pedidos nas ações coletivas	483
10. Legitimidade e interesse	485
11. Legitimidade do Ministério Público: a relevância social	489
12. Competência	491
13. Coisa julgada e limites subjetivos das decisões	495
14. Relação entre ação coletiva e individual indenizatória	497
15. Limitação territorial dos efeitos das ações coletivas (art. 16 da Lei 7.347/85)	498

16. Custas processuais, honorários advocatícios e periciais	500
17. Integração entre os legitimados	504
18. Termo de ajustamento de conduta – TAC	505
Quadro sinótico	508
Bibliografia.....	509
OUTRAS OBRAS DOS AUTORES	511

I. Introdução ao Direito do Consumidor

CLAUDIA LIMA MARQUES

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias sobre este novo ramo do direito – 2. Origem constitucional da proteção afirmativa dos consumidores: uma introdução sistemática: a) A importância do mandamento constitucional e a eficácia do direito fundamental de proteção dos consumidores (*Drittwirkung*); b) A importância da força normativa da Constituição para a construção de um novo direito privado com função social: um direito privado solidário? – 3. Evolução do princípio *favor debilis* até o princípio de proteção do consumidor: uma introdução dogmático-filosófica: a) Princípio tutelar no direito privado e a máxima *favor debilis*; b) Um direito privado de liberdade e igualdade material: um direito privado para iguais e para diferentes – 4. A relativização dos antigos dogmas do direito civil e comercial em face das mudanças sociais e econômicas no mercado: uma *introdução socioeconômica*: a) O desejo de consumo individual e a falácia do consumidor como “rei” do mercado; b) A massificação da produção, da distribuição e do consumo e os reflexos na posição de vulnerabilidade do consumidor – 5. O direito do consumidor como disciplina nas faculdades de direito: a luta pela autonomia e obrigatoriedade – Quadro sinótico – Bibliografia.

1. Noções introdutórias sobre este novo ramo do direito

O chamado direito do consumidor é um ramo novo do direito, disciplina *transversal* entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante.

Este ramo novo do direito, que podemos chamar de tutelar (protetório) ou “social”, foi introduzido nos currículos das faculdades de direito no Brasil apenas no final do século XX, após a Constituição Federal de 1988.

De fato, o sujeito de direitos que este ramo transversal tutela, o consumidor, seus interesses individuais e coletivos, foi reconhecido pelo direito não faz muito tempo. Mencionado nos estudos da sociologia do fim do século XIX, que deram origem à economia que hoje conhecemos, tanto de Max Weber, Karl Marx e George Simmel, a verdade é que surgiu fortemente nos anos 60-70 do século XX.

Antes este sujeito de direitos era identificado com outros nomes, como “contratante”, como “cliente”, como “comprador”, como aquele que é o transportado, o mutuário, quem contrata um serviço, o “terceiro” beneficiário de um seguro, enfim, o cocontratante ou o terceiro-vítima do fato de um produto e de um serviço. E por trás dessas denominações neutras, que indicavam quase sempre uma visão individual de seus direitos, raramente era destacado o possível aspecto coletivo ou de grupo social

com os mesmos problemas e dificuldades (interesses metaindividuais). Destacava-se, assim, a posição momentânea e relacional deste agente econômico, naquela relação jurídica (na relação contratual ou delitual específica), não sua posição na sociedade (ou seu *status*) e como membro de um grupo com interesses semelhantes (interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos).

Considera-se que foi um discurso de John F. Kennedy, no ano de 1962, em que este presidente norte-americano enumerou os direitos do consumidor e os considerou como novo desafio necessário para o mercado, o início da reflexão jurídica mais profunda sobre este tema. O novo aqui foi considerar que “todos somos consumidores”, em algum momento de nossas vidas temos este *status*, este papel social e econômico, estes direitos ou interesses legítimos, que são individuais, mas também são os mesmos no grupo identificável (coletivo) ou não (difuso), que ocupa aquela posição de consumidor. Do seu aparecimento nos Estados Unidos levou certo tempo para “surgir” legislativamente no Brasil, apesar de ter conquistado facilmente a Europa e todos os países de sociedade capitalista consolidada na época. Isso porque o direito do consumidor é direito social típico das sociedades capitalistas industrializadas, onde os riscos do progresso devem ser compensados por uma legislação tutelar (protetiva) e subjetivamente especial (para aquele sujeito ou grupo de sujeitos).

A ONU (Organização das Nações Unidas), em 1985, estabeleceu diretrizes para esta legislação e consolidou a ideia de que se trata de um direito humano de nova geração (ou dimensão), um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil nas suas relações privadas frente aos profissionais, os empresários, as empresas, os fornecedores de produtos e serviços, que nesta posição são *experts*, parceiros considerados “fortes” ou em posição de poder (*Machtposition*).

Existem três maneiras de introduzir o direito do consumidor. A primeira é através de sua origem constitucional, que poderíamos chamar de *introdução sistemática*, através do sistema de valores (e direitos fundamentais) que a Constituição Federal de 1988 impôs no Brasil. A segunda é através da filosofia de proteção dos mais fracos ou do princípio tutelar (*favor debilis*), que orienta o direito dogmaticamente, em especial as normas do direito que se aplicam a esta relação de consumo. Esta segunda maneira de introduzir o direito do consumidor poderíamos chamar de *dogmático-filosófica*. A terceira maneira é através da sociologia do direito, ao estudar as sociedades de consumo de massa atuais, a visão econômica dos mercados de produção, de distribuição e de consumo, que destaca a importância do consumo e de sua regulação especial. Essa terceira maneira poderíamos denominar de *introdução sócio-econômica* ao direito do consumidor. Vejamos agora um pouco dessas três maneiras de se aproximar e entender o direito do consumidor hoje.

2. Origem constitucional da proteção afirmativa dos consumidores: uma introdução sistemática

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema, um sistema ordenado de direito positivo. Sob esta ótica sistemática, o direito do consumidor é um reflexo do direito

constitucional de proteção afirmativa dos consumidores (art. 5.º, XXXII, e art. 170, V, da CF/1988; art. 48 do ADCT-CF/1988).

a) *A importância do mandamento constitucional e a eficácia do direito fundamental de proteção dos consumidores (Drittwirkung)*

Note-se aqui a importância da Constituição brasileira de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, o consumidor, individual e coletivo, e assegurado sua proteção constitucionalmente, tanto como direito fundamental no art. 5.º, XXXII, como princípio da ordem econômica nacional no art. 170, V, da CF/1988. Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, pois no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encontra-se o mandamento (*Gebot*) para que o legislador ordinário estabelecesse um Código de Defesa e Proteção do Consumidor, o que aconteceu em 1990. É a Lei 8.078, de 1990, que aqui será chamada de Código de Defesa do Consumidor e abreviada por CDC.

O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5.º, XXXII, da Constituição Federal de 1988: “*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*”); 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária “defesa” do sujeito de direitos “consumidor” (art. 170 da Constituição Federal de 1988: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor; (...)*”; e 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um código de proteção e defesa do “consumidor” (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988: “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”).

Promover significa assegurar afirmativamente que o Estado-juíz, que o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo realizem positivamente a defesa, a tutela dos interesses destes consumidores. É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade ou direitos civis, direito fundamental de primeira geração, em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).

Mister entender (e valorizar) a origem constitucional do direito do consumidor, pois foi o constituinte originário que instituiu um direito subjetivo público geral (direito de proteção, *Abwehrrechte*, direito de exigir que o Estado não faça algo, por exemplo, prisão por dívidas, *Rechte auf negative Handlungen*, e, ao mesmo tempo, instituiu um direito à atuação positiva, protetiva ou afirmativa, do Estado, *Recht auf etwas, Rechte auf positive Handlungen* – assim Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 174-179, também p. 410 e ss.). Assim, assegurou a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País que o Estado-legislador, o Estado-juiz e o Estado-Executivo (DPDC/Ministério da Justiça, SAE/MF, CADE-MJ, Procons, agências reguladoras, Bacen etc.), na forma da lei, promoverá ou realizará a “defesa do consumidor”.

Em resumo, é de suma importância, no sistema constitucional brasileiro (art. 60, § 4.º, IV – cláusula pétreia), um direito estar incluído no rol dos direitos fundamentais e expresso em norma (não apenas implícito) na Constituição, como um direito e garantia individual. A defesa do consumidor é um direito e garantia individual no Brasil (art. 5.º, XXXII, da CF/1988), é um direito fundamental (direito humano de nova geração ou dimensão positivado na Constituição).

Assim, de um lado, como direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor; seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, eficácia entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais) ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre dois sujeitos do direito privado, por exemplo, efeito dos direitos fundamentais entre um consumidor e um banco, conhecida pela expressão alemã *Drittwirkung*). Em outras palavras, o direito fundamental deve ser respeitado, respeitado de acordo e em conformidade com a lei infraconstitucional (eficácia indireta, pois através de norma infraconstitucional, dos direitos fundamentais, como o CDC) e as exigências da dignidade da pessoa humana (eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas).

Segundo SCHWABE, *Drittwirkung* é a denominação do efeito (*Wirkung*) dos direitos fundamentais (*Grundrechte*) sobre o direito privado e as relações jurídicas privadas (Bundesverfassungsgericht und “Drittwirkung” der Grundrechte, *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 100, p. 443). Ensina a doutrina constitucional alemã que os direitos fundamentais como direitos subjetivos dos cidadãos influenciam também as relações privadas, na chamada eficácia horizontal (*Drittwirkung*), eficácia dos direitos fundamentais nas relações (contratuais e delituais) entre dois sujeitos do direito privado, por exemplo, um consumidor e uma instituição financeira ou banco. O direito fundamental é norma a ser respeitada pelo Estado (eficácia vertical), mas também impõe valores a serem respeitados nas relações entre dois iguais, dois privados (eficácia horizontal). Esta eficácia pode ser direta ou imediata, podendo o aplicador da lei utilizar o direito fundamental diretamente retirado da Constituição (por exemplo, de igualdade entre homens e mulheres do art. 5.º, I, da CF/1988), mesmo sem que uma lei infraconstitucional o defina; ou pode ser uma eficácia indireta ou mediada, mediada justamente por uma lei infraconstitucional que defina mais e delimite este direito fundamental (com, no caso do direito do consumidor, temos o CDC como lei mediadora – veja decisão sobre a plena constitucionalidade do CDC para aplicar-se aos bancos nas suas relações

com consumidores na ADIn 2.591 – Claudia Lima MARQUES, João Batista de ALMEIDA, Roberto A. Castellanos PFEIFFER, *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos – ADIn 2.591*, p. 11 e ss.). O tema da *Drittwirkung* ou da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas já era conhecido dos pais do Código Civil de 2002 (Clóvis V. do COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, p. 23-24), mas permanecia sem grande desenvolvimento na doutrina pátria até o aparecimento do Código de Defesa do Consumidor, com seu simbolismo de um direito cidadão-civil (LORENZETTI, *Fundamentos do direito privado*, p. 252). Na ementa da decisão da ADIn 2.591, o STF ensina: “Art. 3.º, § 2.º, Código de Defesa do Consumidor – Art. 5.º, XXXII, da CF/1988 – Art. 170, V, da CF/1988 – Ação direta julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. ‘Consumidor’, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira, de crédito e securitária. 3. O preceito veiculado pelo art. 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição”.

b) *A importância da força normativa da Constituição para a construção de um novo direito privado com função social: um direito privado solidário?*

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

É o que Dürig denominou de básico caráter institucional de garantia do direito privado (seinen Charakter als Rechtsinstitutsgarantie – Günther DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, Festschrift für Hans Nawiasky, p. 171), em que a própria Constituição é a garantia dos direitos do consumidor a vincular o Estado-juiz, o Estado-legislador e o Estado-executivo. Já a expressão de Hesse – força normativa da Constituição – indica que os direitos assegurados nas Constituições, em especial os direitos humanos ou fundamentais, não são meros programas ou discursos meramente retóricos, mas sim têm força de norma (norma jurídica, força de direito e garantia executável e exigível), e como norma têm uma força-guia mesmo frente a ramos como o do direito privado (Konrad HESSE, *A força normativa da Constituição*, p. 5 e ss.). Na decisão da ADIn 2.591, ensinou o Supremo Tribunal Federal: “A proteção ao consumidor e a defesa da integridade de seus direitos representam compromissos inderrogáveis que o Estado brasileiro conscientemente assumiu no plano de nosso ordenamento jurídico. (...) a Assembleia Nacional Constituinte, em caráter absolutamente inovador, elevou a defesa do consumidor à posição eminente de direito fundamental (art. 5.º, XXXII), atribuindo-lhe, ainda, a condição de princípio estruturador e conformador da própria ordem jurídica (CF/1988, art. 170, V)” (trecho do voto do Min. Celso de Mello, citado por Leonardo R. BESSA, *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, p. 7).

Em resumo, certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário. Assim, temos hoje uma força interpretativa da menção constitucional ao consumidor, isto é, o direito privado não pode ser interpretado “contra” o – e sim, sempre a favor do – sujeito de direitos identificado pela Constituição como sujeito vulnerável a ser protegido pelo Poder Judiciário e Executivo e uma “força normativa” imposta a estes poderes como guia de atuação positiva e funcional, que também vincula o Poder Legislativo. Em outras palavras, a Constituição seria a *garantia* (de existência e de proibição de retrocesso) e o *limite* (limite-guia e limite-função) de um direito privado construído sob seu sistema de valores e incluindo a defesa do consumidor como princípio geral!

Parece-me que o direito privado brasileiro, com sua nova tendência de valorização dos direitos humanos fundamentais e dos novos papéis sociais e econômicos (como os de consumidor e de empresa), pode estar se transformando em um “direito privado solidário” (*Solidarprivatrecht*). Esta bela expressão da nova doutrina alemã (expressão usada por Hannes RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*, p. 93) procura simbolizar o processo contemporâneo de mudança e de surpreendente ressystematização (ou reconstrução [reconstrução]) do direito privado através do conjunto de valores e ideais da modernidade (liberdade, igualdade e fraternidade), agora sob um nova roupagem mais material do que formal (Sonja BUCKEL, Ralph CHRISTENSEN, Andreas FISCHER-LESCANO, *Neue Theorien des Rechts*, p. 345 e ss.), que prioriza a igualdade dos mais fracos através de concretas medidas de proteção destes grupos na sociedade globalizada. No meio caminho entre o interesse centrado em si (*egoismus*) e o interesse centrado apenas no outro (*altruismus*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade (*humanitas*) (uso aqui a expressão de Höffe de que a solidariedade é o “meio”, é virtude entre o egoísmo e o altruísmo – veja Otfried HÖFFE (org.), *Lexikon der Ethik*, p. 287).

A Constituição Federal de 1988 serve, assim, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo também do direito privado (*força normativa da Constituição*), um novo direito privado brasileiro (garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e consubstanciado pelos direitos fundamentais aí recebidos), um direito privado *coerente*, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), em sua inteireza, mesmo depois da entrada em vigor de um Código Civil (Lei 10.406/2002), que unificou as obrigações civis e comerciais e revogou grande parte do Código Comercial de 1850.

Como ensinava Orlando GOMES, é a chamada constitucionalização do direito privado que, ao mencionar direitos para os iguais, para as relações privadas na CF/1988, institucionaliza e garante estes direitos com origem constitucional, adaptando o direito privado brasileiro aos novos tempos e a esta nova sociedade de consumo: “A chamada Constituição econômica institucionaliza a propriedade, o contrato e o trabalho (...) os preceitos constitucionais devem ser observados como diretrizes internas do direito civil” e os avanços da sociedade industrial no Brasil “reclamam um novo sistema de valores que seja recolhido pela Constituição e no qual o contrato passará

a ter diretrizes internas que refletirão as exigências do capitalismo maduro da era tecnológica e da sociedade de consumo” (A Constituição e seus reflexos no direito das obrigações, *Novos temas de direito civil*, p. 64-75). A Constituição democrática de 1988 recebeu esta ideia, como afirmou Tancredo Neves em 21 de novembro de 1984: “Não haverá no Brasil uma República sadia e estável sem se refazer a realidade e a mística da cidadania como (...) condição maior da existência dos direitos e liberdades da pessoa humana, independente de riqueza, raça, sexo ou credo. Dentre os direitos a que me refiro estão aqueles que devem ser exercidos pelo cidadão consumidor. (...) O Brasil muito caminhou nas últimas décadas. Alargou-se substancialmente o mercado interno, e houve sensível melhoria de nível de vida para importantes faixas de nossa população, sofisticando-se o consumo. (...) É nesse contexto de grandes transformações que teremos que inserir, com determinação e firmeza, o problema da defesa do consumidor. (...) Cabe ao Poder Público estabelecer as linhas básicas de uma defesa do consumidor que seja, simultaneamente, um instrumento de proteção aos direitos do indivíduo e, de outra parte, um fator de aprimoramento da atividade econômica como um todo” (Tancredo de Almeida NEVES, *Defesa do consumidor*, Revista de Direito do Consumidor, v. 77, p. 47-49).

A Constituição Federal de 1988 é, pois, a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, e o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, que ganha sua denominação justamente do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, recebe assim uma garantia constitucional (hierarquia superior e de ordem pública), construindo um direito privado brasileiro que inclui a defesa do consumidor como um de seus valores, e não só a livre iniciativa (ou autonomia privada, ou autonomia da vontade das partes e liberdade de contratar). Em outras palavras, em uma visão sistemática do ordenamento jurídico, onde a Constituição é o ápice e guia de todo o direito, privado e público, este deve ser interpretado conforme a Constituição e seus valores (*verfassungskonform Auslegung*).

Bruno MIRAGEM ensina que este *status* constitucional dos sujeitos de direito consumidores tem como consequência, “no *mínimo*, estabelecendo-os como *preferenciais* em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional. No *máximo*, determinando providências concretas para sua *realização*”. E resume: “O *direito do consumidor*, enquanto direito subjetivo, (...) caracteriza-se ontologicamente como *direito humano fundamental*” (Direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 111-133). Daí porque a Súmula 381 do STJ é inconstitucional se aplicada aos contratos bancários com consumidores, pois proibiria o “jugador”, inclusive o de primeiro grau, a aplicar o valor constitucional de defesa dos consumidores nos abusos destes contratos, criando também um privilégio para os bancos (isentos da análise *ex officio* dos julgadores) em relação a outros fornecedores, contrário à interpretação dada ao art. 1 do CDC pelo o e. STF na ADIN 2591 (STF, ADIn-EDcl 2591-DE, j. 14.12.2006, rel. Eros Grau, DJU 13.04.2007).

Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (*Wertsystem*), é um direito fundamental e é um princípio da ordem econômica da Constituição Federal (art. 170, V), princípio limitador da

autonomia da vontade dos fortes em relação aos fracos ou vulneráveis (*debilis*), construindo um novo direito privado mais consciente de sua função social (expressão de Gierke).

Interessante notar que, em seu belíssimo texto, Otto von GIERKE clamava por um novo direito privado com função social, e mais influenciado pelas funções típicas do direito público, justamente quando o Código Civil alemão, o BGB de 1866, estava para ser aprovado (*Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), p. 12). No Brasil, encontramos-nos no mesmo momento renovador do direito privado, com a entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro de 2002 e a manutenção do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e de parte do Código Comercial de 1850 e de muitas leis especiais, todas iluminadas pela ordem valorativa da Constituição Federal de 1988. Como na Alemanha da virada do século XIX para o XX, a virada do século XX para o XXI trouxe muitos desafios para o direito privado brasileiro. Nestes dois casos, tratou-se apenas de *uma nova organização ou sistematização*, em face de um elemento novo, o socialismo, no primeiro caso, ou de uma visão nova exigida pela sociedade capitalista, ou de um mandamento constitucional de proteção dos consumidores, no caso brasileiro.

Se a expressão alemã “direito privado solidário” ainda parece utópica e contraditória com a realidade brasileira, esta instigante expressão simboliza uma perspectiva mais solidária, social e fraterna do direito privado nacional, agora fortemente guiado pelo direito constitucional.

Esta elevação à Constituição Federal de matérias originariamente apenas tratadas em leis infraconstitucionais de direito privado, como as relações privadas e de consumo, facilita identificar eficácias das normas constitucionais às relações privadas, isto é, uma influência recíproca entre os direitos público e privado, a partir da CF/1988, destacando a função social do direito privado, como previa Gierke. Mencione-se que este fenômeno, de “migração” dos princípios do direito civil para o direito constitucional, pode ser visto de duas maneiras. Ou *negativamente*, seja como uma perda de “autonomia” valorativa do direito privado, antes centro científico do direito, uma vez que sua racionalidade teria sido “colonizada” pelos valores da Constituição, seja como uma abertura sistemática ampla para uma super-revisão (*Superrevision* – SCHWABE, p. 470), que afetaria a “segurança jurídica” dos negócios entre privados. Ou pode ser vista, como aqui estamos a fazer, *positivamente*, como uma garantia reforçada da *instituição* do direito privado, por exemplo, uma garantia da proteção dos interesses do consumidor na relação frente aos agentes do sistema financeiro nacional em suas relações obrigacionais contratuais e extracontratuais, uma garantia da própria segurança jurídica (proteção dos direitos adquiridos, proibição de retrocesso, proibição de exagero ou *Übermassverbot* ou proporcionalidade – veja Ingo SARLET, *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*, *Constituição e segurança jurídica – Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, p. 85 e ss.). E também como um *limite à atuação dos privados* (veja Gilmar MENDES, *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas*, *RT-Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 27, p. 33 e ss.), que assegura proteção aos mais fracos e ordem harmô-

nica na sociedade, segundo valores máximos constitucionalizados, garantindo um direito de proteção contra o abuso de direito, contra o exercício para lá dos fins sociais e econômicos do contrato, dos bons costumes ou da boa-fé, que assegura a própria autonomia do indivíduo e a dignidade nas relações com os mais fortes.

Em outras palavras, o direito privado sofre hoje uma influência direta da Constituição, da nova ordem pública por ela imposta, e muitas relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm uma relevância jurídica nova e um consequente controle estatal, que já foi chamado de “publicização do direito privado” (expressão de Raizer). Esta crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares denota o domínio das linhas de ordem pública constitucional sobre as relações privadas.

Em resumo, trata-se de um novo direito privado, resultado da influência dos direitos civis (ou fundamentais de liberdade) e dos direitos sociais e econômicos (ou direitos fundamentais positivos de prestação); um direito privado ciente de sua função social, um direito privado guiado pelos valores e pela ordem constitucional. Este novo direito privado brasileiro seria *tripartite*, garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e construído pela eficácia dos direitos fundamentais aí recebidos. Em minha opinião, divide-se em um direito geral, o *direito civil*, e dois direitos especiais, o direito comercial ou *direito da empresa*, voltado para as relações entre empresas e fornecedores, e o *direito do consumidor*, voltado para a proteção deste sujeito mais débil ou vulnerável, o consumidor.

3. Evolução do princípio *favor debilis* até o princípio de proteção do consumidor: uma introdução dogmático-filosófica

Se o eixo-central do novo direito privado é a Constituição e sua axiologia, que inclui a proteção dos consumidores, é possível explicar o direito do consumidor também apenas pela evolução e relativização dos dogmas do próprio direito privado, tais como a autonomia da vontade, o contrato, os poderes do crédito e o *pacta sunt servanda*. Este segundo caminho, filosoficamente, baseia-se na evolução das ideias básicas da Revolução Francesa (metanarrativas ou mitos) para uma sociedade burguesa e capitalista ou de mercado, como a sociedade de consumo, ideias de liberdade, igualdade e fraternidade.

a) Princípio tutelar no direito privado e a máxima *favor debilis*

Ricardo Lorenzetti destaca que, nos direitos primitivos, havia certa confusão entre o estado em que se encontrava uma pessoa, por exemplo, o de devedor (*status* do sujeito), e a própria ideia de obrigação, como sujeição a um dever de prestar ou pagar, ao ponto que, se tal pessoa não cumpria com o combinado (com o que estava obrigado), podia ser escravizada, ser obrigada (ou sua família) a trabalhar para o credor ou mesmo ser presa (prisão por dívidas). O direito evoluiu para tratar o devedor desta forma (um quase objeto do direito), evoluiu para rejeitar estas analogias aos poderes de direito real (poderes em relação às coisas) e para tratar o devedor

como uma pessoa (um sujeito de direitos), que deve ser e permanecer livre apesar de obrigado. Aparecem as ideias suavizadoras destes rigorismos na elaboração e execução das obrigações: *favor libertatis*, *favor debitoris*, *contra stipulatorem* (LORENZETTI, *Consumidores*, p. 13-18).

Em outras palavras, esta evolução só pôde ser feita limitando-se os poderes do credor e do crédito, em um novo equilíbrio entre direitos e deveres oriundos dos contratos, limitando a liberdade de atuação de uns na sociedade, os credores, e assegurando direitos mínimos aos outros, os devedores. Aparece assim uma nova definição de igualdade dos mais fracos no direito privado, igualdade não apenas formal (na lei ou frente à lei), mas material ou total, uma igualdade dos desiguais (tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais). Uma igualdade material, que necessariamente só será alcançada com a intervenção ordenadora (ordem pública de direção e de organização) do Estado a reequilibrar esta relação intrinsecamente desequilibrada, assegurando direitos para os mais fracos, por exemplo, os consumidores, e impondo deveres para os mais fortes, como os fornecedores de produtos e serviços na sociedade de consumo ou no mercado brasileiro.

Note-se que o princípio em favor da liberdade do mais fraco (*favor libertatis*) tem origem no direito penal (também usado para cobrar dívidas) e traz a ideia de que a liberdade que deve ser preservada e protegida pelo direito é sempre a do mais fraco, a liberdade do outro, do *alter*, do parceiro mais fraco na relação de consumo. As máximas de proteção do devedor (*favor debitoris*) e de interpretação sempre contra aquele que elaborou ou estipulou as cláusulas do contrato (*contra stipulatorem*) são reações tutelares para forçar a mudança da visão do direito civil e comercial, que sempre se preocupou (e até hoje prioriza) com o credor e seu crédito, pois é ele quem transfere sua riqueza (produto ou serviço que comercializa, produz ou fabrica) para o consumidor (o leigo que é destinatário final deste produto ou serviço na sociedade de consumo atual).

Como ensinava Carlos Alberto BITTAR, as normas especiais que hoje chamamos de direito do consumidor nasceram da constatação da desigualdade de posição e de direitos entre o consumidor e o fornecedor e, principalmente, da constatação da insuficiência dos mecanismos tradicionais dos outros ramos do direito privado (direito civil e comercial clássico) e público (direito penal e administrativo) para a proteção do consumidor, seja como contratante leigo em contratos de adesão, seja como beneficiário e usuário de serviços e produtos na sociedade de consumo, seja como vítima de acidentes de consumo (fatos dos produtos e dos serviços), que passaram a se multiplicar no século XX com a sociedade de massa globalizada (*Direitos do consumidor – Código de Defesa do Consumidor*, p. 1-5).

O *favor debilis* é, pois, a superação da ideia – comum no direito civil do século XIX – de que basta a igualdade formal para que todos sejam iguais na sociedade, é o reconhecimento (presunção de vulnerabilidade – veja art. 4.º, I, do CDC) de que alguns são mais fortes ou detêm posição jurídica mais forte (em alemão, *Machtposition*), detêm mais informações, são *experts* ou profissionais, transferem mais facilmente seus riscos e custos profissionais para os outros, reconhecimento de que os “outros” geralmente são leigos, não detêm informações sobre os produtos e serviços

oferecidos no mercado, não conhecem as técnicas da contratação de massa ou os materiais que compõem os produtos ou a maneira de usar os serviços, são, pois, mais vulneráveis e vítimas fáceis de abusos. É a vulnerabilidade que aqui chamaremos de vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica (ou econômica), vulnerabilidade fática (ou monopolística) e vulnerabilidade informacional (MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 320-353).

b) *Um direito privado de liberdade e igualdade material: um direito privado para iguais e para diferentes*

Como ensinava Gierke, se o direito privado (*jus singulorum*) persegue inicialmente fins individuais, deve também intentar conseguir o bem público, pois tem função social, assim como o direito público (*jus populi*), se visa inicialmente o todo, deve também ser justo com o indivíduo e suas necessidades. Efetivamente, esta distinção absoluta da função do direito público e do direito privado fazia com que a limitação e a proteção das esferas (internas e externas) de vida do indivíduo, da sua vida em comunidade, fosse uma missão apenas do direito privado, o que não é mais o caso hoje no século XXI. Ou, como afirmou o mestre alemão do século XIX, Otto von Gierke, não pode ser a “última palavra”, pois há um fim comum entre os dois ramos, o direito público e o direito privado. Isto contribuiu para a superação da visão absoluta dos “poderes” da pessoa livre ou dos direitos subjetivos privados e permitiu evoluir para uma *função social da propriedade*, e hoje *do contrato*, limitando os direitos (noção de abuso de direito) e limitando também as liberdades típicas das relações privadas, como a *autonomia da vontade* nos contratos (liberdade de contratar, de escolher o parceiro contratual e de clausular), incluindo nas normas deste novo direito privado e em sua interpretação a famosa *a gota de óleo do social* (GIERKE, op. cit., p. 4-14), aqui representada pelo direito do consumidor.

Segundo Natalino IRTI, duas são as acepções atuais da expressão “direito privado”: ou como conjunto de normas jurídicas (com certa finalidade e objeto) ou como grande ramo da ciência jurídica, a diferenciar-se do direito público (*distinctio*) (*Introduzione allo studio del diritto privato*, p. 1). Apesar de ciente da diluição das diferenças entre os papéis do público e do privado, aceito inicialmente ambas as acepções, e afirmaria para iniciar que direito privado é aquele que regula as relações jurídicas entre particulares (seu principal objeto), relações jurídicas em que nenhum dos sujeitos (*teoria dos sujeitos*) ou das partes (mesmo se estatal) atua revestida de poder estatal (*imperium*), aquele cuja finalidade predominante (não exclusiva) é a salvaguarda dos interesses individuais (sua principal função), e cujas normas – antigamente disponíveis – visam regular diretamente as relações e situações jurídicas privadas.

Efetivamente, o direito privado é o grande ramo do direito preocupado com o fator *liberdade*, pois nascido da liberdade natural do indivíduo, a qual origina a própria sociedade e as demais instituições jurídico-políticas.

Note-se que, segundo a filosofia que dá base à Revolução Francesa, o próprio Estado é fruto de um “contrato social” (Rousseau) ou pacto social da vontade livre de todos os cidadãos, e até o próprio *poder estatal* é fruto da parcela de liberdade individual

de que o homem livre, para viver em sociedade, abre mão e transfere para o Estado, ou sociedade politicamente organizada, que devolve esta “liberdade” em forma de leis – vontade de todos –, de segurança e ordem, nas instituições modernas ou nos três poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário (MARQUES, *Contratos*, p. 55-60).

Já o fator *igualdade* tem sua origem – e força de imperativo categórico – no direito público e no direito natural (MARQUES, *Contratos*, p. 56 e ss.). Sua positivação, em especial, vem do direito público, do direito internacional e do direito constitucional. Se a *igualdade* pode-se dizer natural do “humano”, a verdade é que, na experiência histórica, a sociedade (e seu direito) sempre dificultou esta igualdade. No máximo, o direito privado antes do século XX conseguia realizá-la formalmente (no abstrato, no formal da lei), mas não – como hoje exigimos – materialmente (na ação social ou na prática), e realizava o mandamento de igualdade apenas para alguns grupos (*cives*), privilegiava outros (os comerciantes, os falidos, os maridos chefes de família etc.), deixando a maioria dos outros excluídos desta igualdade (mulheres, filhos menores, escravos, *peregrini* e, mais recentemente, serviçais, trabalhadores, consumidores etc.). O direito privado clássico preocupava-se pouco com a justiça distributiva e protetiva, estava mais interessado na igualdade e na liberdade dos indivíduos para alcançar a justiça comutativa.

Se a igualdade natural dos homens já vinha mencionada como base da liberdade e da independência no *Bill of Rights* de Virgínia (1776), foi a revolucionária Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França, que afirmou pela primeira vez que os homens nascem e são livres e iguais em direitos e que as distinções sociais somente podem ter fundamento na utilidade comum (Luís Renato Ferreira da SILVA, O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 8, p. 147). Helmut COING ensina que na procura do justo, desde Aristóteles, com a contribuição da filosofia escolástica e dos pensadores da filosofia estatal moderna, três são os tipos de Justiça: *iustitia commutativa*, *iustitia distributiva* e *iustitia protectiva* (*Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 215-223).

Assim, concluiu-se que, para realizar a igualdade, como ideal do justo, o direito privado necessitava de um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (normas de ordem pública) e da força igualizadora dos direitos humanos. Em outras palavras, para realizar a igualdade material era necessário limitar também a liberdade de alguns, impor uma maior solidariedade no mercado (*favor debilis*) e assegurar direitos imperativos (indisponíveis por vontade das partes, direitos de ordem pública) aos mais fracos. Era necessário valorizar as desigualdades, as diferenças de poder, de informação, de especialização e de posição entre os sujeitos livres do mercado de consumo, e aplicar normas e princípios, como a boa-fé e a função social da propriedade e dos contratos, que ajudassem a reequilibrar com equidade as situações diferenciadas, como as de consumo.

Ensina BERTHIAU, em sua magnífica obra sobre o princípio da igualdade e o direito civil dos contratos, que há uma ambiguidade original entre as expressões e/ou noções modernas de igualdade e de equidade (*Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, p. 3 e

ss.). A estrutura moderna da noção de *igualdade* advém do latim *aequalitas* (igualdade, supondo a comparação com outro objeto), derivada por sua vez da expressão *aequalis* (igual) e de *aetis*. A partir das evoluções linguísticas na Idade Média estas expressões perderam, em francês e português, a partícula “qua” (*égalité-égalité-égal, equalidade-igualdade-igual*). A evolução da expressão *equidade* é semelhante, do latim *aequitas* (também *aetis*), que significava, segundo pesquisas de Berthiau, justamente *igualdade* e, mais precisamente, “igualdade de alma, equilíbrio, calma” (*égalité d’âme, calme, équilibre*), era derivada por sua vez justamente da expressão *aequus* (igual-adjetivo). Esta proximidade etimológica, e a distinção (*distintio*) de níveis de pensamento, levam à conclusão de que tratar igualmente os iguais, tratar desigualmente os desiguais e tratá-los com “equilíbrio e calma” é mais do que o princípio da igualdade, é equidade, uma solução justa para o caso concreto!

Em outras palavras, igualdade supõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso, como na relação entre o leigo e o profissional, o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços. A igualdade só pode ser abordada sob o ponto de vista de uma comparação. Eis aqui o desafio maior do direito privado brasileiro atual, em face da unificação do regime das obrigações civis e comerciais no Código Civil de 2002 e em face do mandamento constitucional de discriminar positivamente e tutelar de forma especial os direitos dos consumidores (art. 5.º, XXXII, da CF/1988), também em suas relações civis. A igualdade perante a lei e a igualdade na lei só podem realizar-se hoje, no direito privado brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor, e se for efetivo um direito tutelar do consumidor, daí a importância desta nova visão tripartite do direito privado, que é centrada na dignidade da pessoa humana e na ideia de proteção do vulnerável, o consumidor.

Efetivamente, a base de todo o ordenamento é a dignidade da pessoa humana (*Würde des Menschen*—Hans Carl NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht – Eine Universitätsrede, Festschrift für Erich Molitor*, p. 17), e o ponto central do sistema de valores deve ser a pessoa, quanto mais no direito privado, onde a pessoa digna deve ser não só pessoa livre, mas, acima de tudo, pessoa igual formal e materialmente. Também Giorgio OPPO afirma que a positivação progressiva dos direitos humanos nos ordenamentos nacionais leva a pessoa humana a alcançar uma nova centralidade na ordem jurídica, com claros efeitos no direito privado, daí preferir a expressão pessoa a sujeito de direitos (*Declino del soggetto e ascesa della persona, Rivista di Diritto Civile* 6, p. 835). Já NIPPERDEY (op. cit., p. 37), ao analisar a Lei Fundamental de Bonn de 1949, afirmava a necessidade de proteger esta dignidade da pessoa humana através do direito privado, impregnado deste valor constitucional, que se consubstancia em direito fundamental também positivado na Constituição Federal de 1988 (arts. 1.º, III, 3.º e 5.º, I, da CF/1988). Como ensina o Superior Tribunal de Justiça, a lei é aquela que liberta e assegura a igualdade do mais fraco: “É já cediça a compreensão, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, de que a única maneira de se otimizar a realização do princípio da igualdade é mediante o reconhecimento de que, em algumas situações, os sujeitos de uma relação jurídica não se encontram em posição similar. Nesses casos, em que as circunstâncias de fato provocam um desequilíbrio, tratar esses sujeitos de maneira objetivamente igual não basta para a plena realização do princípio da isonomia. É necessário reequilibrar os polos da relação, estabelecendo regras excepcionais que tutelem a parte mais frágil. Promove-se, com isso – sempre nos termos estritos da lei –, a igualdade substancial

entre as partes, em detrimento da mera igualdade formal – que, em última análise, é apenas uma roupagem diferente para o arbítrio” (REsp 691.738-SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.05.2005, DJ 26.09.2005 – voto, p. 7).

Em resumo, a máxima *favor debilis* foi o início desta evolução em direção à identificação de grupos de sujeitos de direito ou pessoas consideradas e presumidas como vulneráveis (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, p. 15 e ss.), incluindo nestes os consumidores, que receberam normas especiais, assegurando direitos de ordem pública, logo indisponíveis (veja art. 1.º do CDC), em face do interesse social naquela relação privada.

4. A relativização dos antigos dogmas do direito civil e comercial em face das mudanças sociais e econômicas no mercado: uma introdução socioeconômica

Como vimos, o princípio de proteção do consumidor é uma forma de relativização dos antigos dogmas do direito civil e comercial. Os juristas sempre realizaram a relativização de dogmas, como a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos, os poderes da propriedade, a sujeição do devedor à obrigação, através da interpretação sistemática (hoje, constitucional), de uma interpretação integrativa, em especial identificando lacunas no ordenamento jurídico ou no negócio, a permitir o uso da analogia, princípios gerais do direito (a exemplo do art. 4.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) e mesmo da equidade, assim como através da autorização para uma aplicação mais flexível e sistemática dada pela inclusão de cláusulas gerais no ordenamento jurídico. É assim que muitas das ideias suavizadoras dos rigores destes dogmas do direito dos contratos e das obrigações, *favor debilis*, interpretação *contra stipulatorem* ou a favor das vítimas, nasceram junto com as noções de boa-fé, de bons costumes, de proteção da confiança legítima, junto com os princípios de equilíbrio, transparência, segurança, dignidade da pessoa humana etc. (veja detalhes sobre esta relativização e a nova teoria contratual daí oriunda, em MARQUES, *Contratos*, p. 49-300).

Aqui desejo fazer uma introdução mais socioeconômica do que jurídica e frisar que foram as mudanças sociais e econômicas nos mercados de produção, distribuição e de consumo que, por sua força e importância, levaram à regulação especial do consumo, com a relativização destes antigos dogmas do direito civil e comercial nas novas normas, dentre elas o CDC.

Diante das minhas limitações, quero destacar apenas dois pontos: a) o desejo de consumo individual e a falácia do consumidor como “rei” do mercado; b) a massificação da produção, da distribuição e do consumo e os reflexos na posição de vulnerabilidade do consumidor, reflexos individuais e coletivos, assim como oriundos da desmaterialização do consumo, e da contratação massificada, em face do novo valor econômico dos serviços, inclusive dos serviços ex-públicos.

a) *O desejo de consumo individual e a falácia do consumidor como “rei” do mercado*

A sociologia do direito estuda os desejos de consumo dos indivíduos. O primeiro sociólogo alemão moderno, Georg SIMMEL, afirmava que o ser humano é um

ser dualístico por essência, o que faz com que suas ações sejam direcionadas por estes impulsos (*Trieb*) antagônicos e plurais, de integração social, que denominava “*Sozialismus*”, e de satisfação pessoal, que denominava “*Individualismus*”. Em outras palavras, o “indivíduo pode possuir uma identidade própria apartada do social” e a economia, ou o contexto social, pode objetivar-se em uma representação apartada do próprio indivíduo (*Philosophie der Mode—Gesamtausgabe*, t. X, p. 9 e ss.). A lição aqui é que o próprio indivíduo (*in-divi-duo*, aquele que não pode ser dividido em dois) é fragmentado, plural, com impulsos fluidos e contraditórios, e é uma ilusão manter de forma absoluta uma visão unitária da ação social ou da vontade deste consumidor.

Outro olhar sociológico possível, hoje muito na moda na análise econômica do direito (*Law and Economics*), é ver este indivíduo no sistema ou por sua função. É a teoria funcionalista e estruturalista de Parsons, a qual parece bem explicar o sistema social e a ação individual, tão importante para o novo direito privado (veja Getraude MIKL-HORKE, *Soziologie*, p. 211 e ss.). Esta visão destaca não apenas os sujeitos de direito, mas seus *papéis* (é a mudança de *status* conforme a pessoa física leiga esteja frente a outra pessoa física leiga, em relação meramente civil, ou frente a uma pessoa física profissional, fornecedor, em uma relação de consumo etc.) na interação social da vida privada. Trata-se talvez da mais importante teoria da sociologia norte-americana, mas os “*pattern variables*” de Parsons são categorias orientadas por valores e motivações, que muitas vezes se reduzem à economia, uma noção de sistema orgânico, pessoal, social e cultural nem sempre valorativo. As quatro funções da teoria de Parsons do sistema social, ou seja, a adaptação (*adaptation*), a manutenção da estrutura (*latency-pattern maintenance*), a consecução do fim (*goal-attainment*) e a integração (*integration*), vistas como instrumentos ou como finalidade, ou como sistema interno ou externo da ação social, podem ser úteis a uma análise do direito privado atual e da atuação dos consumidores neste sistema social. Note-se que a atual sociologia americana parece preferir agora os estudos sobre “*behavioral sociology*”, para explicar os processos de trocas na sociedade e o próprio desejo de consumo.

Na noção básica da visão de Adam Smith, e daí em toda a economia moderna, seria possível uma visão econômica do homem (o *homo economicus*). A economia criou também a figura ilusória de que este ser livre e racional, que seria o consumidor, ao realizar seus desejos no mercado, seria ele, consumidor, o “rei” do mercado, aquele cuja vontade decidiria soberanamente a compra ou a recusa de compra de um produto (Reiner MANSTETTEN, *Das Menschenbild der Ökonomie—Der Homo Economicus und die Anthropologie von Adam Smith*, p. 268 e ss.). No Brasil, a tendência é também radicalizar esta visão econômica do homem, como sujeito de mercado livre, sem sequer considerar o *marketing*, os efeitos da publicidade e da moda, dos métodos agressivos e sentimentais de comercialização e de contratação, e chega-se mesmo a usar ainda esta expressão, que não deixa de ser uma falácia, de “rei do mercado” para os consumidores.

A verdade está com o sociólogo francês, Alain TOURRAINE, que afirma que na sociedade contemporânea, com o poder das mídias e do *marketing*, com uma visão mais formal de igualdade, uma visão perfeita de *homo politicus* (princi-

palmente dos pensadores franceses e norte-americanos) e de *homo economicus* (principalmente dos pensadores ingleses), a sociedade de consumo atual produziu indivíduos semelhantes, mas desiguais. Afirma Tourraine que este modelo político e intelectual neutro e ilusório se desfez, no final do século XX, com a massificação das relações de consumo e com a globalização, tendo sido levado a uma ruína rápida e completa, que mudou a política, a economia e a sociedade no século XXI (*Igualdade e diversidade – O sujeito democrático*, p. 108 e ss.). Se no século XX, tivemos a prevalência do *homo faber*, na famosa expressão de Hannah Arendt (Arendt, p.147), para designar o homem contemporâneo como aquele que faz, fabrica, produz, um homem de *vita activa* (não contemplativa, como na Idade Média), um *animal laborans*: o homem trabalhador, seja como capitalista ou trabalhador; agora temos o *homo economicus et culturalis* do século XXI. Este é um consumidor, um agente econômico ativo no mercado e na sociedade de consumo (de crédito e de endividamento), e ao mesmo tempo *persona* com identidade cultural específica e diferenciada. Um sujeito mais ciente de seus direitos e de seu papel na sociedade. Assim que Zygmunt Baumann destaca a importância social do papel de consumidor frente aos fornecedores, como constitutivo da condição humana da virada do século XX para XXI, substituindo os conflitos entre capitalistas e trabalhadores que pontuaram a política do século XIX e XX (Baumann, Trabajo, p. 10 e ss.).

O sociólogo alemão Peter ZIMA, em sua teoria do sujeito, relembra que a visão do sujeito, de pessoa ou ser humano mudou muito da modernidade até os dias de hoje (segundo ele, estaríamos na pós-modernidade: *Theorie des Subjekts – Subjektivität und Identität zwischen Moderne und Postmoderne*, p. 86 e ss.). Aceite-se ou não esta teoria, efetivamente conhecemos hoje o sujeito individual e coletivo (mesmo no direito privado), conhecemos o sujeito natural e artificial-jurídico (o que permite uma volta às ficções jurídicas e facilita a desconsideração da personalidade das pessoas jurídicas, como no art. 28 do CDC e no art. 50 do CC/2002), mas conhecemos também o sujeito dividido, fluido, descentrado. Aquele que era considerado o centro, o “rei” do mercado, perdeu a centralidade, desconstruíram e manipularam sua vontade (ou desejos), sua liberdade de consumo é mera ilusão, este consumidor ideal tornou-se mero símbolo, a ser usado como metáfora de linguagem, no imaginário e no jogo coletivo e paradoxal do mercado de consumo e de *marketing* globalizado dos dias de hoje.

Mister destacar que o atual discurso do sujeito, na economia e na sociologia, é cheio de subjetividades, destaca falsas individualidades e identidades culturais, regionais e globais (basta pensar no *marketing* individualizado e regionalizado), e acabou por esclarecer que o (in)diví(duo), aquele que não era divisível na modernidade, se dividiu (*Laing-divided self* ou *Vattimo-soggetto scisso*), aquele que era o centro, o “rei” (*l’homme n’est pas ici maître chez lui*), perdeu a centralidade (*Lacan-sujet décentré*), tornou-se mero símbolo, a ser usado como metáfora de linguagem, imaginário, no jogo do mercado, foi desconstruído (*“das dezentrierte subjekt als Unterworfenes und Zerfallendes – ZIMA, Theorie des Subjekts*, p. 216-276).

b) *A massificação da produção, da distribuição e do consumo e os reflexos na posição de vulnerabilidade do consumidor*

A atual função social do direito privado é a proteção da pessoa em face dos desafios da sociedade massificada, globalizada e informatizada atual. Se as relações de consumo têm funções econômicas, têm funções particulares de circulação das riquezas, a função social deve necessariamente envolver o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana, nos seus vários papéis ou *status*, inclusive de consumidor na sociedade de consumo atual. Essa função só pode ser perseguida com uma nova visão e interpretação do direito privado, especialmente valorizando as diferenças materiais e formais nos poderes e liberdades das pessoas, procurando a igualdade, a liberdade com fraternidade (os ideais da modernidade), consciente do desafio do direito contemporâneo de não excluir as pessoas dos mercados, mas, ao contrário, incluindo-as com igualdade e fraternidade e protegendo-as, com liberdade, nestes contextos sociais atuais. O reconhecimento do papel do consumidor na sociedade (art. 5.º, XXXII, da CF/1988) e a necessidade de sua proteção no mercado (art. 170, V, da CF/1988) são elementos inerentes deste novo direito privado.

Entender, porém, como este direito privado foi construído pressupõe valorar as mudanças na forma de produção, distribuição, comercialização e consumo que ocorreram nas três revoluções industriais. A primeira revolução (do carvão e do aço) massificou a forma de produção, industrializou e despessoalizou esta produção em grandes quantidades e para um número indeterminado de consumidores, mas trouxe também novas formas de energia que levaram à evolução do transporte e daí à distribuição dos bens de consumo. A figura do intermediário entre o fabricante e o comprador apareceu fortemente na segunda revolução industrial, também identificada com a fase econômica do taylorismo e do fordismo: evoluiu a forma de produzir e de distribuir em massa e modificaram-se os hábitos dos consumidores, novo nome dado aos trabalhadores, que agora, melhor pagos, “consumiam” o que produziam. A terceira revolução industrial é representada pela informatização e globalização da economia.

Assim, podemos fazer uma analogia: a primeira cisão ou fratura do direito, no início da modernidade, foi justamente esta sua incapacidade de dar respostas à *questão social* no direito privado, o conflito capitalista-trabalhador, que acabou dando vazão a mudanças profundas na legislação civil e deu azo ao aparecimento da legislação trabalhista e previdenciária. Mas a questão social aprofundou-se com a segunda revolução industrial, assim como os conflitos entre fortes e fracos, em especial com a massificação das contratações (agora realizadas por contratos de adesão e condições gerais contratuais), conflitos entre o detentor de informações sobre o produto e o serviço e o leigo-consumidor, criados por esta distância entre fabricante e consumidor, pela despessoalização e massificação dos contratos (MARQUES, *Contratos*, p. 163 e ss.). No direito privado, a vulnerabilidade informacional, fática, técnica e jurídica daí resultante levou o direito privado a evoluir e a tratar diferentemente estes mais fracos, quando contratam massificadamente (veja arts. 422 e 423 do CC/2002) ou quando se encontram em posição de vulnerabilidade estatutária, como os consumidores (veja art. 2.º c/c art. 51 do CDC), impondo, em especial, um

princípio de repersonalização das relações e de valoração da conduta da parte forte, que é o princípio da boa-fé objetiva.

A terceira revolução industrial e a globalização da economia criaram uma nova e segunda cisão ou fratura, com a atual incapacidade de dar respostas à *questão cultural* e de confiança dos indivíduos nas próprias respostas do direito e das instituições criadas pela Revolução Francesa. Seria uma crise de legitimação ou de confiança, que aumenta ainda mais a posição de vulnerabilidade do consumidor, agora que a produção despessoalizou-se totalmente e desterritorializou-se, tornando-se mundial, que as marcas, o *marketing* e os mercados não conhecem mais fronteiras, onde os limites do público e do privado, do trabalho e do lazer foram quebrados pelo meio virtual, 24 horas no ar, em qualquer lugar, e mesmo na mobilidade dos celulares é possível comprar, enviar mensagens e responder *e-mails*, o mundo virtual modificou os hábitos de consumo, mudou o tempo do consumo, agilizou as informações e expandiu as possibilidades de publicidade, agravando os conflitos de consumo e a própria vulnerabilidade informacional, técnica, fática e jurídica do consumidor. Aqui é necessário impor um parâmetro mais visual, típico de nossa época, o princípio da proteção da confiança legítima, a *fides*, que já não mais valora a conduta das partes, mas sim o resultado prático, abusivo ou não, que se observa no mundo do direito. A distribuição volta a ser direta e se mantém a distribuição indireta, agora organizada em grandes *shopping centers* de consumo e em redes de distribuição e de união de fabricantes, produtores e comerciantes da mesma marca (franquias de produtos e de serviços). Os fazeres valorizam-se, inclusive os serviços ex-públicos, em uma desmaterialização da “produção”, da “distribuição” de produtos imateriais, dos vícios dos “produtos imateriais” ou anexos aos serviços, do próprio contrato, cada vez mais uma conduta social típica (como subir em um ônibus) ou um simples *click*, no comércio eletrônico, a criar novos desafios para a dogmática jurídica.

Somente conscientes da extrema massificação da produção, da distribuição (incluindo a massificação dos contratos) e do consumo em geral que estamos vivendo no momento atual da terceira revolução industrial, com sua globalização (também chamado de fenômeno da mundialização ou aproximação dos mercados e sociedade de consumo), é que poderemos entender como estas mudanças da economia e da sociedade aumentaram exponencialmente a vulnerabilidade dos consumidores e levaram o direito a preocupar-se de forma tão profunda com sua tutela especial, criando um novo direito do consumidor. Em resumo, foram as mudanças profundas em nossa sociedade de informação que exigiram um direito privado novo, a incluir regras especiais de proteção dos consumidores, os novos agentes econômicos prioritários deste mundo do “consumo” e de “mercados globalizados”.

5. O direito do consumidor como disciplina nas faculdades de direito: a luta pela autonomia e obrigatoriedade

O direito do consumidor é um ramo de direito interno de cada país que visa proteger com normas de ordem pública e interesse social um sujeito de direitos,

o consumidor, considerado mais fraco nas suas relações de direito privado. Estas relações são entre o consumidor e um sujeito de direitos, considerado mais forte, o fornecedor de produtos e serviços, que é um profissional, comerciantes, empresário ou profissional liberal. Esta proteção ao consumidor, que tem origem constitucional – e na Constituição brasileira de 1988 recebeu grau de direito fundamental –, pode ser individual ou coletiva, através de normas de direito privado ou de direito público.

Muitos consideram o direito do consumidor como direito comercial ou ramo do direito econômico; alguns propugnam sua autonomia em relação mesmo ao direito civil. Observe-se que a Alemanha optou por recodificar e incluir o direito do consumidor dentro do direito civil geral e de seu famoso Código Civil/BGB. A reforma de 2000 e 2001 incluiu a figura do consumidor (novo § 13.º) e do empresário (novo § 14.º) no Código Civil alemão de 1896. O Brasil optou constitucionalmente por ter um código tutelar dos consumidores, o CDC, um microsistema a regular apenas as relações de consumo entre um fornecedor e um consumidor, e um Código Civil geral, que inclui agora as regras sobre obrigações civis e mercantis (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*, p. 60). Como vimos aqui, a influência do mandamento constitucional, que impôs este valor ao novo direito privado brasileiro, é decisiva, e por isso a escola do Rio de Janeiro estuda o direito do consumidor como espécie do direito civil-constitucional (Gustavo TEPEDINO (coord.), *Direito civil-constitucional*, p. 11 e ss.). Este livro o considera como integrante do novo direito privado, de forma autônoma em relação ao direito civil e empresarial. RIZZATTO NUNES considera-o ramo autônomo, mas do direito misto, público e privado, que denomina direito difuso, a destacar o aspecto coletivo destes direitos e a fazer analogia com o direito ambiental (*Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 148-149).

A maioria das universidades no Brasil conhece hoje a disciplina “Direito do Consumidor” como disciplina opcional do direito civil, comercial ou econômico. Em minha universidade, a UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), foi criada como disciplina opcional, somente após 1997 e com o título de “Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais”, no Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito. Isto porque a Faculdade não o considerava um ramo autônomo frente ao direito civil, e apenas sua origem constitucional (logo, interdisciplinar) permitiu a criação da disciplina. Na UFRGS, o conteúdo da disciplina, a matéria em si, isto é, as regras de proteção do consumidor no direito civil, direito comercial, direito administrativo, direito penal e processo civil e penal, presentes no CDC, porém, já eram passadas aos alunos desde a entrada em vigor deste, em março de 1991. Somente no final de 2007 e por sugestão dos alunos, a disciplina passou a ser obrigatória, mas com um componente internacional, de forma a assegurar sua autonomia: Direito do Consumidor Nacional e Internacional.

As dificuldades deste ramo em se estabelecer como disciplina nova, em nossos currículos, foram de três ordens: 1) a dificuldade de identificar quem é o consumidor a proteger; 2) a de definir se seria este um ramo do direito concentrado nas relações de consumo, práticas comerciais e contratos entre consumidor e fornecedor, vícios e defeitos dos produtos e serviços, no objeto destas relações ou se é um ramo tutelar voltado para a defesa e proteção do consumidor, como pessoa, como agente econômico, voltado para a proteção do sujeito de direitos que está neste papel social e econômico ou ocupando esta

“posição” jurídica de consumidor; e 3) como seria este ramo autônomo em relação do direito comercial e ao direito civil em temas como ofertas, práticas comerciais, contratos, vícios e acidentes de consumo. É mais uma preocupação sistemática: como explicar que um ramo do direito privado possua regras de direito administrativo (por exemplo, como as que regulam as mediações nos Procons), de direito penal (como as que regulam a responsabilidade das empresas fornecedoras por publicidade enganosa ou práticas comerciais criminosas que lesam a economia popular), de processo civil (a inversão do ônus da prova sobre o defeito do produto que explode e fere os consumidores) e de processo penal (sobre a graduação da pena do direito de uma empresa condenada por um crime de consumo), todas reunidas em um Código que tem 54 normas de direito privado (arts. 1.º a 54 do CDC) e 64 normas de direito público (arts. 55 a 119).

Em outras palavras, as dificuldades foram de determinar o *objeto* da disciplina, as características do direito do consumidor na enciclopédia do direito ou nos ramos do direito, se seria entendido como direito privado ou público, se seria ministrado para alunos iniciantes ou quando já tivessem concluído seus estudos de direito das obrigações e direito comercial pelo menos, se esta seria uma matéria ou disciplina obrigatória, ou, como é transversal, deveria ser uma disciplina opcional, uma vez que é ramo que poderia não interessar a todos...

E assim por diante, muitas dúvidas apareceram. Hoje essas dúvidas estão razoavelmente resolvidas e muitos dos capítulos que se seguem tratarão especificamente dessas dúvidas. Sendo assim, cabe agora brevemente examinar o que é o direito do consumidor e seu lugar na enciclopédia das disciplinas jurídicas. Mister afirmar que, se nem todos consideram o direito do consumidor como ramo autônomo do direito, todos concordam em que – em face ao mandamento claro da Constituição – o centro deste conjunto de normas é o consumidor, considerado como o sujeito de direitos neste papel social e econômico de consumir, de retirar do mercado o produto ou serviço.

Se perguntássemos o que é o direito do consumidor, a resposta mais simples seria aquela que apontasse para o ramo do direito (ou conjunto de normas, princípios e costumes) voltado para a proteção deste sujeito presumidamente vulnerável, o consumidor. Como vimos antes, foi a Constituição de 1988, em seus arts. 5.º, XXXII, e 170, que mandou proteger de forma especial este sujeito de direitos. Em especial, foi o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que determinou elaborar uma lei tutelar exatamente em forma de Código de Defesa do Consumidor.

Código é um todo construído, conjunto de normas sistematizado por uma ideia básica, aqui a de proteção deste sujeito especial. Poderia ter sido um estatuto, como o Estatuto da Criança e do Adolescente ou do Idoso. Estatuto é uma lista de direitos e de deveres deste sujeito, não um conjunto sistemático como um código. Aqui a ideia básica é reunir neste microssistema tutelar todas as normas que ajudem a proteger este sujeito, sejam elas de direito civil (sobre oferta, publicidade, contratos, práticas comerciais, responsabilidade civil e as definições dos arts. 1.º a 54 do CDC), sejam de direito administrativo (sobre o sistema nacional de proteção dos consumidores, o DPDC, os Procons, as multas e sanções, dos arts. 55 a 60 e 105 a 107 do CDC), sejam de direito penal (para combater os crimes de consumo e impor penas espe-

ciais, arts. 57 a 80), sejam processuais (a inversão do ônus da prova, o foro especial para o consumidor, as ações individuais e coletivas e outras dos arts. 81 a 104) e as disposições finais intertemporais (arts. 109 a 119 do CDC).

Em outras palavras, foi a Constituição Federal de 1988 que orientou esta concentração no sujeito consumidor. E mais, assegurou a esta proteção distintiva dos outros particulares, civis e comerciantes, uma hierarquia de cláusula pétrea, pois inclui na lista de direitos fundamentais o inciso XXXII do art. 5.º da CF/1988. Em virtude desta origem constitucional, desta interdisciplinaridade e multidisciplinaridade intrínseca imposta pelo mandato da Constituição, muitos preferem ver o direito do consumidor como um terceiro gênero, nem direito privado, nem direito público, a exemplo do direito ambiental, um novo direito que desafia a divisão tradicional da enciclopédia jurídica (RIZZATTO NUNES, *Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 149).

É sem dúvida uma opinião possível e defensável, mas eu particularmente acredito que, em uma análise mais complexa, podemos chegar à conclusão de que o direito do consumidor é, no Brasil, um ramo do direito privado, ao lado do direito civil e comercial (hoje, após a unificação das obrigações civis e comerciais no Código Civil de 2002, denominado de direito da empresa). Teríamos assim, como afirmamos anteriormente, um novo direito privado brasileiro, determinado pela Constituição, como tripartite, formado pelo direito civil, pelo direito da empresa e pelo direito do consumidor.

Assim, o direito do consumidor seria parte do direito privado não porque suas normas sejam todas de direito privado – ao contrário, como comprova o Código de Defesa do Consumidor, muitas de suas normas tutelares (a maioria) são de natureza pública, são de direito penal, administrativo e processual, especialmente o coletivo (arts. 55 a 119 do CDC), mas de direito privado, sim, porque o seu objeto de tutela é o consumidor como pessoa privada, como agente privado diferenciado, vulnerável, e nas suas relações (privadas) frente a fornecedores (que podem ser entes privados ou públicos, nacionais ou estrangeiros, como afirma o art. 3.º do CDC).

Direito privado, como vimos, é aquele que regula as relações jurídicas entre particulares (este é seu principal *objeto*), relações jurídicas em que nenhum dos sujeitos ou das partes atua revestido de poder estatal (*imperium*), é aquele cuja finalidade predominante (não exclusiva) é a salvaguarda dos interesses individuais. Hoje o direito privado também tem função social, suas normas visam *regular diretamente* as relações e situações jurídicas privadas.

Assim, o direito do consumidor seria a parte mais social e imperativa deste novo direito privado, mas ainda assim é direito privado. As normas que compõem este direito tutelar muitas delas são de direito privado, mas nenhuma é disponível, como afirma claramente o art. 1.º do CDC. Todas as suas normas são de ordem pública (logo, indisponíveis à vontade das partes, mesmo por contrato). Todas são de interesse social, como especifica o art. 1.º do CDC. Antes dos ensinamentos de Otto von Gierke, acreditávamos que as normas de direito privado deviam ser as que regulavam interesses individuais, mas este grande autor alemão comprovou que o direito privado de hoje (pense-se nas cláusulas gerais do Código Civil de 2002, na função social dos contratos

civis e empresarias, na função social da propriedade, na proteção da confiança legítima dos outros, nos bons costumes etc.), sim, tem uma função social, não regula só interesses individuais e disponíveis. Assim, todas as normas que compõem este microsistema protetivo do consumidor, que é o CDC, são de ordem pública e interesse social.

Sendo assim, a interdisciplinaridade vem da função tutelar deste direito, que, para proteger um sujeito privado, em suas relações de natureza privada com fornecedores de produtos e serviços no mercado (privado), acaba por reunir num só Código normas de várias disciplinas irmãs.

Explico: o direito civil é direito privado, mesmo se de um acidente entre dois vizinhos puder nascer uma responsabilidade de direito penal – poderemos necessitar usar normas de direito processual civil e penal, todos direitos públicos. Explico: o direito da empresa é direito privado, mas se ela fornece seus produtos-fim para o Estado, em licitação, instituições de direito administrativo serão necessárias.

Em outras palavras, a proteção do consumidor pode se fazer através de normas de direito público (de direito administrativo, de direito penal, de direito processual civil e penal), e é por isso que o CDC, como sistema de proteção do sujeito, inclui estas normas, mas o ramo do direito chamado de direito do consumidor, como sistema especial e autônomo, mas pela teoria dos sujeitos, tão importante nos dias de hoje, é parte do direito privado. Concluindo, como tenho defendido, parece-me que, desde 1988, temos no Brasil um novo direito privado *tripartite*, composto pelo direito civil, pelo antigo direito comercial (hoje direito da empresa) e pelo novo direito do consumidor, que neste manual apresentaremos. O ideal seria que esta disciplina, por sua importância e complexidade, fosse uma disciplina autônoma e obrigatória.

QUADRO SINÓTICO

Direito do consumidor → é um ramo novo do direito, disciplina *transversal* entre o direito privado e o direito público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor.

INTRODUÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR	{	Sistemática: valores constitucionais Dogmático-filosófica: proteção dos mais fracos Socioeconômica: sociedade de consumo massificada
--	---	--

INTRODUÇÃO SISTEMÁTICA	{	Importância do mandamento constitucional Força normativa da Constituição: direito privado solidário
---------------------------	---	--

INTRODUÇÃO DOGMÁTICO-FILOSÓFICA	{	<i>Favor debilis</i> Igualdade material
------------------------------------	---	--

INTRODUÇÃO SOCIOECONÔMICA	{	A falácia do consumidor como “rei” do mercado Massificação da produção: vulnerabilidade do consumidor
------------------------------	---	--

DIREITO PRIVADO {
 Direito civil
 Direito da empresa
 Direito do consumidor

Importância do direito do consumidor → disciplina autônoma e obrigatória nas faculdades

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp: Frankfurt, 1996; BACCIO, Andreza Cristina. *Direito do consumidor brasileiro e teoria da confiança*. São Paulo: Ed. RT, 2012; BAUMANN, Zygmunt. *Consuming life*. Cambridge: Polity, 2007; BERTHIAU, Denis. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*. Paris: LGDJ, 1999; BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009; BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor – Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990; BUCKEL, Sonja; CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas. *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: UTB, 2006; CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, p. 39 e ss., jul.-set. 2001; CAVALIERI, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008; COING, Helmut. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 4. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1985; COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976; CRETELLA, J.; DOTTI, René Ariel (coord.). *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992; CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção*. São Paulo: Ed. RT, 2008; DÜRIG, Günther. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. In: MAUNZ, Theodor (Hrsg.). *Festschrift für Hans Nawiasky*. Munique, 1956; FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil – A luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; FERROZA, Maria Luiza de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007; GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2007; GIERKE, Otto von. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889). Republicação organizada por Erik Wolf. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1940; GOMES, Orlando. *A Constituição e seus reflexos no direito das obrigações. Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983; GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde*. São Paulo: Ed. RT, 2007; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007; HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991; HIPPEL, Eike von. *Der Schutz des Schwächeren*. Tübingen: Mohr, 1982; HÖFFE, Otfried (org.). *Lexikon der Ethik*. Munique: Beck, 1986; IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del diritto privato*. Padova: Cedam, 1990; LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito social*. São Paulo: Método/FGV, 2006; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003; _____. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1998; _____. *Teoria da decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010; _____. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Defensa del consumidor – Ley 24.440*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1994; MAIA, Daniela. Princípios constitucionais do direito do consumidor. In: MESSIAS PEIXINHO, Manoel et al. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 409-415. MANSTETTEN, Reiner. *Das Menschenbild der Ökonomie – Der Homo Economicus und die Anthropologie von Adan Smith*. Freiburg: Karl Alber, 2004; MARQUES,

Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011; _____ et al. *Saúde e responsabilidade: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Ed. RT, 2008; _____; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009; _____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor – Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Ed. RT, 2004; _____ (org.). *A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Ed. RT, 2007; _____. ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto A. Castellanos (coord.). *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos – ADIn 2.591*. São Paulo: Ed. RT, 2006; _____. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012; _____. MIRAGEM, Bruno. *Doutrinas essenciais – Direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*. São Paulo: Ed. RT, 2008; MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. *RT-Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, IBDC, ano 7, n. 27, abr.-jun. 1999, p. 33 e ss.; _____. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: exclusão de sócio da União Brasileira de Compositores. *Ajuris*, v. 32, n. 100, 2005, p. 140-151; MIKL-HORKE, Getraude. *Soziologie*. 5. ed. Munique: OldenbourgVerlag, 2001; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012; _____. Direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 111-133; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – Novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; NEVES, Tancredo de Almeida. Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 77, jan.-mar. 2011, p. 47-49; NIPPERDEY, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht – Eine Universitätsrede. In: _____ (org.). *Festschrift für Erich Molitor*. Munique: Beck, 1962. p. 17 e ss.; NISHIYAMA, Adolfo M. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; OPPO, Giorgio. Declino dei soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile* 6, ano XLVI, 2002, p. 829 e ss.; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao CDC*. São Paulo: Saraiva, 2000; _____. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; RÖSLER, Hannes. *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*. Munique: Beck, 2004; SARLET, Ingo W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica – Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: EF, 2004. p. 85-125; SCHWABE, Jürgen. Bundesverfassungsgericht und “Drittwirkung” der Grundrecht. *Archiv des öffentlichen Rechts*, n. 100, 1975, p. 443 e ss.; SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 8, p. 147 e ss., 1993; SIMMEL, Georg. *Philosophie der Mode – Gesamtausgabe*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995. t. 10; SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2007; SOMBRA, Thiago Luis Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011; RÊGO, Lúcia. *A tutela administrativa do consumidor: regulamentação estadual*. São Paulo: Ed. RT, 2007; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; _____ (coord.). *Direito civil contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008; TOURRAINE, Alain. *Igualdade e diversidade – O sujeito democrático*. Trad. Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998; VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; ZIMA, Peter V. *Theorie des Subjekts – Subjektivität und Identität zwischen Moderne und Postmoderne*. Tübingen: Francke, 2000.

II. A Lei 8.078/1990 e os Direitos Básicos do Consumidor

CLAUDIA LIMA MARQUES

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias – 2. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) como microsistema: a) Sistema do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e influências do direito comparado; b) O modelo *sui generis* de Código de Defesa do Consumidor: a sua divisão em partes e a comparação com os códigos de consumo da França e Itália; c) A importância sistemática do art. 4.º do CDC: norma narrativa de uma lei de função social – 3. Direitos básicos do consumidor: a) Vida, saúde e segurança; b) Liberdade de escolha; c) Informação; d) Transparência e boa-fé (combate ao abuso); e) Proteção contratual (a revisão por onerosidade excessiva); f) Prevenção e reparação de danos morais e materiais (a desconsideração da personalidade jurídica); g) Acesso à justiça e inversão do ônus da prova; h) Serviços públicos adequados e eficazes – Quadro sinótico – Bibliografia.

1. Noções introdutórias

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) festeja seus mais de vinte anos de promulgação, uma lei visionária, que mudou o mercado brasileiro, estabeleceu um novo patamar de boa-fé e qualidade nas relações privadas no Brasil, especialmente na proteção dos mais vulneráveis nas relações econômicas. Um grande avanço, uma conquista de toda uma sociedade e que merece uma análise em detalhes.

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

A defesa do consumidor, como sujeito-vítima, como sujeito-contratante, como agente econômico nos momentos pré e pós-contratual, como pessoa cujos dados estão contidos em um banco de dados de comerciantes ou de crédito, a defesa do consumidor na relação de consumo, quanto à sua qualidade-adequação, quanto à sua qualidade-segurança, quanto à quantidade prometida, proteção através da sanção administrativa e penal daqueles que abusam ou violam os direitos deste consumidor – é esta a linha básica que une matérias tão diversas, no CDC, sejam normas de direito privado (arts. 1.º a 54), sejam normas administrativas, penais, processuais e as disposições finais sobre direito intertemporal (arts. 55 a 119).

A necessidade dessa regulamentação nasceu da prática da sociedade de massa, da própria filosofia social intervindo com valores constitucionais de igualdade material no direito privado, como vimos no capítulo anterior. São normas pensadas topicamente (*topos* = problema, ponto, localização, núcleo), mas legisladas sob a

nas relações jurídicas. Para que possam cumprir sua função, o legislador costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação, assim como impor uma lista de direitos básicos ao sujeito tutelado.

Registre-se que a lista de direitos do CDC (art. 6.º) não é exaustiva, como ensina o art. 7.º: outros direitos do consumidor podem estar em outras leis. Vejamos a lista.

3. Direitos básicos do consumidor

Como já afirmei, o novo do CDC é ter identificado um sujeito de direitos especiais, o consumidor, e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos (Capítulo I). A identificação deste novo sujeito de direitos, deste grupo de não iguais, de vulneráveis, nos arts. 1.º a 4.º, não estaria completa se não houvesse a lista de direitos básicos no art. 6.º do CDC. No caso brasileiro, trata-se da realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado para o consumidor (art. 5.º, XXXII, da CF/1988). O consumidor foi identificado constitucionalmente (art. 48 do ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma especial, e esta tutela foi concretizada através do CDC e sua lista de direitos básicos do consumidor.

a) Vida, saúde e segurança

O inciso I do art. 6.º assegura um direito de proteção “da vida, saúde e segurança”, o mais básico e mais importante dos direitos do consumidor, ainda mais tendo em vista que nossa sociedade é um sociedade de riscos, muitos produtos, muitos serviços e mesmo práticas comerciais são efetivamente perigosos e danosos para os consumidores. Este direito básico é desenvolvido nos arts. 8.º a 17 do CDC, no que Antonio Herman Benjamin denomina de *teoria da qualidade*, qualidade segurança, mas também qualidade adequação dos produtos a seu uso esperado na sociedade de consumo (Capítulo V).

Este direito básico de segurança é um fundamento único ou fonte única do dever de segurança ou de cuidado dos fornecedores quando colocam produtos e serviços no mercado brasileiro. É por isso que afirmamos a seguir que o CDC quebra a *summa divisio* entre responsabilidade contratual e extracontratual, pois agora o importante é a segurança das vítimas consumidoras que deve ser assegurada por toda a cadeia de fornecedores, sejam eles contratantes diretos (responsabilidade contratual) ou não (por exemplo, fabricantes) com os consumidores.

A teoria da qualidade encontra-se hoje consolidada na jurisprudência brasileira, distinguindo entre defeito (acidente de consumo, dano à incolumidade psicofísica do consumidor e sua família, inclusive dano moral) e vício (dano econômico) do produto e do serviço. Assim ensina o STJ: “No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que

abrange os vícios por inadequação. Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros” (REsp 967.623-RJ, j. 16.04.2009, Min. Nancy Andrighi).

Em outras palavras, o sistema do CDC, no mercado de consumo, impõe a todos os fornecedores um dever de qualidade dos produtos e serviços que presta e assegura a todos os consumidores (art. 2.º, *caput* e parágrafo único, art. 29 e art. 17 do CDC) um direito de proteção, fruto do princípio de confiança e de segurança (art. 4.º, V, do CDC).

A jurisprudência, seguindo a tendência internacional, cada vez mais reconhece a importância econômica da confiança dos consumidores nos produtos e serviços, no que se refere a sua segurança, a demonstrar a evolução do nível de consumo no Brasil, como ensina o STJ: “Constitui defeito da prestação de serviço, gerando o dever de indenizar, a falta de providências garantidoras de segurança a estudante no *campus*, situado em região vizinha a população permeabilizada por delinquência, e tendo havido informações de conflagração próxima, com circulação de panfleto por marginais, fazendo antever violência na localidade, de modo que, considerando-se as circunstâncias específicas relevantes do caso, tem-se, na hipótese, responsabilidade do fornecedor, nos termos do art. 14, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor” (REsp 876.448-RJ, j. 17.06.2010, Min. Sidnei Beneti). Registre-se também: “De acordo com os ditames do Código de Defesa do Consumidor, os shoppings, hotéis e hipermercados que oferecem estacionamento privativo aos consumidores, mesmo que de forma gratuita, são responsáveis pela segurança tanto dos veículos, quanto dos clientes. Aplicação, ainda, da inteligência da Súmula 130 do STJ” (EREsp 419.059/SP, 2.ª Seção, j. 11.04.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 12.06.2012).

b) *Liberdade de escolha*

O inciso II do art. 6.º traz o direito de livre escolha e de igualdade nas contratações. Estes direitos estão consolidados em todas as normas de proteção contratual do CDC (art. 46 e ss.), mas com especial atenção naquelas que cuidam da parte pré-contratual e publicidade (art. 30 e ss.) e de práticas comerciais abusivas (art. 39 e ss.), inclusive combatendo a discriminação de consumidores (art. 39, II, IV e IX), as práticas anticoncorrenciais e vendas casadas (arts. 4.º, VI, e 39, I). A tendência atual do mercado é de portabilidade, a assegurar maior liberdade de escolha, e de combate à discriminação, por idade, como no diálogo do CDC com o Estatuto do Idoso e a Lei de Planos de Saúde. Note-se que, na Europa, as novas Diretivas combatem também o assédio de consumo, que é uma pressão a certos grupos de consumidores impeditiva da verdadeira liberdade de escolha, noção esta aceita pela Comissão de Juristas que propôs uma atualização do CDC. O Código de Defesa do Consumidor já reconhece a importância das novas técnicas de vendas, muitas delas agressivas, do *marketing* e do contrato como forma de informação do consumidor, protegendo o seu direito

de escolha e sua autonomia racional, através do reconhecimento de um direito mais forte de informação (arts. 30, 31, 34, 46, 48 e 54) e um direito de reflexão (art. 49).

O Brasil ratificou a Convenção da ONU de combate à discriminação de pessoas com deficiência (Decreto 6.949, de 25.08.2009), e o mercado de consumo deve também preocupar-se com a liberdade de escolha destes hipervulneráveis. Como ensinou o STJ: “Os *hipervulneráveis* (...) são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. (...) Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador” (REsp 586.316-MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin).

c) Informação

O CDC tem como princípio básico o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor (art. 4.º, I) e a necessidade da presença do Estado no mercado para proteger este sujeito de direitos (art. 4.º, II) – daí a necessidade de proteção da liberdade do contratante mais fraco, o consumidor. Aqui a liberdade é a liberdade do *alter*, a liberdade do “outro”, do vulnerável, do leigo, do consumidor e não do mais forte, do *expert*, do fornecedor de produtos e serviços no mercado brasileiro. A igualdade procurada aqui é a material e não só formal. Daí o papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, que acaba por impor uma maior boa-fé nas relações no mercado (art. 4.º, III) e conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente o equilíbrio da relação de consumo, como o princípio do art. 4.º, III, impõe. Observe-se, também, que, de certa maneira, essas novas leis intervencionistas de função social vão ocasionar um renascimento da defesa da liberdade de contratar, da liberdade de escolha do parceiro contratual, através do novo dever de informação imposto ao fornecedor, para que o consumidor possa escolher o parceiro que melhor lhe convier, como, por exemplo, a informação em relação à presença de transgênicos nos alimentos. É o nascimento de um forte direito à informação.

Como ensina a jurisprudência do STJ, a informação mais forte é aquela justamente que se consubstancia no texto do contrato, cuja cópia deve ser necessariamente entregue ao consumidor. Providência simples, mas que em contratos bancários, financeiros e mesmo securitários, por vezes, ainda é conflitual: “Deve ser remetida cópia da apólice contratada ao segurado, ainda que a celebração do contrato tenha se dado por via telefônica. Conforme determina o art. 6.º, III, do CDC, o fornecedor ou prestador de serviços tem o dever de informar devidamente o consumidor sobre os termos do contrato oferecido, prestando os esclarecimentos necessários para a perfeita compreensão quanto aos direitos e obrigações deles oriundas, especialmente quando a contratação é feita por telefone” (REsp 1176.628-MG, j. 16.09.2010, rel. Min. Nancy Andrighi). Também visão correta sobre cursos superiores: “A instituição de ensino que oferece curso de bacharelado em Direito sem salientar a inexistência de chancela do MEC, resultando na impossibilidade de aluno, aprovado no exame da

OAB, obter inscrição definitiva de advogado, responde objetivamente, nos termos do art. 14 do CDC, pelo descumprimento do dever de informar, por ocultar circunstância que seria fundamental para a decisão de se matricular ou não no curso. O art. 6.º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada” (REsp 1121275/SP, j. 27.03.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 17.04.2012). E sobre a verdadeira cobertura de seguro: “A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor. A circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado exige, de plano, conhecimentos do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie de furto, conhecimento esse que, em razão da sua vulnerabilidade, presumidamente o consumidor não possui, ensejando-se, por isso, o reconhecimento da falha no dever geral de informação, o qual constitui, é certo, direito básico do consumidor, nos termos do art. 6.º, III, do CDC. A condição exigida para cobertura do sinistro – ocorrência de furto qualificado – por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, cujo próprio meio técnico-jurídico possui dificuldades para conceituá-lo, o que denota sua abusividade” (REsp 1293006/SP, j. 21.06.2012, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 29.06.2012).

O inciso III assegura justamente este direito básico à informação, realizando a transparência no mercado de consumo objetivada pelo art. 4.º do CDC. No CDC, a informação deve ser clara e adequada (arts. 12, 14, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 46, 48, 52 e 54), esta nova transparência rege o momento pré-contratual, rege a eventual conclusão do contrato, o próprio contrato e o momento pós-contratual. É mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato (arts. 30, 33, 35, 46 e 54), ou, se falha, representa a falha (vício) na qualidade do produto ou serviço oferecido (arts. 18, 20 e 35). Da mesma forma, se é direito do consumidor ser informado (art. 6.º, III), este deve ser cumprido pelo fornecedor e não fraudado (art. 1.º). Assim, a cláusula ou prática que considere o silêncio do consumidor como aceitação (a exemplo do art. 111 do CC/2002), mesmo com falha da informação, não pode prevalecer (arts. 24 e 25), acarretando a nulidade da cláusula no sistema do CDC (art. 51, I) e até no sistema geral do Código Civil (art. 424 do CC/2002). O direito à informação assegurado no art. 6.º, III, corresponde ao dever de informar imposto pelo CDC ao fornecedor nos arts. 12, 14, 18 e 20, nos arts. 30 e 31, nos arts. 46 e 54.

No V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor/Brasilcon, foram aprovadas conclusões neste sentido, voltadas para os contratos cativos de longa duração ou contratos relacionais, que perduram no tempo: “7. O princípio da informação adequada nos contratos relacionais de consumo envolve o dever de informar não apenas

no momento da celebração contratual, mas durante todo o período da performance ou execução contratual (*aprovada por unanimidade*). 8. O CDC (arts. 6.º, incisos III e V; 20, § 2.º; 31; 36; 37; 46 e 66) constitui fundamento legal claro e suficiente para obrigar à informação adequada ao consumidor nos contratos relacionais de consumo (*aprovada por unanimidade*). 9. É dever do fornecedor nos contratos relacionais de consumo manter o consumidor adequada e permanentemente informado sobre todos os aspectos da relação contratual, especialmente aqueles relacionados ao risco, qualidade do produto ou serviço ou qualquer outra circunstância relevante para a sua decisão de consumo, durante todo o período em que perdurar a relação contratual (*aprovada por unanimidade*). Sobre o princípio da informação e sua importância para o consumidor, ensina o STJ: “5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5.º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC. 6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança. 7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6.º, III). 8. Informação adequada, nos termos do art. 6.º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. (...). 10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa. 11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço). 12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão” (REsp 586.316-MG, j. 17.04.2007, Min. Herman Benjamin); “Os arts. 6.º, III, e 46 do CDC instituem o dever de informação e consagram o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, na medida em que a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada. Diante disso, o comando do art.

6.º, III, do CDC, somente estará sendo efetivamente cumprido quando a informação for prestada ao consumidor de forma adequada, assim entendida como aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor. A rede conveniada constitui informação primordial na relação do associado frente à operadora do plano de saúde, mostrando-se determinante na decisão quanto à contratação e futura manutenção do vínculo contratual. Tendo em vista a importância que a rede conveniada assume para a continuidade do contrato, a operadora somente cumprirá o dever de informação se comunicar individualmente cada associado sobre o credenciamento de médicos e hospitais” (REsp 1144840/SP, j. 20.03.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 11.04.2012).

d) *Transparência e boa-fé (combate ao abuso)*

O inciso IV do art. 6.º do CDC proíbe o abuso de direito e impõe transparência e boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos. Como vimos, é possível afirmar que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC; aqui também o princípio da transparência (art. 4.º, *caput*) atua como um reflexo da boa-fé exigida aos agentes contratuais. O CDC preocupa-se tanto com os aspectos pré-contratuais como com os de formação e execução dos contratos de consumo.

Os arts. 30 a 38 do CDC, que regulam a vinculação da publicidade, constituem umas das inovações mais comentadas do CDC e são reflexos deste direito de proteção contra abusos do *marketing* que ora comentamos. No sistema do CDC, porém, a transparência, a informação correta, está diretamente ligada à lealdade, ao respeito no tratamento entre parceiros. É a exigência de boa-fé quando da aproximação (mesmo que extra ou pré-contratual) entre fornecedor e consumidor. Nesse sentido, disciplina o CDC, em seus arts. 36 a 38, a informação publicitária para obrigar o fornecedor que dela se utilizar a respeitar os princípios básicos de transparência e boa-fé nas relações de consumo. O CDC prevê ainda efeitos e sanções administrativas e penais correlacionados à publicidade. Apesar dos esforços da doutrina, a jurisprudência do e. STJ tem se mostrado relutante em considerar enganosas as publicidades nacionais, por exemplo, de veículos, que em letras pequenas excluem do preço informado o valor do frete (REsp 1057828-SP e EDcl no REsp 1159799-SP). Em matéria de serviços, o art. 52 do CDC é um bom exemplo da tendência internacional de considerar algumas informações obrigatórias, mesmo em publicidades. A nova diretiva-quadro sobre direitos do consumidor regula as informações obrigatórias das vendas a distância, mas relativa à informação se esta decorre do “contexto”. A questão permanece em aberto, pois é certo que há um direito à informação dos elementos importantes da contratação e que a publicidade realmente não deve despertar a confiança do consumidor em vão.

Essas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer também o equilíbrio, para restabelecer a força da “vontade”, das expectativas legítimas, do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática, assim como as normas sobre cláusulas e práticas abusivas (arts. 39 e 51).

Como ensina MIRAGEM, não só no CDC, mas também no art. 187 do Código Civil encontramos a ideia de combate ao abuso, e afirma o autor que esta *cláusula geral do abuso do direito do art. 187 do CC/2002* “tem uma aplicação transversal não apenas às relações reguladas pelo Código Civil, mas em todo o Direito Privado” (*Abuso de direito*, p. 145). A atuação do e. STJ tem sido especialmente forte em matéria de combate ao abuso, principalmente em cláusulas abusivas. Veja a ementa: “1. As duas Turmas que compõem a Segunda Seção têm traçado orientação no sentido de considerar abusivas cláusulas que limitam os direitos dos consumidores de plano ou seguro-saúde (REsp 434699-RS). 2. Tal entendimento cristalizou-se com a edição da Súmula 302/STJ, assim redigida: ‘É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado’. 3. A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico-hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato. 4. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual” (STJ, REsp 193.719-SP, j. 18.09.2008, rel. Min. Luis Felipe Salomão).

e) *Proteção contratual (a revisão por onerosidade excessiva)*

O inciso V do art. 6.º do CDC trata também da proteção contratual dos consumidores, do combate à onerosidade excessiva, assegurando direitos de modificação das cláusulas (não abusivas) “que estabeleçam prestações desproporcionais” ou direito à sua revisão por quebra da base do negócio, em face de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Prevê o inciso V do art. 6.º do CDC a possibilidade da *revisão* judicial da cláusula de preço, que era equitativa quando do fechamento do contrato, mas que em razão de fatos supervenientes tornou-se *excessivamente onerosa* para o consumidor. A onerosidade excessiva e superveniente que permite o recurso a esta revisão judicial é unilateral, pois o art. 6.º do CDC institui direitos básicos apenas para o *consumidor*.

A doutrina defende a possibilidade, além da revisão mencionada no CDC, em face do CC/2002, da *reductio ad equitatem* também a favor do consumidor (MARTINS, Princípio da justiça contratual, p. 399). Como ensina o STJ, em caso de mudança unilateral abusiva por consórcio, aqui há unilateralidade deste direito do consumidor à revisão, pois o fornecedor de produtos e serviços não pode usar o CDC, apenas o CC/2002, como se observa da ementa: “O art. 6.º, V, do CDC disciplina não uma obrigação, mas um direito do consumidor à modificação de cláusulas consideradas excessivamente onerosas ou desproporcionais. Assim, referida norma não pode ser invocada pela administradora de consórcios para justificar a imposição de modificação no contrato que gere maiores prejuízos ao consumidor” (REsp 1269.632-MG, j. 18.10.2011, rel. Min. Nancy Andrighi). Em casos de perigo de quebra do sistema (exceção da ruína), como no caso de carteiras de seguros, a jurisprudência se mostra sensível (AgRg no REsp 1248457-MG, j. 15.09.2011, rel. Min. Sidnei Benetti) em casos que extrapolam a álea normal do fornecedor em contratos cativos de longa duração, a pedir alguma colaboração de boa-fé para o consumidor, para a manutenção do contrato, com modificações “suaves e graduais” para superar a crise. A norma do art. 6.º do CDC avança, em relação ao Código Civil (arts. 478-480 – Da

resolução por onerosidade excessiva), ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível – apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi. O CDC, também, não exige, para promover a revisão, que haja “extrema vantagem para a outra” parte contratual, como faz o Código Civil (art. 478).

Inicialmente foi esta a linha do STJ, nos casos do *leasing* em dólar, cujo exemplo maior é a seguinte decisão: “Revisão de contrato – Arrendamento mercantil (*leasing*) – Relação de consumo – Indexação em moeda estrangeira (dólar) – Crise cambial de janeiro de 1999 – Plano Real – Aplicabilidade do art. 6.º, inciso V, do CDC – Onerosidade excessiva caracterizada – Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação – Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. “O preceito insculpido no inciso V do art. 6.º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. A desvalorização da moeda nacional perante a moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano” (STJ, REsp 268.661-RJ, j. 11.09.2001, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi). Esta linha recebeu apoio da doutrina. Nesse sentido, mencione-se a Conclusão 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – Contratos, no ano 2000, com o seguinte texto: “Para fins de aplicação do art. 6.º, V, do CDC, não são exigíveis os requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a mera verificação da onerosidade excessiva”. Posteriormente, a visão do STJ modificou-se e preferiu a noção de onerosidade excessiva e uma espécie de divisão das “perdas” ou riscos no contrato, cujo exemplo é a seguinte decisão: “*Leasing* – Variação cambial – Fato superveniente – Onerosidade excessiva – Distribuição dos efeitos. A brusca alteração da política cambial do governo, elevando o valor das prestações mensais dos contratos de longa duração, como o *leasing*, constitui fato superveniente que deve ser ponderado pelo juiz para modificar o contrato e repartir entre os contratantes os efeitos do fato novo. Com isso, nem se mantém a cláusula da variação cambial em sua inteireza, porque seria muito gravoso ao arrendatário, nem se a substitui por outro índice interno de correção, porque oneraria demasiadamente o arrendador que obteve recurso externo, mas se permite a atualização pela variação cambial, cuja diferença é cobrável do arrendatário por metade. Não examinados os temas relacionados com a prova de aplicação de recursos oriundos do exterior e com a eventual operação de *hedge*. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido” (STJ, REsp 401021-ES, j. 17.12.2002, rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Há tendência de contínuo crescimento em importância deste permissivo legal de revisão judicial dos contratos. Dois aspectos devem ser ressaltados: o limite imposto pelo próprio CDC, ao mencionar apenas as cláusulas referentes à prestação do consumidor, geralmente uma prestação monetária, envolvendo o preço e demais acréscimos, despesas e taxas (logo, não englobando todos os tipos de cláusulas abusivas); e o consumidor é livre para requerer ou a modificação da cláusula e a manutenção do vínculo, ou a rescisão do contrato com o fim do vínculo e concomitante decretação seja da nulidade, se abusiva, ou da modificação, se excessivamente onerosa a cláusula (Capítulo XI).

A expressão onerosidade excessiva do art. 6.º, V, do CDC não encontra sua fonte no Código Civil italiano de 1942, que, em seu art. 1.467, exige a ocorrência de evento extraordinário e imprevisível, nem no novo Código Civil brasileiro de 2002, art. 478, que, além da onerosidade excessiva, exige a “extrema vantagem para a outra”, mas sim nas teorias mais modernas e objetivas, especialmente a teoria da base do negócio jurídico, conhecidas pela doutrina mas até então não positivadas no ordenamento pátrio (veja COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, p. 134, e sua crítica à teoria da base subjetiva). As mudanças – equitativas – da interpretação do STJ no caso do *leasing* em dólar parecem ter como fundamento, em minha opinião, mais uma ideia de tratamento justo pela boa-fé, a evitar a ruína de ambos os contraentes, do que uma nova teoria sobre a imprevisão, ainda mais se pensarmos que tais decisões não faziam diferença normalmente quanto à profissionalidade do “consumidor” e seu diferente porte econômico. De outro lado, como gênero, as teorias sobre a imprevisão sempre visaram prioritariamente a liberação do contratante supervenientemente debilitado, sua desobrigação, retirando assim do consumidor – ou, pelo menos, diminuindo em intensidade – seu novo direito de manter o vínculo e ver recriado o equilíbrio contratual original por atuação modificadora do juiz. Essa possibilidade de revisão contratual por fatores objetivos e supervenientes parece-me efetivamente a maior contribuição do art. 6.º, V, do CDC e sua exceção ao sistema de nulidades absolutas.

f) *Prevenção e reparação de danos morais e materiais (a desconsideração da personalidade jurídica)*

O inciso VI assegura um direito à prevenção e reparação de danos aos consumidores, tanto danos patrimoniais, como morais, individuais e coletivos. Se a reparação no sistema do CDC é integral, a prevenção dos danos (com a chamada “antecipação”) é a nova tendência no direito comparado, pois na maioria das vezes, ocorrido o dano individual ou de massa, a reparação será sempre “insuficiente”, mesmo se completa. Outra tendência importante, seguida pelo CDC, que não faz qualquer discriminação, por idade ou condição, neste direito à plena reparação de danos é sua aplicação universal, a todos os grupos de consumidores no Brasil, sejam ricos ou pobres, analfabetos ou cultos, crianças, jovens ou idosos, com necessidades especiais, doentes ou não, o que nos alinha à tendência europeia de combate à discriminação no mercado e de aplicação da norma mais favorável ao consumidor.

A proposta de atualização do CDC da Comissão de Juristas do Senado Federal pretende incluir normas para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa física, evitando sua “ruína” e consequente exclusão do mercado de consumo (PL 283/2012). Também em tema de comércio eletrônico, o foco é na prevenção de danos, inclusive no que tange à proteção da segurança e privacidade de dados (PLS 281/2012). A jurisprudência do STJ bem identificou este direito de igualdade na prevenção e plena reparação dos danos a todos os grupos de consumidores, ensinando em caso de plano de saúde: “A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes. As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5.º, X, *in fine*, da CF e 12, *caput*, do CC/2002. Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6.º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7.º da Lei 8.078/1990 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo” (REsp 1037759-RJ, j. 23.02.2010, rel. Min. Nancy Andrighi). O STJ também utiliza o art. 6.º, VI, como fundamento jurídico para condenação por dano moral coletivo. Ilustrativamente: “I – A dicção do art. 6.º, VI, do CDC é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II – Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III – Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV – Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (REsp 1221756/RJ, j. 02.02.2012, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10.02.2012).

Este valor de proteção efetiva dos consumidores é tão grande que o CDC permite mesmo a quebra do dogma da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e seus sócios. É o art. 28 do CDC, o qual prevê a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica em prol dos interesses dos consumidores, mesmo em casos que não há abuso (compare com o art. 50 do CC/2002).

No CDC, como vimos, a todos os fornecedores da cadeia de fornecimento, solidariamente, são imputados (de forma objetiva, independentemente de culpa) deveres de proteção dos direitos dos consumidores. Assim, o art. 28, *caput* e § 5.º, permite a desconsideração de toda e qualquer sociedade em caso de abuso de direito e “sempre que a sua personalidade jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento” dos consumidores.

A jurisprudência brasileira é bastante sensível à necessidade de buscar o ressarcimento no patrimônio dos sócios, para benefício dos consumidores, ensinando: “No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5.º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária” (REsp 279.273-SP, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 29.03.2004). No famoso caso da explosão do Shopping Osasco, em que não havia prova da fraude ou abuso da personalidade jurídica, o Min. Castro Filho desempatou no STJ, com base no § 5.º do art. 28 do CDC, visando assegurar aos consumidores seu ressarcimento integral: “Não podemos nos olvidar da especial atenção dispensada pelo legislador à defesa dos direitos do consumidor, erigidos que foram à garantia fundamental e princípio da ordem econômica, nos termos dos arts. 5.º, XXXII, e 170, V, da CF”. E ensina a ementa: “Responsabilidade civil e direito do consumidor – Recurso especial – Shopping Osasco-SP – Explosão – Consumidores – Danos materiais e morais – Ministério Público – Legitimidade ativa – Pessoa jurídica – Desconsideração – Teoria maior e teoria menor – Limite de responsabilização dos sócios – Código de Defesa do Consumidor – Requisitos – Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores – Art. 28, § 5.º. (...) A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no direito do consumidor e no direito ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5.º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos” (STJ, 3.ª T., REsp 279.273-SP, rel. p/ acórdão Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 04.12.2003). Em sentido semelhante: “Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no art. 28, *caput*, do CDC. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5.º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp 279.273/SP, 3.ª T., rel. Min. Ari Pargendler, rel. p/

Acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 29.03.2004). (REsp 737.000/MG, j. 01.09.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12.09.2011). V. também: REsp 1096604, j. 02.08.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, no qual se destacou que “cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, mercê da parte final do *caput* do art. 28, e seu § 5.º, do CDC.”

O art. 28 refere-se a todos os fornecedores (diretos e indiretos) da cadeia, contratantes ou não, de forma a permitir o ressarcimento (art. 6.º, VI) dos danos morais e materiais, individuais e coletivos, ocorridos no mercado de consumo, menciona especialmente as “sociedades integrantes dos grupos societários” e as “sociedades controladas” (art. 28, § 2.º), as “sociedades consorciadas” (art. 28, § 3.º), e propõe um único privilégio para as sociedades coligadas, que respondem somente por culpa (art. 28, § 4.º).

Efetivamente, a doutrina da desconsideração tem seu fundamento nos princípios gerais de proibição do abuso de direito, e permite ao Judiciário, excepcionalmente, desconsiderar (ignorar no caso concreto) a personificação societária, como se a pessoa jurídica não existisse, atribuindo condutas e responsabilidades diretamente aos sócios e não à pessoa jurídica. O reflexo desta doutrina no esforço de proteção aos interesses do consumidor é facilitar o ressarcimento dos danos causados aos consumidores por fornecedores-pessoas jurídicas. No direito tradicional é o patrimônio societário que responde pelas dívidas da sociedade, estando a responsabilidade dos sócios restrita conforme o tipo de sociedade criada (sociedade por quotas de responsabilidade limitada, sociedade anônima, comandita etc.). A doutrina do *disregard* desenvolveu-se no sistema norte-americano, na procura da solução justa e funcional para o caso concreto, sistema menos formal, onde o conceito de pessoa jurídica se aproximava da ficção proposta por Savigny, e foi desenvolvida pela via especial da *equity*. Era, portanto, uma solução casuística, excepcional, justa para o caso concreto (equidade). Chegando à doutrina alemã, vai sistematizar-se na tese famosa apresentada por Roush Serick à Universidade de Tübingen em 1952, em que procura caracterizá-la como hipótese de abuso do direito e como intenção de fraude à lei. No Brasil vai ganhar, no novo Código Civil (art. 50), traços de invalidade do contrato de criação da sociedade, de verdadeira forma especial de dissolução da sociedade, fato que levantará críticas dos comercialistas. Após, a melhor doutrina fixará que na desconsideração o problema é de imputação do ato jurídico aos sócios. A doutrina encarregar-se-á de considerar a teoria aplicável somente em casos de desvio das finalidades da sociedade ou abuso de direito, casos graves que justifiquem desconsiderar a pessoa jurídica regularmente constituída, que praticou determinado ato jurídico. O método é mais uma vez tópico e funcional, bem ao gosto do CDC no sentido de resolver o problema concreto do conflito de valores entre a manutenção do dogma da separação patrimonial e os interesses da outra parte contratante com a pessoa jurídica insolvente (MARQUES, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 440-442).

Note-se que o dever de indenizar, ou melhor, a obrigação de indenizar imputada pelo CDC ao fornecedor nestas seções do CDC não pode, portanto, ser afastada por cláusula contratual. Trata-se de uma consequência lógica da força e hierarquia das normas do CDC, que são de ordem pública (art. 1.º), logo, indisponíveis. Dogmaticamente, este dever de indenizar imposto, sem possibilidade de exclusão contratual, e regulado detalhadamente em lei, surge como decorrência da necessidade de repartir os riscos da vida social. O legislador do CDC, porém, concentrou suas atenções e previu uma linha de proibição genérica às cláusulas limitativas que atenuem a responsabilidade por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços (arts. 25 e 51, I) e às que atenuem a responsabilidade de indenizar prevista na seção sobre fato do produto ou do serviço e sobre qualidade de produtos ou serviços (arts. 24 e 25). Nestes casos, a regra, sem exceções, é a do direito a uma “efetiva” indenização “de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, previsto no art. 6.º, VI, do CDC.

Logo, é possível cumular os danos morais e patrimoniais, tanto em casos contratuais, como extracontratuais. O ressarcimento do dano moral foi assegurado ao consumidor pelo art. 6.º, VI, do CDC, mas não se limita ao ressarcimento de danos morais em relações extracontratuais. No novo sistema de direito brasileiro, a jurisprudência está aceitando a cumulação de pretensões de indenização de danos materiais (entrega de produto falho) e de danos morais (envio do nome do cliente para o SPC durante as conversações para o conserto do produto ou durante discussão judicial da dívida). Reconhece-se, assim, que a origem de ambos os danos pode ser violações de deveres principais (prestação adequada) e deveres anexos (por exemplo, de cuidado).

A jurisprudência do STJ ensina que a prevenção de danos se dá geralmente através da informação e do tratamento leal do consumidor pelo fornecedor (art. 6,III e IV do CDC). Não só danos à saúde, mas danos econômicos podem ser assim prevenidos. Ensina o STJ: “No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação. Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros.” (REsp 967.623-RJ, j.16.04.2009, Min. Fátima Nancy Andriighi).

Note-se que o direito do art. 6.º, VI, do CDC é complementado ou concretizado nos incisos que se seguem (incisos VII, VIII e X), como veremos.

g) *Acesso à justiça e inversão do ônus da prova*

O inciso VII assegura um direito de acesso à justiça e aos órgãos administrativos em geral, inclusive às agências que controlam os serviços ex-públicos e aos órgãos de defesa do consumidor, Procons etc., sempre com vistas à prevenção e reparação de danos, individuais e coletivos, aos consumidores. Neste direito inclui-se a proteção jurídica e administrativa aos necessitados, hoje realizada por estes importantes órgãos que são as defensorias públicas dos Estados e da União. Aqui encontra-se também a semente do sistema de *recall* ou retirada do mercado de produtos e serviços defeituosos.

Deste direito fundamental do consumidor nasce o direito de ser representado pelo Estado (MP, Defensorias, Procons etc.) na ação civil pública ou associações e de ver-se beneficiado –, só se a favor deles for a decisão – pelas decisões coletivas. O sistema dos recursos repetitivos tem invertido esta lógica, tanto que geralmente tem resultados contra os direitos dos consumidores e desconsidera as ações coletivas, muitas vezes mais bem fundamentadas as teses consumeristas do que nas individuais escolhidas pelo STJ para o novo sistema do art. 543-C do CPC. A situação piorará, afetando seriamente a confiança do consumidor no “seu” acesso à Justiça (individual e coletivo, veja REsp 1.110.549-RS, 2.ª Seção, j. 28.10.2009, rel. Min. Sidnei Beneti) – se prevalecer a tese de que a prescrição das ações coletivas seria tema processual e não material (art. 189 do CC/2002), o que criaria uma lacuna no sistema do CDC, que só prevê prazo de prescrição do direito do consumidor, seja ele defendido de forma individual ou coletiva. Alerta-se que mesmo se vitoriosa esta improvável tese da CONSIF contra os planos econômicos, no direito brasileiro de consumo atual não se poderia preencher esta lacuna com uma analogia contra os consumidores (usando o art. 4.º da LICC/1942) [atual LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro] e utilizar analogicamente os 5 anos da Ação Popular, como foi o caso em direito público, pois claramente o art. 7.º do CDC hierarquiza de forma diferente os métodos de integração das lacunas em relações de consumo, como as bancárias, mandando aplicar – sempre a favor dos consumidores – primeiro os princípios gerais do direito (no caso, de proteção especial do consumidor, de acesso à justiça e facilitação da defesa dos consumidores), e só após e em sua falta, a analogia (art. 7.º, in fine, do CDC). Como ensina o próprio STJ, em matéria de defesa do consumidor a Constituição Federal e seu art. 5.º, XXXII, deve prevalecer, ou o acesso à Justiça ficará cada vez mais retórico: “4. Referentemente à cláusula constitucional pétreia que dispõe que é dever do Estado proteger o sujeito vulnerável na relação jurídica de consumo, o Código de Defesa do Consumidor – CDC estabeleceu, entre seus direitos básicos, o “acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos” e à “facilitação da defesa” desses mesmos direitos (art. 6.º, VII e VIII). 5. O acesso à Justiça não é garantia retórica, pois de sua eficácia concreta depende a realização de todos os outros direitos fundamentais. Na acepção que lhe confere o Estado Social, a expressão vai além do acesso aos tribunais, para incluir o acesso ao próprio Direito, ou seja, a uma ordem jurídica justa (= inimiga dos desequilíbrios e avessa à presunção de igualdade), conhecida (= social e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva).” (REsp 347.752-SP, 08.05.2007, Min. Herman Benjamin).

O inciso VIII do art. 6.º é um dos mais citados e importantes do CDC, pois trata-se de uma norma autorizando o magistrado a inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, em duas hipóteses: quando for verossímil sua alegação ou quando ele for hipossuficiente (espécie de vulnerabilidade processual, por exemplo, para fazer uma prova custosa e difícil para ele, mas cujo teor o fornecedor detém sem o menor problema). Reza o art. 6.º, VIII, do CDC que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Note-se que não podem as partes, através de contrato ou qualquer acordo, inverter o ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, VI, do CDC). Como este inciso não foi desenvolvido na parte processual do CDC, é aqui que os advogados e magistrados procurarão o direito de inversão do ônus da prova a favor do consumidor, que foi garantido ao consumidor, mas dependerá da determinação do juiz. Note-se que se trata de direito básico do consumidor, sendo assim, se requerido e não concedido pelo magistrado de primeiro grau, discussão de mérito (discussão material sobre direito “a critério do juiz, (...) segundo as regras ordinárias da experiência”), e não problema processual, daí poder ser invertido a qualquer tempo pelo magistrado das instâncias superiores. Somente se houve no caso a inversão é que o tema se torna processual ou de prova (a inversão). Em não havendo a inversão, pode ter havido, sim, violação de direito material e básico do consumidor (art. 6.º, VIII), direito este que visa, sim, facilitar sua defesa processual, mas não é direito de natureza processual, e sim material de proteção efetiva e reparação de danos (art. 6.º, VI, do CDC).

Em outras palavras, a inversão pelo magistrado tem dois aspectos. As regras sobre o *ônus subjetivo* da prova permitem definir previamente a atuação das partes em juízo e são, por isso, consideradas *regras de conduta* ou de comportamento processual das partes. Ou seja, pelo *ônus subjetivo* faz-se uma indicação inicial, antes de se iniciar a instrução processual, de que ao autor cabe o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor. Em direito do consumidor, afirmar qual das partes poderá suportar o risco pela falta de prova de um fato pertinente, mesmo que a instrução seja regida pelo princípio da instrução por iniciativa das partes, deve levar em conta as condições subjetivas das partes, uma leiga e vulnerável, outra *expert* e em poder e controle dos segredos do produto ou serviço (guarda da estrutura da coisa ou da cessão de direitos sobre o serviço). Assim que a prova deve ser imputada à parte que tem as melhores condições de produzi-la. Se ao final da instrução, com ou sem suficiência de provas, o juiz tem que decidir a lide e para evitar o *non liquet*, quando há falta de provas, o juiz pode onerar a parte que não se desincumbiu do ônus de provar as alegações sobre os fatos que são pressupostos das normas que lhe são favoráveis. Este é o sentido do *ônus objetivo* da prova como regra de julgamento. O tema ainda não está totalmente assentado na jurisprudência: “A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (*ope legis*), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (*ope*

judicis), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3.º, II, e 14, § 3.º, I, e 6.º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautandō, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão *ope judicis* ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, § 1.º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão *ope judicis* do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a 3.ª e a 4.ª Turma desta Corte” (REsp 802832-MG, j. 13.04.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino). Aqui o processo de atualização do CDC poderia ajudar. Pacífico na jurisprudência é que este direito não é automático, dependendo do exame dos requisitos legais pelo magistrado (AgRg no REsp 728303-SP, j. 28.10.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino) e tal inversão do ônus da prova cabe também quando o Ministério Público ou outro legitimado representa os consumidores na defesa coletiva (REsp 1253672-RS, j. 02.08.2011, rel. Min. Mauro Campbell).

Note-se também que a partícula “ou” bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC – sendo assim, ao juiz é facultado inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e *expert* na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o “risco profissional” ao – vulnerável e leigo – consumidor. Assim, se o profissional coloca máquina, telefone ou senha à disposição do consumidor para que realize saques e este afirma de forma verossímil que não os realizou, a prova de quem realizou tais saques deve ser imputada ao profissional, que lucrou com esta forma de negociação ou de execução automática ou em seu âmbito de controle interno: *cujus commodum, ejus periculum!* Em outras palavras, este é o seu risco profissional e deve organizar-se para poder comprovar quem realizou a retirada ou o telefonema. Exigir uma prova negativa do consumidor é imputar a este pagar duas vezes pelo lucro do fornecedor com atividade de risco, no preço pago e no dano sofrido. Daí a importância do direito básico assegurado ao consumidor de requerer no processo a inversão do ônus da prova. Note-se igualmente que não podem as partes, através de contrato ou qualquer acordo, inverter o ônus da prova em prejuízo do consumidor (art. 51, VI, do CDC). Além dessa possibilidade de inversão do ônus da prova a critério do juiz, o CDC inverte *ex vi lege* a prova em vários outros artigos, como, por exemplo, no art. 12, § 3.º, e no art. 14, § 3.º, do CDC. Os consumidores ainda se beneficiam de um foro privilegiado (art. 101, I, do CDC), nula a cláusula de eleição do foro (AgRg no Ag 1362438-RS, j. 17.11.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão).

h) Serviços públicos adequados e eficazes

O inciso X finaliza a lista do art. 6.º com um direito de adequada e eficaz prestação de serviços público, que será completado pelo art. 22 do CDC e todos os demais artigos que se referem a serviços e não distinguem sua natureza de serviços essenciais, universais, públicos ou ex-públicos, privatizados, autorizados ou concedidos ou não. Como afirmamos anteriormente, este inciso apenas completa o direito de prevenção e reparação de danos imposto pelo art. 6.º, VI, do CDC, mas, se observarmos hoje os índices de reclamação dos consumidores, vamos verificar que os serviços ex-públicos e essenciais, de água, energia e telefonia, móvel e fixa, são fonte de muitos danos para os consumidores, daí a importância desta menção específica no art. 6.º, X, e no art. 22 do CDC (Capítulo VII).

Dentre as conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 2 de maio de 2000, no painel referente ao direito básico de acesso ao consumo, as Conclusões 2, 3 e 4, aprovadas por unanimidade, afirmam: “2. Aplicam-se as normas do CDC aos serviços públicos executados mediante o regime da concessão, cabendo ao intérprete potencializar a utilização das normas do Código em conjunto com as regras protetivas do consumidor, existentes nas leis específicas que regulam cada um dos serviços. 3. O princípio da continuidade é de ser observado na prestação dos serviços públicos concedidos, sendo imposto tanto pelas normas de proteção do consumidor como pelas regras do direito administrativo. O descumprimento do dever de continuidade gera, além de sanções administrativas, a reparação dos danos causados, incidindo responsabilidade objetiva da prestadora do serviço. 4. Incide a responsabilidade objetiva das empresas concessionárias quanto aos danos ocasionados na prestação dos serviços, cabendo ao consumidor, desse modo, unicamente: a) a prova da efetiva ocorrência do dano; b) o nexo da causalidade entre a ação ou omissão da empresa e a ocorrência do dano; c) o montante do prejuízo” (MARQUES, *Comentários*, p. 184). A jurisprudência do STJ é firme no sentido da aplicação do CDC a esses serviços de interesse geral: “Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre usuários e concessionária de serviço público. (...) II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações mantidas entre usuário e concessionária de serviços públicos, nos termos do art. 7.º da Lei 8.987/1995. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag 1022587-RS, j. 21.08.2008, rel. Min. Sidnei Beneti). Em caso de pequenas empresas e organizações de caridade, mesmo que grandes hospitais beneficentes, o CDC é aplicado (REsp 1.063.639 – MS, j. 1.10.2009, rel. Min. Castro Meira) A exceção é quando o sujeito é uma grande empresa que consome, por exemplo, energia: “O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio, isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Desse modo, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo” (AgRg no REsp 916.939-MG, j. 04.11.2008, rel. Min. Denise Arruda). A doutrina destaca, como aspecto negativo, a falta de engajamento das agências reguladoras na concretização deste direito dos consumidores e o pouco uso do método do diálogo das fontes (BESSA, *Diálogo das fontes*, p. 201).

QUADRO SINÓTICO

Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) → microsistema

DIREITOS BÁSICOS DO
CONSUMIDOR (ART. 6.º)

Vida, saúde e segurança
 Liberdade de escolha
 Informação
 Transparência e boa-fé
 Proteção contratual
 Prevenção e reparação de danos (morais e materiais)
 Acesso à Justiça e inversão do ônus da prova
 Serviços públicos adequados e eficazes

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, p. 20 e ss., 1995; _____. O acesso do consumidor à justiça no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 16, p. 22-28, São Paulo, 1995; ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 5, p. 85 e ss., jan.-mar. 2001; ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003; AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Ed. RT, 1993; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação – Crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33, p. 124 e ss., 2000; BALDUS, Christian. Interpretação histórica e comparativa no direito privado comunitário. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 72, p. 235-262, São Paulo, 2009; BARBA, Angelo; BARENCHI, Andrea. *Codice del Consumo*. In: CUFFARO, Vincenzo (org.). *Le fonti del diritto italiano*. Milão: Giuffrè, 2006; BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009; _____. Diálogo das fontes no direito do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Diálogo das fontes*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 183-204; BETTI, Emilio. *Systeme du Code Civil allemand*. Milão: Giuffrè, 1965; BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor – Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990; BOBBIO, Norberto. Des critères pour résoudre les antinomies. In: PERELMAN, CH. (coord.). *Les antinomies en droit*. Bruxelas: Bruylant, 1965; CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000; CAVALIERI, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008; CESÀRO, Ernesto. I contratti del consumatore – Commentario al Codice del Consumo. 4. ed. Milão: Cedam, 2007; CLAVERO, Bartolomé. Codificación y constitución: paradigmas de un binomio. *Quaderni Fiorentini*, n. 18, p. 81 e ss., 1989; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 97, p. 163 e ss., Brasília, I-1988; _____. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976; CRETELLA JR., J.; DOTTI, René Ariel (coord.). *Comentários ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1992;

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1988; DIAS, Lucia Ancona Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Ed. RT, 2011; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002; GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007; HAMMEN, Horst. Consumidores, investidores e não profissionais: cem anos de proteção dos mais fracos no direito alemão. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 72, p. 263-281, São Paulo, 2009; IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1999; JAYME, Erik. Considerations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, n. 177, p. 23 e ss., 1982, IV; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011; _____. *Comentários do Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009; _____. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil brasileiro de 1916. *RT*, v. 741, p. 11-37, 1997; _____. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 35, p. 61-96, 2000; _____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 51, p. 34-67, jul.-set. 2004; _____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 57, p. 11 e ss., jan.-mar. 2006; _____. ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto A. Castellanos (coord.). *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos – ADIn 2.591*. São Paulo: Ed. RT, 2006; _____. MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2012. MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010; _____. *Abuso de direito*; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010; PEREIRA, Caio Mário da Silva. A ciência do direito comparado. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, n. 7, p. 40 e ss., 1985; RHEINSTEIN, Max. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. München: Beck, 1987; RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao CDC*. São Paulo: Saraiva, 2000; SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2009; SAUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000; SODRÉ, Marcelo. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2007; WEICK, Guenther. *Staudinger Kommentar zum BGB. §§ 12-14*. Berlin: Sellier, 2004; VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; ZIMMERMANN, Reinhard. *El nuevo derecho alemán de obligaciones – Un análisis desde la historia y el derecho comparado*. Barcelona: Bosch, 2008; ZWEIGER, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr, 1996.

III. Campo de Aplicação do CDC

CLAUDIA LIMA MARQUES

SUMÁRIO: **1.** Introdução: o novo direito privado e o campo de aplicação do CDC – **2.** As definições de consumidor no CDC: a) As teorias finalista e maximalista e a definição principal do art. 2.º do CDC; b) O finalismo aprofundado e a noção de vulnerabilidade no CDC; c) Os consumidores equiparados – **3.** As definições de fornecedor: a) Art. 3.º do CDC: as definições de produto, de serviço e remuneração direta e indireta; b) Cadeia de fornecimento e o fornecedor “equiparado” – Quadro sinótico – Bibliografia.

1. Introdução: o novo direito privado e o campo de aplicação do CDC

Para a verdadeira proteção do consumidor, o decisivo é o intérprete, o juiz ou o aplicador da lei determinar com exatidão que se trata de uma relação de consumo e aplicar o microsistema tutelar do consumidor: aplicar o CDC (Lei 8.078/1990) pressupõe determinar o seu campo de aplicação.

Segundo Edgar MORIN (*Pour sortir du XXe. siècle*, p. 11 e ss.), na complexidade do mundo atual, o intérprete ou o aplicador da lei na prática deve aprender a “saber ver” e a “saber pensar”. Isto é, saber identificar e analisar as características e elementos que compõem o objeto a ser estudado, que compõem a lei a ser aplicada. No caso do novo direito privado brasileiro, como visto no capítulo anterior, o intérprete ou aplicador da lei deve saber diferenciar subjetivamente, pois este novo direito privado brasileiro seria *tripartite*. Em minha opinião, o direito privado brasileiro garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitado e construído pela eficácia dos direitos fundamentais aí recebidos, divide-se em um direito geral, o *direito civil*, e dois direitos especiais, o direito comercial ou *direito da empresa*, voltado para as relações entre empresas e fornecedores, e o *direito do consumidor*, voltado para a proteção deste sujeito mais débil ou vulnerável, o consumidor.

Assim, o grande desafio do intérprete e aplicador do CDC, como Código que regula uma relação jurídica entre privados, é saber diferenciar e saber “ver” quem é comerciante, quem é civil, quem é consumidor, quem é fornecedor, quem faz parte da cadeia de produção e de distribuição e quem retira o bem do mercado como destinatário final, quem é equiparado a este, seja porque é uma coletividade que intervém na relação, porque é vítima de um acidente de consumo ou porque foi quem criou o risco no mercado. No caso do CDC é este exercício, de definir quem é o sujeito ou quem são os sujeitos da relação contratual e extracontratual, que vai definir o campo de aplicação desta lei, isto é, a que relações ela se aplica. Como vimos, o diferente no CDC é seu campo de aplicação subjetivo (consumidor e fornecedor), seu campo de

aplicação *ratione personae*, uma vez que materialmente ele se aplica em princípio a todas as relações contratuais e extracontratuais (campo de aplicação *ratione materiae*) entre consumidores e fornecedores.

E mais: a definição subjetiva neste novo direito privado solidário é relacional: assim um leigo, um civil frente a outro civil, será uma relação puramente de direito civil; o mesmo civil frente a um empresário, ou fornecedor, será uma relação de consumo; e este empresário ou profissional, talvez no mesmo tipo contratual de compra e venda, de transporte de coisas, de mandato, se frente a outro empresário ou profissional, será uma relação empresarial ou do antigo direito comercial. É um direito privado complexo, que diferencia subjetivamente para proteger os mais fracos, mas que valora a presença no outro polo da relação contratual ou extracontratual de um sujeito leigo ou *expert*, daí a necessidade de explicarmos em um capítulo especial o campo de aplicação do CDC. Como veremos, este campo de aplicação é amplo e especial, tendo prioridade sempre que estão presentes os sujeitos *consumidor e fornecedor*, justamente em face do mandamento constitucional de proteção do consumidor (não do empresário ou do civil *per se*).

A Constituição Federal de 1988, como vimos no primeiro capítulo, é o centro irradiador e o marco de reconstrução deste direito privado brasileiro, mais social e mais preocupado com os vulneráveis, um direito privado que denominei aqui de “solidário”. A Constituição é a garantia e o limite de um direito privado construído sob seu sistema de valores, o qual inclui a defesa do consumidor (art. 5.º, XXXII; art. 170, V; e art. 48 ADCT-CF/1988).

Note-se que o sistema de direito constitucional no Brasil prevê um controle concentrado de constitucionalidade no STF (que geralmente não examina ofensas indiretas à Constituição, isto é aquelas realizadas através da não utilização de uma lei de origem constitucional, como o CDC) e um sistema difuso (assim qualquer magistrado de primeiro grau, os Tribunais e o STJ, em especial devem aplicar o CDC à luz da Constituição, realizar a chamada interpretação conforme a Constituição e se esta é impossível, determinar a inconstitucionalidade de alguma lei e não aplicável por ofensa aos direitos fundamentais dos consumidores, art. 5.º, XXXII, da CF/1988). Não deve prosperar, pois, a visão assistemática e que priva o consumidor de seu verdadeiro e efetivo acesso à Justiça, por vezes presente em alguns julgados do STJ, que afirma que é “vedado” ao Tribunal da Cidadania examinar “questões constitucionais” em Recursos Especiais. Admitindo que fosse “vedado” ao STJ aferir a violação ao art. 170, V, da CF em recurso especial (REsp 744.602-RJ), não pode ser vedado a nenhum tribunal (sob pena de descumprir o Brasil a suas obrigações frente ao Pacto de San José da Costa Rica no Sistema Interamericano de Direitos Humanos) brasileiro, muito menos aos superiores e finais como o STJ em questões consumeristas, examinar violações aos direitos fundamentais, em especial ao art. 5.º, XXXII, da CF/1988.

Se a Constituição Federal de 1988 manda o Estado-juíz, o Estado-executivo e o Estado-legislativo proteger imperativamente o sujeito consumidor em suas relações intrinsecamente desequilibradas com os fornecedores de produtos e serviços, a CF/1988 não definiu quem é o consumidor – logo, temos de recorrer ao CDC,

como base legal especial infraconstitucional para saber quando aplicar o CDC. O sistema do CDC é, porém, complexo e, como alerta Edgar MORIN, mister refletir e pensar com calma (e sob a luz da Constituição Federal de 1988) antes de decidir não aplicar a lei tutelar, que, como veremos, em diálogo com outras leis do direito privado (Capítulo IV), geralmente se aplica a quase todas as relações privadas entre um sujeito vulnerável, o consumidor ou consumidor equiparado e um sujeito mais forte, ou profissional, o fornecedor ou empresário.

Mister frisar mais uma vez que a figura do “consumidor” (um civil ou leigo) somente aparece frente a um “fornecedor” (um empresário ou profissional). O campo de aplicação do CDC ou a relação de consumo (contratual e extracontratual) é sempre entre um consumidor e um fornecedor, é um campo de aplicação relacional. Neste sentido, podemos afirmar que o próprio conceito de consumidor é um conceito relacional, conceito pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes. Isso porque um profissional dispõe de informações sobre o produto, sobre o serviço e sobre o contrato, é um *expert*, um profissional no assunto, é este seu “ganha-pão”, sua vocação, sua fonte de rendas, sua especialidade; já o outro na relação (o *alter*, o parceiro em um contrato ou vítima de um acidente de consumo), o consumidor, tem naturalmente um déficit informacional, é um leigo, ele e todos aqueles que como ele formam a coletividade de consumidores afetados por aquela publicidade, produto transgênico, serviço financeiro complexo etc.

Em outras palavras, se dois civis, duas vizinhas amigas, contratam (compra e venda de uma joia antiga), nenhuma delas é consumidora, pois falta o fornecedor (o profissional, o empresário), são dois sujeitos “iguais”, regulados exclusivamente pelo Código Civil. Sendo assim, à relação jurídica de compra e venda da joia de família aplica-se o Código Civil, a venda é fora do mercado de consumo. Se dois comerciantes ou empresários contratam (compra e venda de diamantes brutos para lapidação e revenda), o mesmo acontece: são dois “iguais”, dois profissionais, no mercado de produção ou de distribuição, são dois sujeitos iguais regulados pelo Código Civil (que regula as obrigações privadas empresariais e civis) e pelas leis especiais do direito comercial, direito de privilégio dos profissionais, hoje empresários. Já o ato de consumo é um ato misto, entre dois sujeitos diferentes, um civil e um empresário, cada um regulado por uma lei (Código Civil e Código Comercial), e a relação do meio e os direitos e deveres daí oriundos é que é regulada pelo CDC. É direito especial subjetivamente e relacional, como vimos.

Explico: imaginemos uma figura com três círculos. Temos de um lado um círculo, e neste círculo um civil (um leigo), que seria protegido exclusivamente pelo direito civil (este primeiro círculo). Temos do outro um outro círculo, dentro dele está um comerciante, um profissional, um fornecedor de produtos e serviços, que seria protegido pelo direito de empresa ou comercial. O direito do consumidor é o círculo do meio, que envolve os outros dois, pois, no momento em que este civil adquire ou usa como destinatário final um produto ou serviço do outro fornecedor, ele se torna consumidor, e este ato misto, entre um civil e um comerciante, é regulado

pelo direito do consumidor, o círculo maior que envolve e é especial em relação a ambos neste momento relacional.

Daí o desafio de distinguir. O direito do consumidor é um direito para desiguais, forte, protetor, e assim tem um campo de aplicação subjetivamente especial. Vejamos.

2. As definições de consumidor no CDC

A complexidade do sistema do CDC inicia justamente pela definição do sujeito a proteger, o consumidor, que não é definido em apenas um artigo, mas em quatro dispositivos diferentes, como veremos (art. 2.º, *caput* e parágrafo único, art. 17 e art. 29 do CDC), e não é definido apenas sob a ótica individual, como sujeito de direitos individuais, mas também sob a ótica meta ou transindividual ou de grupo. Conhecemos então interesses dos consumidores vistos sob a ótica coletiva, sejam interesses individuais homogêneos, sejam interesses coletivos, e como interesses difusos.

Como ensina o art. 81 do CDC, a lei visa uma proteção ou defesa individual do consumidor, mas também uma defesa coletiva, e seu parágrafo único esclarece: “Art. 81. (...) Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (Capítulo XIV).

O consumidor é uma definição também ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. Visa também defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais. É uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas.

No CDC, também, a definição de consumidor não distingue entre o adquirente de produtos e o usuário de produtos, nem entre o objeto da relação de consumo, se uso de produtos ou o uso de serviços – logo, não conhecemos, como a Argentina, uma diferenciação entre consumidor e usuário: para o CDC todos são consumidores. É assim que, nas quatro definições do CDC, muitos verbos e conceitos indeterminados são usados para descrever a atividade do sujeito (adquirir ou utilizar, produto ou serviço), para descrever sua situação ou papel (intervir na relação de consumo, expostos a práticas, destinatário final, vítima de fato de produto ou do serviço). Mister, por fim, repetir que o conceito de consumidor, no novo direito privado brasileiro,

não deixa de ser também um conceito relacional, como vimos no número anterior: o consumidor aparece quando há um fornecedor na relação. Determinar quem é consumidor é, pois, uma atividade complexa e merece uma análise detalhada. Vejamos agora as teorias sobre este conceito.

a) *As teorias finalista e maximalista e a definição principal do art. 2.º do CDC*

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, empresário, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de *noção subjetiva* de consumidor, a qual excluiria totalmente do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais e entre duas pessoas jurídicas comerciais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro. É assim que na França e na Alemanha o consumidor é definido apenas como *pessoa física* (pessoas jurídicas estão excluídas, todas), definido como um *leigo* ou um não profissional que contrata ou se relaciona com um profissional para fins familiares ou de suas necessidades de vida.

O legislador brasileiro, porém, parece ter, em princípio, preferido uma definição mais objetiva de consumidor. O art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor dispõe que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Nesta definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como *destinatário final*. Certamente, ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com fim de lucro, também deve ser considerado “destinatário final”? Em que circunstâncias? A definição do art. 2.º do CDC não responde à pergunta; logo, é necessário interpretar (esclarecer o sentido, iluminar) a expressão “destinatário final”.

Desde 1992, em meu livro *Contratos no CDC*, identifiquei a existência de duas correntes doutrinárias quanto à definição do consumidor e, daí, do campo de aplicação do CDC: os finalistas e os maximalistas.

Para os *finalistas*, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4.º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2.º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4.º e 6.º.

Destinatário final seria 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 do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição. Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Parece-me que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede. As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade (uma farmácia); interpretar o art. 2.º de acordo com o *fin da norma*, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais. Note-se que neste caso se presume que a pessoa física seja sempre consumidora frente a um fornecedor e se permite que a pessoa jurídica vulnerável prove sua vulnerabilidade.

A teoria finalista é hoje a majoritária e consolidou-se na jurisprudência brasileira, como se observa nas ementas do STJ: “O Código de Defesa do Consumidor define consumidor como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, noção que, como a de fornecedor, é ideia-chave para a caracterização da relação de consumo. (...) O fato de a pessoa empregar em sua atividade econômica os produtos que adquire não implica, por si só, desconsiderá-la como destinatária final e, por isso, consumidora. No entanto, é preciso considerar a excepcionalidade da aplicação das medidas protetivas do CDC em favor de quem utiliza o produto ou serviço em sua atividade comercial. Em regra, a aquisição de bens ou a utilização de serviços para implementar ou incrementar a atividade comercial caracteriza a relação como de consumo. Precedentes” (REsp 1038645-RS, j. 19.10.2010, rel. Min. Sidnei Beneti); “... a relação jurídica existente entre a segurada e a transportadora ostenta nítido caráter mercantil, não podendo, em regra, ser aplicadas as normas inerentes às relações de consumo, pois, segundo apurado pela instância ordinária, ‘o segurador utilizou a prestação de serviço da ré transportadora como insumo dentro do processo de transformação, comercialização ou na prestação de serviços a terceiros; não se coadunando, portanto, com o conceito de consumidor propriamente dito, mas sim pretendendo a exploração da atividade econômica visando a obtenção do lucro’ (REsp 982.492-SP, j. 27.09.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão)”; “Não caracterização de relação de consumo – Teoria finalista – Consumidor como destinatário final – Relação entre empresa de transporte de pessoas ou cargas e concessionária de rodovia” (EDcl no REsp 1196541-RJ, j. 03.03.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino); “O condomínio utiliza a água fornecida para consumo das pessoas que nele residem, e não como produto de comercialização; nesse sentido, é destinatário final da água, está inserido

no conceito de consumidor e submetido à relação de consumo, devendo, portanto, ser observados os ditames do Código de Defesa do Consumidor” (REsp 1.023.862, rel. Min. Humberto Martins, Dje 22.04.2009). Precedentes: AgRg no REsp 1.119.647-RJ, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, Dje 04.03.2010; REsp 650791-RJ, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, DJ 20.04.2006” (AgRg no Ag 961.132-SP, j. 22.06.2010, rel. Min. Mauro Campbell Marques); “Na hipótese de aquisição de bens ou de utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar atividade negocial, inexistente relação de consumo, razão pela qual descabe a aplicação do CDC” (AgRg no REsp 1049012-MG, j. 25.05.2010, rel. Min. João Otávio de Noronha); “A relação jurídica entre clínica de oncologia que compra equipamento para prestar serviços de tratamento ao câncer, e representante comercial que vende esses mesmos equipamentos, não é de consumo, dada a adoção da teoria finalista acerca da definição das relações de consumo, no julgamento do REsp 541.867/BA (2.ª Seção, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16.05.2005). (REsp 1173060/CE, j. 16.10.2012, rel. Min. Nancy Andrighi); “A jurisprudência desta Corte Superior consagrou o entendimento de que, via de regra, consumidor é o destinatário final do produto ou serviço (Teoria finalista ou subjetiva).” (AgRg no Ag 1248314/RJ, j. 16.02.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 29.02.2012); “A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2.º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. (REsp 1195642/RJ, j. 13.11.2012, rel. Min. Nancy Andrighi); “O critério adotado para determinação da condição de consumidora da pessoa jurídica é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a pessoa jurídica deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido” (AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1281164/SP, j. 22.05.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, Dje 04.06.2012).

Já os *maximalistas* viam 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, que institui 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. 2.º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, 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. 2.º 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 seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para reutilizar e a destrói.

Segundo esta teoria maximalista, a pergunta da vulnerabilidade *in concreto* não seria importante. Defende que, diante de métodos contratuais massificados, como o uso de contratos de adesão, todo e qualquer cocontratante seria considerado vulnerável. Particularmente, parece-me que o simples fato de se utilizar um contrato pré-elaborado por um dos cocontratantes profissionais não deve ser suficiente para presumir a vulnerabilidade do outro – mister a prova no caso concreto. Como antes afirmei, parece-me

que a “fraqueza” não é inerente ao método, mas sim relativa, subjetiva e gradual, o que não impede, porém, de considerar que a contratação por adesão em geral é, justamente, o resultado de um “momento” de estrutural fraqueza. O Supremo Tribunal Federal, no caso *Teka versus Aiglon*, apoiou esta visão finalista do campo de aplicação do CDC (Sentença Estrangeira Contestada 5.847-1, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01.12.1999, publicada na íntegra na *Revista de Direito do Consumidor*, v. 34, 2000, p. 253-263). O item 4 da referida ementa chega a afirmar, mais do que finalisticamente: “Homologação de laudo arbitral estrangeiro (...). Inaplicação do Código de Defesa do Consumidor. (...) 4. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu art. 2.º, aplica-se somente a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Neste *leading case*, o STF deixou bem claro que os bens e serviços usados diretamente na produção de outros bens e serviços, estes sim destinados ao consumidor final, assim como comércio internacional de produção, não estão abrangidos pelo CDC.

O problema desta visão é que transforma o direito do consumidor em direito privado geral, pois retira do Código Civil quase todos os contratos comerciais, uma vez que comerciantes e profissionais consomem de forma intermediária insumos para a sua atividade-fim, de produção e de distribuição. No Código Civil (e na parte primeira do Código Comercial agora revogado), o privilegiado geralmente é o vendedor, que assume o risco de transferir seu produto para o outro profissional; no CDC, a proteção é do comprador, destinatário final, o consumidor. A pergunta aqui é por que proteger o comprador-profissional, por que proteger um fornecedor frente ao outro. As relações entre iguais estão bem reguladas pelo Código Civil de 2002, pelo que restou do Código Comercial de 1850 e pelas leis especiais privilegiadoras dos comerciantes. Após 14 anos de discussões, em 2004, o STJ manifestou-se pelo finalismo e criou inclusive um finalismo aprofundado, baseado na utilização da noção maior de vulnerabilidade, exame *in concreto* e uso das equiparações a consumidor conhecidas pelo CDC.

Como ensinou o STJ, quanto mais sólida e aprofundada a interpretação finalista, mais importante será a aplicação das equiparações legais e da noção de vulnerabilidade. Veja neste sentido bela ementa: “Direito do consumidor – Recurso especial – Conceito de consumidor – Critério subjetivo ou finalista – Mitigação – Pessoa jurídica – Excepcionalidade – Vulnerabilidade – Constatação na hipótese dos autos – Prática abusiva – Oferta inadequada – Característica, quantidade e composição do produto – Equiparação (art. 29) – Decadência – Inexistência – Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos – Renovação do compromisso – Vício oculto. A relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável, de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores empresários

em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas” (STJ, REsp 476428-SC, j. 19.04.2005, rel. Min. Nancy Andrighi).

b) O finalismo aprofundado e a noção de vulnerabilidade no CDC

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002 a visão maximalista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (art. 4.º, I), que poderíamos denominar aqui de *finalismo aprofundado*.

É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade, como afirma sempre Antonio Herman Benjamin, é a “peça fundamental” do direito do consumidor, é “o ponto de partida” de toda a sua aplicação, principalmente em matéria de contratos (art. 4.º, I, c/c art. 2.º do CDC). Parece-me que, em face do art. 2.º e do art. 4.º, I, do CDC, milita uma presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais dos produtos e dos serviços.

A jurisprudência pátria aceita, hoje, a presunção de vulnerabilidade da pessoa física (art. 2.º combinado com o art. 4.º, I do CDC), como destinatária final do produto e do serviço: “Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC” (Ag no AgIn 296516-SP, j. 07.12.2000, rel. Min. Nancy Andrighi). Assim como considera a hipervulnerabilidade da criança e do idoso consumidor, assim como daquele doente ou com necessidades especiais: “O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo.” (...). “Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas, sobretudo, os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna... Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador” (REsp 586.316-MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin).

Vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de

consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Ensina AMARAL JR.: "... o consumidor é vulnerável porque não dispõe dos conhecimentos técnicos necessários para a elaboração dos produtos ou para a prestação dos serviços no mercado. Por essa razão, o consumidor não está em condições de avaliar, corretamente, o grau de perfeição dos produtos e serviços" (A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 28). Por sua vez, MORAES identifica a vulnerabilidade técnica, jurídica, política ou legislativa, a biológica ou psicológica, a econômica ou social e a ambiental; assim como várias situações ou "formas de tornar o consumidor vulnerável". Lista as seguintes "formas de tornar o consumidor vulnerável": a) tecnicismo dos contratos; b) complexidade e extensão contratual; c) predisposição; d) generalidade dos contratos; e) estado de necessidade; dimensão dos caracteres dos contratos; g) cláusulas de exclusão da oferta; h) remissão a documentos não entregues; i) utilização de conceitos vagos e indeterminados; j) regime de monopólio; k) [complexidade] de inéditos produtos e serviços (internet, telesserviços etc.) (*O Código de Defesa do Consumidor*, p. 115 e ss.). Já MIRAGEM destaca a vulnerabilidade como um dos princípios gerais do direito do consumidor e relembra a "vulnerabilidade agravada" do consumidor criança e do consumidor idoso (*Direito do consumidor*, p. 81 e ss.). A recente jurisprudência do STJ também ensina que o abuso fica agravado quando a vulnerabilidade do sujeito é maior, como no caso de idoso: "O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral" (REsp 1061500-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04.11.2008). Também a bordadeira que compra máquina de bordar para seu sustento é vulnerável: "Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. (...) Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro" (REsp 1010834-GO, j. 03.08.2010, rel. Min. Nancy Andrichi).

Em resumo, existem três tipos de *vulnerabilidade*: a técnica, a jurídica, a fática. E um quarto tipo de vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional. Tal classificação tem sido observada pelo STJ que, em julgado recente, concorda com as quatro espécies de vulnerabilidade e acrescenta que, em situações concretas, outras formas de vulnerabilidade podem se manifestar, ensinando: "A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também

a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). A despeito da identificação *in abstracto* dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do Código de Defesa do Consumidor à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei 8.078/1990, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora” (REsp 1195642/RJ, j. 13.11.2012, rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 21.11.2012).

Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir excepcionalmente o profissional, destinatário final fático do bem. Segundo conclui o STJ, os agricultores, organizados em cooperativas, apresentam uma vulnerabilidade intrínseca em relação a máquinas agrícolas de nova geração, a definir que “é de consumo a relação entre o vendedor de máquina agrícola e compradora que a destina à sua atividade no campo. Pelo vício de qualidade do produto respondem solidariamente o fabricante e o revendedor (art. 18 do CDC)” (STJ, REsp 142.042-RS, j. 11.11.1997, Min. Ruy Rosado de Aguiar). Trata-se da exceção e não da regra. A 2.^a Seção disciplinou, em caso de compra de adubo, que esta “aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade comercial”, é “uma atividade de consumo intermediária” (REsp 1014960-RS, j. 02.09.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

Como concluiu de forma unânime a 2.^a Seção do STJ, citando a doutrina finalista e a ideia de profissionalidade, em relação envolvendo pessoa jurídica, profissional no fornecimento de serviços médicos e de exames, e que compra no exterior (Panamá) equipamento de ponta para exames médicos: “A compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado à realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – não constitui relação de consumo”. Da mesma forma, em 2004, na compra de equipamento médico-hospitalar por pessoa jurídica do ramo: “Processual civil – Competência – Foro de eleição – Contrato para aquisição de modernos equipamentos médico-hospitalares – Hipossuficiência não configurada – Precedente da 2.^a Seção – Decisão agravada confirmada – Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 561853-MG, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 27.04.2004). Também frente a bancos, a conta corrente de pessoas jurídicas é considerada relação “intermediária” (REsp 716.386-SP) e presume-se que o crédito é para fins de sua atividade principal: “1 – A jurisprudência desta Corte sedimenta-se no sentido da adoção da teoria finalista ou subjetiva para fins de caracterização da pessoa jurídica como consumidora em eventual relação de consumo, devendo, portanto, ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido (REsp 541.867-BA). 2 – Para

que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou serviço adquirido ou utilizado não pode guardar qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica por ele desenvolvida; o produto ou serviço deve ser utilizado para o atendimento de uma necessidade própria, pessoal do consumidor. 3 – No caso em tela, não se verifica tal circunstância, porquanto o serviço de crédito tomado pela pessoa jurídica junto à instituição financeira de certo foi utilizado para o fomento da atividade empresarial, no desenvolvimento da atividade lucrativa, de forma que a sua circulação econômica não se encerra nas mãos da pessoa jurídica, sociedade empresária, motivo pelo qual não resta caracterizada, in casu, relação de consumo entre as partes” (CC92.519-SP, 2.ª Seção, j. 16.02.2009, rel. Min. Fernando Gonçalves). O seguro, por exemplo, para o transporte de mercadorias também pode ser seguro profissional: “... a relação jurídica existente entre a segurada e a transportadora ostenta nítido caráter mercantil, não podendo, em regra, ser aplicadas as normas inerentes às relações de consumo, pois, segundo apurado pela instância ordinária, “o segurado utilizou a prestação de serviço da ré transportadora como insumo dentro do processo de transformação, comercialização ou na prestação de serviços a terceiros; não se coadunando, portanto, com o conceito de consumidor propriamente dito, mas sim pretendendo a exploração da atividade econômica visando a obtenção do lucro” (REsp 982.492-SP, j. 27.09.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão). E não há vulnerabilidade técnica de empresa no uso de sistemas de pagamento: “Conforme entendimento firmado pela 2.ª Seção desta Corte, o critério a ser adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. (...) Não há relação de consumo no caso dos autos, uma vez que o contrato firmado pelas partes constitui apenas instrumento para a facilitação das atividades comerciais do estabelecimento recorrido” (REsp 910.799-RS, j. 24.08.2010, rel. Min. Sidnei Beneti).

Essa vulnerabilidade do profissional é excepcional (e neste sentido necessita prova *in concreto*), pois trata-se de atividade profissional de “consumo intermediário”, regulado pelo direito comum, ou como ensina o STJ: “A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.” (STJ, REsp 541867-BA, j. 10.11.2004, rel. p/acórdão Min. Barros Monteiro) Realmente, essa vulnerabilidade está ligada à expertise, logo, à profissionalidade ou não do agente, sobre aquele produto ou serviço.

Assim pequenas empresas que contratam seguros contra roubo e furto para garantir seu patrimônio são consideradas destinatárias finais deste serviço e consumidoras: “O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido” (STJ, REsp 733.560-RJ, 3.ª T., j. 11.04.2006, rel. Min. Nancy Andrighi). Pessoas físicas,

como agricultores, frente a bancos também podem ser considerados consumidores, justamente por falta de expertise em serviços financeiros e vulnerabilidade in concreto: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados entre instituições financeiras e agricultor, pessoa física, ainda que para viabilizar o seu trabalho como produtor rural” (AgRg nos EDcl no REsp 866.389-DF, j. 19.06.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 01.07.2008). Já grandes produtores rurais que contratam insumos não se beneficiam do CDC: “Conforme entendimento firmado pela 2.^a Seção desta Corte, o critério a ser adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. (...) Não há relação de consumo, no caso dos autos, uma vez que o recorrido é produtor rural de grande porte e o maquinário objeto do contrato serviu para a colheita de milho e feijão em grande escala” (REsp 826.827-MT, j. 12.08.2010, rel. Min. Sidnei Beneti). Ainda há a *vulnerabilidade jurídica* ou científica, que é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Essa vulnerabilidade, no sistema do CDC, é *presumida* para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se.

Assim AMARAL JR. maximaliza esta vulnerabilidade, afirmando: “No plano jurídico, todavia, a vulnerabilidade do consumidor manifesta-se na alteração dos mecanismos de formação dos contratos, que deu origem ao aparecimento e consolidação dos contratos de massa” (A boa-fé, p. 28-29). O CDC traz ampla definição de contrato de adesão em seu art. 54 e regula muitas das práticas consideradas abusivas; no art. 39, justamente, tendo em vista esta massificação nas relações contratuais, que qualifica a vulnerabilidade jurídica do consumidor. A jurisprudência do STJ concorda com esta tese e ensina: “Tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Aplicável, pois, o CDC” (STJ, REsp 296.516, j. 07.12.2000, Min. Fátima Nancy Andrihgi, DJ 05.02.2001). Em caso envolvendo microempresa que conclui seguro para segurar seu patrimônio, cláusula que limitava a cobertura para “furto qualificado”, reproduzindo seu texto legal polêmico nos tribunais foi considerada “informação” insuficiente e teve sua vulnerabilidade “jurídica” reconhecida, justamente pela dificuldade da qualificação escolhida no contrato de adesão de seguro, dano efeito útil a inclusão das pessoas jurídicas na figura de consumidor stricto sensu: “O art. 2.^o do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, sendo relevante saber se a pessoa, física ou jurídica, é “destinatária final” do produto ou serviço. Nesse passo, somente se desnatura a relação consumerista se o bem ou serviço passa a integrar uma cadeia produtiva do adquirente, ou seja, posto a revenda ou transformado por meio de beneficiamento ou montagem” (REsp 814060-RJ, j. 06.04.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.^a T., DJe 13.04.2010). Já grande empresa que contrata transporte de gerador não é considerada consumidora: “A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária

final do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos ser resolvidos com outras regras do direito das obrigações” (REsp 836.823-PR, j. 12.08.2010, rel. Min. Sidnei Beneti). Em suma, a vulnerabilidade técnica da empresa não existe em sua área profissional de atuação: “Tratando-se de grande produtor rural e o contrato referindo-se, na sua origem, à compra de insumos agrícolas, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois não se trata de destinatário final, conforme bem estabelece o art. 2.º do CDC, in verbis: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (REsp 914.384-MT, j. 02.09.2010, rel. Min. Massami Uyeda). Em suma, a vulnerabilidade da pessoa jurídica é relativa e depende de prova no caso concreto: “O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte” (AgRg no Ag 1316667-RO, j. 15.02.2011, rel. Min. Vasco Della Giustina). V. também REsp 1195642/RJ, j. 13.11.2012, rel. Min. Nancy Andrighi.

Considere-se, pois, a importância dessa presunção de *vulnerabilidade jurídica* do agente consumidor (não profissional) como fonte irradiadora de deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, em face hoje da complexidade da relação contratual conexa e seus múltiplos vínculos cativos (por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas em um contrato de plano de saúde) e da falta de clareza deste contrato, especialmente os massificados e de adesão. Como ensina o STJ, o fornecedor deve presumir que consumidor *stricto sensu* é um leigo e, assim, cumprir seus deveres de boa-fé visando alcançar a informação deste cocontratante leigo: “Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga” (STJ, REsp 311509-SP, j. 03.05.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

A bela ementa original deste recurso especial ensina: “Direito civil – Contrato de seguro-saúde – Transplante – Cobertura do tratamento – Cláusula dúbia e mal redigida – Interpretação favorável ao consumidor – Art. 54, § 4.º, CDC – Recurso especial – Súmula/STJ, Enunciado 5 – Precedentes – Recurso não conhecido. I – Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu verbete sumular n. 5. II – Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga” (STJ, REsp 311509-SP, j. 03.05.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Há ainda a *vulnerabilidade fática* ou socioeconômica, onde o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio,

fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder atender suas consultas, e se submete às condições fixadas pela administradora de consórcios, ou pelo próprio Estado.

O Superior Tribunal de Justiça trabalha com esta noção de vulnerabilidade fática do mutuário do SFH diante do agente financeiro e afirma: “3. Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas deve imperar na formação do negócio jurídico; b) o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte” (STJ, REsp 157.841-SP, j. 12.03.1998, Min. José Delgado, DJ 27.04.1998). O STJ tem considerado que muitas pessoas jurídicas, frente aos monopólios dos serviços públicos privatizados, podem ser consideradas vulneráveis (veja AgRg no REsp 916.939-MG, j. 04.11.2008 rel. Min. Denise Arruda, e decisão sobre cobrança indevida do PIS/CONFINS, REsp 1053778-RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.09.2008). Assim, em matéria de telefonia, a tarifa básica foi autorizada sem qualquer distinção entre grandes e pequenos “consumidores” (Súmula 356 do STJ). Note-se que a Súmula 407 do STJ considerou legítimas as distinções entre consumidores e “grandes usuários”, geralmente fornecedores, nas tarifas de água e esgoto (“É legítima a cobrança da tarifa de água fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo). Na jurisprudência dos Tribunais estaduais e no STJ, ainda polêmico é o caso dos municípios, como destinatários finais” ou consumidores pessoas jurídicas de direito público, em especial no que se refere ao corte de energia elétrica, em especial de hospitais e espaços públicos. No STJ, encontram-se decisões comparando a qualidade de consumidor da pessoa jurídica de direito público à de direito privado: “1. Para se enquadrar o Município no art. 2.º do CDC, deve-se mitigar o conceito finalista de consumidor nos casos de vulnerabilidade, tal como ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado. 2. Pretende-se revisar o critério de quantificação da energia fornecida a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço, bem como não se extrai do acórdão recorrido uma situação de vulnerabilidade por parte do ente público. 3. A ação revisional deve, portanto, ser ajuizada no foro do domicílio da réu (art. 100, IV, a, do CPC). 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 913.711-SP, 2.ª T., j. 19.08.2008, rel. Min. Mauro Campbell Marques). Realmente, o art. 2.º do CDC não restringiu a figura do consumidor às pessoas jurídicas de direito privado, daí que a análise deve se fazer quanto à destinação final e à vulnerabilidade in concreto. Como

vimos no capítulo sobre os direitos básicos do consumidor, vizinha a esta ideia está a visão processual da vulnerabilidade fática, a *hipossuficiência (econômica)*, que leva a considerar abusivas as cláusulas de eleição de foro e impor um foro privilegiado ao consumidor (art. 101, I, do CDC). As cláusulas de eleição do foro são consideradas nulas pelo art. 51, IV, do CDC, pois dificultam o acesso à Justiça dos consumidores, em especial em contratos de adesão. Modificação trazida ao CPC (art. 112, parágrafo único) reforça o privilégio de foro do consumidor, agora repetido no projeto de novo Código de Processo Civil, inclusive para contratos internacionais de consumo, complementando o art. 101, I, do CDC no que se refere à competência internacional (Projeto Fux de futuro CPC: “Art. 21. Também caberá à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: (...) II – decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil”).

Segundo ensina o STJ, hipossuficiência é uma noção processual. Veja REsp 200.390-SP, j. 24.10.2000, Min. Edson Vidigal, cuja ementa é a seguinte: “Processual civil – Assistência judiciária gratuita – Comprovação da hipossuficiência – Desnecessidade – Lei 1.060/1950, arts. 4.º e 7.º. 1. A Constituição Federal recepcionou o instituto da assistência judiciária gratuita, formulada mediante simples declaração de pobreza, sem necessidade da respectiva comprovação. Ressalva de que a parte contrária poderá requerer a sua revogação, se provar a inexistência da hipossuficiência alegada”. Ou o REsp 243.386-SP, j. 16.03.2000, Min. Felix Fischer, cuja ementa é a seguinte: “Processual civil – Assistência judiciária gratuita. (...) A assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de hipossuficiente (Lei 1.060/1950, art. 4.º, § 1.º). É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício”. Veja, usando também processualmente o princípio da vulnerabilidade, como fonte da hipossuficiência, AGA 184.616-RJ, j. 29.03.2001, Min. Fátima Nancy Andriighi, onde se lê na ementa: “Processual civil e direito do consumidor (...) – Intervenção de terceiro que prejudicaria a consecução imediata do direito material do consumidor – Enaltecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor”. No REsp 156.002-MG, j. 21.05.1998, Min. Cesar Asfor Rocha, a noção processual é assim interpretada: “Processo civil – Código de Defesa do Consumidor – Art. 101, I – Ação aforada em comarca de maior porte vizinha à da residência do autor – Inexistência de prejuízo para a ré. Não ofende o art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor o autor que ajuíza ação de responsabilidade civil contra fornecedor de produtos ou serviços, com base em referido Código, em comarca próxima à que reside, sobretudo quando nesta é que contraída a obrigação veiculada no feito, sendo essa escolha até mais favorável à ré, por ser essa comarca de maior porte e nela dispondo a ré de corpo técnico para onde foram dirigidas as anteriores reclamações decorrentes dos vícios apontados. Essa é a interpretação que mais se compadece com o espírito norteador contido no CDC, que alberga normas de caráter nitidamente protecionista ao consumidor, em razão de sua presumida hipossuficiência econômica”.

A doutrina brasileira defende, igualmente, que os consumidores desfavorecidos (ou pobres) podem ser chamados de hipossuficientes, criando assim uma graduação (econômica) da vulnerabilidade em direito material. A jurisprudência brasileira reconhece a hipervulnerabilidade de alguns consumidores, por idade (idosos, crianças,

bebês, jovens), condições especiais de saúde (doentes, contaminados com o vírus HIV), e necessidades especiais, como especificam os arts. 37, § 2.º, e 39, IV, do CDC.

Nestes casos, o CDC é usado em diálogo com as leis especiais protetivas, como o Estatuto do Idoso (REsp 989.380-RN, j. 06.11.2008, rel. Min. Nancy Andrighi) e Estatuto da Criança e do Adolescente e Lei de Planos de Saúde (REsp 1037759-RJ, j. 23.02.2010, rel. Min. Nancy Andrighi). Este reconhecimento significa que produtos e serviços destinados a estes consumidores hipervulneráveis, assim como a publicidade a eles destinada deve guardar parâmetros mais qualificados de boa-fé (art. 37, § 2.º, e art. 39, IV), além do que, se abusivos, dar azo a danos morais diferenciados como no caso de produtos alimentares para bebês (REsp 980860-SP, j. 23.04.2009, rel. Min. Nancy Andrighi) e dano moral coletivo no transporte coletivo gratuito de idosos (REsp 1.057.274-RS, j. 01.12.2009, rel. Min. Eliana Calmon). Assim ensina, em *leading case* do glúten, o STJ: “No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores. (...) O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos” (REsp 586.316-MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin).

Efetivamente, como ensina a doutrina francesa, a fraqueza ou fragilidade pode ser inerente às pessoas individualmente consideradas; pode ser relativa, quando o outro é muito forte, ou quando o bem ou serviço desejado é essencial e urgente, comportando assim graduações subjetivas comparáveis às graduações subjetivas da minoridade, que iriam dos consumidores mais desfavorecidos ou vulneráveis (idosos, crianças, superendividados, doentes, mutuários do SFH etc.) aos profissionais somente eventualmente vulneráveis, ante, por exemplo, a complexidade do bem ou serviço.

Assim, discute a jurisprudência brasileira a vulnerabilidade da pessoa frente aos fornecedores de serviços essenciais, com monopólios naturais ou quase, como a água e a energia elétrica. No caso da água, o STJ já reconheceu como vulneráveis mesmo empresas que utilizavam estes serviços essenciais como insumo. No caso da energia elétrica, o STJ criou toda uma nova teoria de finalismo aprofundado, justamente para valorar mais a vulnerabilidade e a destinação final fático-social destes produtos essenciais, afirmando: “A pessoa jurídica com fins lucrativos caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza do serviço de fornecimento de energia elétrica prestado pela recorrente, com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva. Todavia, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissio-

nal ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor” (STJ, REsp 661145-ES, Min. Jorge Scartezini, j. 22.05.2005). No caso da telefonia, empresa fornecedora de acesso à internet não foi considerada vulnerável e o caso regulado pelo direito comum (STJ, REsp 660026-RJ, Min. Jorge Scartezini, j. 03.05.2005). A empresa que contrata e utiliza serviços de telefonia não foi considerada vulnerável no julgamento do REsp 1195642/RJ (j. 13.11.2012, rel. Min. Nancy Andrigli).

Em resumo, como se observa, a chave da justiça na aplicação do CDC é justamente o exame detalhado e profundo da noção de vulnerabilidade, *in abstracto* e *in concreto*.

Resta analisar a *vulnerabilidade informacional*, que é a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade. Hoje merece ela uma menção especial, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação. Nosso mundo de consumo é cada vez mais visual, rápido e de risco, daí a importância da informação.

Efetivamente, o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária. Concorde-se com Erik Jayme, quando conclui que o consumidor/usuário experimenta neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o consumo pela internet, pela televisão, pelo celular, pela televisão, pelos novos tipos de computadores, cartões e *chips*), sim, uma nova vulnerabilidade. É o que Antonio Herman Benjamin considerou como o aparecimento de uma “hipervulnerabilidade” em nossos dias.

Em resumo, na sociedade atual é na informação que está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade quanto mais importante for esta informação detida pelo outro. Parece-me, pois, útil – mesmo sob pena de alguma repetição – incluir algum comentário sobre esta espécie de vulnerabilidade, a informativa, que é intrínseca à relação de consumo. Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação *vis-à-vis* os fornecedores, os quais, mais do que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4.º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente enquanto pessoa física.

Segundo Teresa NEGREIROS, o novo paradigma contratual deveria ser este da “essencialidade” na sociedade contemporânea (*Teoria do contrato – Novos paradigmas*, p. 30 e ss.). A proteção da pessoa humana e sua dignidade, que está presente no direito do consumidor, é uma das finalidades do direito civil-constitucional. Efetivamente, a informação, que era acessório (dever anexo de boa-fé), torna-se principal e é base da

vinculação, em que o conjunto informacional e de aparências é valorizado a ponto de ser instrumento de defesa da dignidade da pessoa humana. Pensemos na vulnerabilidade que representa não dispor de uma informação alimentar, de que um determinado produto contém elementos geneticamente modificados, ou que um determinado produto legal de tabaco causa vício e danos a 50% de seus consumidores, qualquer a quantidade utilizada. São informações de boa-fé que um agente da sociedade detém e o outro não. A decisão de “in-formar” é a decisão de (dar) forma e passar de seu âmbito ou campo de domínio algo imaterial para o outro, a informação. Também, no aspecto positivo, o comunicado/informado, tornado comum, é uma forma de responsabilidade, cria confiança, compensa diferenças, assegura liberdades e decisões. A não informação/omissão leva também à imputação de responsabilidades. Em resumo, informação hoje é poder e é fonte de responsabilidade, a informação é divisão de riscos, significando justamente compartilhamento, tornar comum (*communicatio-ionis, communico-are, communis*) o conhecimento que um detém sobre o produto, o serviço, a maneira de usar ou o contrato. O CDC criou o vício da informação. Realmente, a informação é um instrumento de compensação da vulnerabilidade do consumidor, é valor econômico e é a fonte básica da vulnerabilidade. A importância da vulnerabilidade informacional foi reconhecida no julgamento do REsp 1195642/RJ, j. 13.11.2012, rel. Min. Nancy Andriahi.

Cada vez mais o direito e a sociedade valorizam essa vulnerabilidade informacional das pessoas físicas consumidores, em especial nas novas tecnologias e no comércio eletrônico, como demonstra o atual processo de atualização do CDC. Também em matéria de produtos perigosos, medicamentos e serviços e alimentos, que podem afetar diretamente a saúde dos consumidores e suas famílias – neste sentido é salutar a norma do art. 220 da CF/1988, sobre limites à publicidade de tabaco e medicamentos.

Na legislação sobre organismos geneticamente modificados parece-me estar presente um reconhecimento dessa vulnerabilidade informacional, que toca diretamente com direitos fundamentais e direitos de personalidade. É assim que o Dec. 4.680, de 24 de abril de 2003, que substituiu o Dec. 3.871/2001, regulamenta “o direito à informação”, assegurado pelo CDC, “quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis”. E impõe, em seu art. 2.º, um dever de informar aos consumidores sobre a presença de transgênicos nos produtos com acima de 1%. Note-se que o decreto, no seu art. 3.º, impõe inclusive a informação ao consumidor de que os animais a consumir ou que contribuem com ingredientes para os produtos foram alimentados com organismos geneticamente modificados, assim como permite uma rotulagem negativa (“livre de transgênicos”) em seu art. 4.º. Por fim, destaque-se que o próprio Dec. 4.680/2003 manda aplicar, em seu art. 6.º, as sanções e penalidades do Código de Defesa do Consumidor, destacando a importância desta vulnerabilidade informativa alimentar. Também o art. 40 da Lei 11.105/2005 impõe que os “alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos”, tema regulamentado pela Instrução Normativa Interministerial n. 1, de 1.º de abril de 2004, e símbolo específico.

No mundo atual, o déficit informacional dos consumidores está cada vez mais profundo. A jurisprudência, porém, está demonstrando uma tendência de valorizar as informações prestadas, mesmo que através da marca ou aparência, e daí tirando instrumentos de compensação dessa vulnerabilidade intrínseca do papel de consumidor. Ocorre que no mundo de hoje essa vulnerabilidade é compartilhada por muitos, mesmo alguns que não são exatamente os destinatários finais dos produtos e serviços. Neste sentido é importante relembrar que o CDC equipara alguns destes sujeitos de direito a consumidores.

c) Os consumidores equiparados

Em apertada síntese, são consumidores equiparados, *ex vi* o parágrafo único do art. 2.º do CDC, *a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*; *ex vi* o art. 17 do CDC, *todas as vítimas* dos fatos do serviço, por exemplo, os passantes na rua quando avião cai por defeito do serviço, ou todos que estão em um *shopping center* que explode, sejam comerciantes ou visitantes futuros consumidores, todos são vítimas deste trágico acidente de consumo. Também segundo o art. 29 do CDC, são consumidores equiparados *todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas, de bancos de dados, sempre que vulneráveis in concreto*. Como vimos, sempre há o perigo de considerarmos a todos e em todas as situações como consumidores (dois iguais civis, dois iguais comerciantes entre eles), como queria a teoria maximalista. De outro lado, há perigo também quando menosprezamos as equiparações legais que o CDC expressamente impôs e deixamos sujeitos de direitos em situações análogas de vulnerabilidade, sem a proteção especial. Daí a importância do finalismo aprofundado antes analisado.

Invocados os novos direitos presentes no CDC em contenda entre dois profissionais, a solução jurisprudencial quanto à abusividade das cláusulas contratuais foi sempre no sentido de um uso “análogo” ou inspirador, e como verdadeiro princípio geral (de boa-fé) das normas do CDC. De outro lado, a jurisprudência valorizou os artigos presentes no CDC que criavam a figura do “agente equiparado a consumidor”, tanto no campo extracontratual quanto no contratual (arts. 2.º, parágrafo único, 17 e 29 do CDC), tema de que passamos a tratar.

Efetivamente, nestes mais de 22 anos de prática do CDC, a jurisprudência valorizou a técnica do próprio CDC de instituir “consumidores equiparados” ao lado dos consumidores *stricto sensu*, e passou a exercer um controle de cláusulas abusivas em contratos de adesão que estariam inicialmente fora do campo de aplicação do CDC, como o contrato entre dois profissionais sobre *leasing* em dólar; assim como a valorar práticas comerciais abusivas entre dois fornecedores, se um era um agricultor, cooperativa de agricultores ou pequena farmácia agindo fora de sua especialidade, ou todos os fornecedores e consumidores vítimas de um incêndio em um *shopping center*.

O ponto de partida dessa extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem

ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Essas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma, a ocupar uma posição de vulnerabilidade. Mesmo não preenchendo as características de um consumidor *stricto sensu*, a posição preponderante (*Machtposition*) do fornecedor e a posição de vulnerabilidade dessas pessoas sensibilizaram o legislador e, agora, os aplicadores da lei. Vejamos em detalhes essas três equiparações.

O parágrafo único do art. 2.º do CDC é das normas de extensão a mais geral, equiparando a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Assim, apesar de não se caracterizar como consumidor *stricto sensu*, a criança, filha do adquirente, que ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato do produto, é consumidor-equiparado e se beneficia de todas as normas protetivas do CDC aplicáveis ao caso. A importância do parágrafo único do art. 2.º é seu caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código (MARQUES, *Comentários*, p. 87).

A proteção deste terceiro, *bystander*, que não é destinatário final de produtos e serviços do art. 2.º do CDC, é complementada pela disposição do art. 17 do CDC, que, aplicando-se somente à seção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 16), dispõe: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Logo, basta ser “vítima” de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC – não é necessário ser destinatário final, ser consumidor concreto, basta o acidente de consumo oriundo deste defeito do produto e do serviço que causa o dano. Afirma o STJ em caso de explosão de loja de fogos de artifício: “Em consonância com o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança” (STJ, REsp 181.580-SP, j. 09.12.2003, Min. Castro Filho). Aqui a jurisprudência defende todas as vítimas e geralmente atua fortemente, até mesmo para determinar a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. A Corte também destaca a possibilidade de terceiro, vítima de acidente de trânsito envolvendo serviço de transporte, invocar o art. 17 a seu favor: “O art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (*bystander*), sujeitando à proteção do CDC aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação. 4. Em acidente de trânsito envolvendo fornecedor de serviço de transporte, o terceiro vitimado em decorrência dessa relação de consumo deve ser considerado consumidor por equiparação. Excepciona-se essa regra se, no momento do acidente, o fornecedor não estiver prestando o serviço, inexistindo, pois, qualquer relação de consumo de onde se possa extrair, por equiparação, a condição de consumidor do terceiro” (REsp 1125276/RJ, j. 28.02.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 07.03.2012).

Como ensina o STJ: “A jurisprudência deste Tribunal não faz distinção entre o consumidor que efetua compra e aquele que apenas vai ao local sem nada despende. Em ambos os casos, entende-se pelo cabimento da indenização em decorrência do furto de veículo” (STJ, REsp 437649-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06.02.2003). Um bom exemplo do uso do art. 17 combinado com o art. 28 foi o caso do desmoronamento dos edifícios Palace I e II: “Aplicação do direito brasileiro em face de norma expressa do Código de Defesa do Consumidor – Quando é possível a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio da pessoa física, verdadeiramente responsável – Art. 28 e seus parágrafos da Lei 8.078/1990 – Legitimidade passiva dos réus reconhecida – Responsabilidade solidária, de natureza objetiva, dos réus pelo desabamento que ceifou vidas, e que teve origem em vícios de construção, erros de cálculo estruturais e uso de material inadequado na obra – Obrigação de indenizar reconhecida – Procedência da ação mantida – Acolhimento do requerimento formulado pelo MP, com a decretação do sequestro dos bens do terceiro réu (segundo apelante), no Brasil e no exterior – Remessa de cópia do acórdão ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, Exmo. Sr. Procurador Geral da República e Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado” (TJRJ, 7.ª Câm., ApCiv 15.076/98, rel. Des. Áurea Pimentel Pereira, j. 08.04.1999). Outro bom exemplo foi o da explosão do *shopping* Osasco: “Art. 28, § 5.º (...). Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum” (STJ, REsp 279.273-SP, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2003, RDC 54/219-266). O art. 17 do CDC permite ao consumidor equiparado um status idêntico ao do consumidor *stricto sensu* e neste sentido é muito útil para a sua reparação integral, como ensina o STJ: “Nos termos do que dispõe o art. 17 da Lei 8.078/1990, equipara-se à qualidade de consumidor, para os efeitos legais, àquele que, embora não tenha participado diretamente da relação de consumo, sofre as consequências do evento danoso decorrente do defeito exterior que ultrapassa o objeto e provoca lesões, gerando risco à sua segurança física e psíquica. (...) Respondem solidariamente todos aqueles que contribuíram para a causa do dano” (AgRg no REsp 1000329-SC, j. 10.08.2010, rel. Min. João Otávio de Noronha). Por sua vez, o art. 29 é uma disposição especial, que abre o Capítulo V do Código, sobre “Práticas comerciais”, aplicável, portanto, a todas as seções do capítulo, quais sejam a seção sobre oferta (arts. 30 a 35), sobre publicidade (arts. 36 a 38), sobre práticas abusivas (arts. 39 a 41), sobre cobrança de dívidas (art. 42), sobre bancos de dados e cadastros de consumidores (arts. 43 e 44), e que se diz aplicável também ao capítulo posterior, o Capítulo VI, dedicado à “Proteção contratual”. Trata-se atualmente, portanto, da mais importante norma extensiva do campo de aplicação da lei.

O art. 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder

econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) *expostas às práticas abusivas*. Estas, mesmo não sendo “consumidores *stricto sensu*”, poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas!

Como já mencionei, até 2005, o potencial desta norma tinha sido pouco explorado pela jurisprudência. Menos ainda pelos agentes econômicos presentes no mercado brasileiro, talvez receosos de que um dia ela seja usada contra eles próprios (MARQUES, *Comentários*, p. 451-452). Na verdade, sua potencialidade ainda é quase desconhecida dos advogados e parece conter como único limite a ideia de prejuízo (direto ou indireto) para os consumidores diante da prática comercial abusiva.

O STJ ainda não se manifestou de forma definitiva sobre o assunto, afirmando: “A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC.” (REsp 684.613-SP, j. 21.06.2005, rel. Min. Nancy Andrighi). Em acórdão recente, a Corte destaca a importância do art. 29 do CDC: “A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4.º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor” (REsp 1195642/RJ, 3.ª T., j. 12.11.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 21.11.2012). Em caso de sofisticado contrato de compra de safra futura, com negociações em dólar ligadas à bolsa de Chicago, apesar de contrato-tipo negou a qualidade de consumidor: “Não há relação de consumo nos moldes do artigo 29 do CDC quando o contratante não traduz a condição de potencial consumidor nem de parte aderente, firmando negócio jurídico produzido por acordo de vontades, na forma de contrato-tipo.” (REsp 655.436-MT, j. 08.04.2008, rel. Min. João Otávio de Noronha,). Porém já reconheceu a possibilidade de associação de empresas de carga aérea demandar seus direitos coletivamente, mesmo que não consumidores *stricto sensu* (REsp 810.043-SP, j. 17.12.2009, rel. Min. Massami Uyeda). Em casos internacionais, raramente a vulnerabilidade da pessoa jurídica é reconhecida (AgRg no Ag 1341225-RS, j. 16.11.2010, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

Com a nova linha de finalismo aprofundado, o STJ começa a diferenciar entre pessoas jurídicas vulneráveis, se consumidores finais (art. 2.º) ou se apenas equiparados, no caso concreto e conforme a prova do processo, a posição do consumidor (art. 29). A entrada em vigor do Código Civil de 2002 pode ter levado a este desenvolvimento do finalismo aprofundado. O Código Civil regula muitos contratos interempresariais, estabelecendo linhas gerais de boa-fé específicas para relações

entre iguais e experts profissionais em sua atividade, como é o caso dos agentes e representantes autônomos, que podem ser vulneráveis e mesmo encontrarem-se em situação de dependência, mas são profissionais visando lucro, como ensinou o STJ: “A relação jurídica que se estabelece entre o representante comercial autônomo e a sociedade representada é regulada por disciplina jurídica própria, não se aplicando as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor” (REsp 761.557-RS, j. 24.11.2009, rel. Min. Sidnei Beneti). A verdade é que os empresários geralmente são fornecedores frente ao CDC.

3. As definições de fornecedor

Como vimos, a definição de consumidor é relacional e depende da presença de um fornecedor no outro lado da relação jurídica submetida ao CDC, seja contratual ou extracontratual. É por isso que a definição de fornecedor do art. 3.º do CDC é tão ampla, para que um maior número de relações possa estar no campo de aplicação do CDC, uma vez que decisiva é mesmo – por mandamento constitucional – a presença de um consumidor. Vejamos esta definição única do art. 3.º, seus elementos e sua realidade na cadeia de produção, distribuição e consumo de hoje, em que mesmo alguns cadastradores, intermediários e empregadores acabam por se equiparar a consumidores, para efeitos do CDC.

a) Art. 3.º do CDC: as definições de produto, de serviço e remuneração direta e indireta

O art. 3.º do CDC traz a definição de *fornecedor stricto sensu* e afirma: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Como se vê, há uma diferenciação nos critérios para o fornecimento de produtos e serviços, que vêm definidos nos parágrafos do art. 3.º do CDC, também de maneira ampla.

Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Essas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis às quais se aplica o CC/2002. A exclusão parece-me correta, pois o CDC, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores.

A pergunta é se a empresa é fornecedor sempre, mesmo se vende alguma coisa fora de sua atividade profissional, por exemplo, um carro que usou por anos, para um particular. A primeira resposta da jurisprudência do STJ, em caso de pequena agência de viagens que vendeu seu carro para um “consumidor”, foi negativa: “As normas de Código de Defesa do Consumidor não se aplicam às relações de compra

e venda de objeto totalmente diferente daquele que não se reveste da natureza do comércio exercido pelo vendedor. No caso, uma agência de viagem. Assim, quem vendeu o veículo não pode ser considerado fornecedor à luz do CDC” (AgRg no Ag 150.829-DF, j. 19.03.1998, rel. Min. Waldemar Zveiter). Também polêmica é se o Estado pode ser consumidor frente a um “fornecedor” de produtos e serviços da sociedade de consumo, como, por exemplo, os serviços publicitários. Aqui também a primeira resposta foi negativa, aplicando-se apenas o direito administrativo, pois o Estado raramente é vulnerável: “Em se tratando de contrato administrativo, em que a Administração é quem detém posição de supremacia justificada pelo interesse público, não incidem as normas contidas no CDC, especialmente quando se trata da aplicação de penalidades. (...) Somente se admite a incidência do CDC nos contratos administrativos em situações excepcionais, em que a Administração assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, o que não ocorre na espécie, por se tratar de simples contrato de prestação de serviço de publicidade” (RMS 31.073-TO, j. 26.08.2010, rel. Min. Eliana Calmon). E, por fim, note-se que ser fornecedor de produtos e serviços não é qualidade ligada ao objetivo de lucro, em caso envolvendo entidades sem fins lucrativos que ofereciam planos de saúde, decidiu o STJ: “Segundo entendimento desta Corte, a relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado (REsp 469.911-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 10.03.2008)” (AgRg no REsp 900.508-DF, j. 25.05.2010, rel. Min. Sidnei Beneti).

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3.º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o § 2.º do art. 3.º define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada. Segundo a doutrina brasileira, fornecer significa “prover, abastecer, guarnecer, dar, administrar, facilitar, proporcionar” – trata-se, portanto, de uma atividade independente de quem realmente detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar o serviço e seus deveres anexos. A expressão “atividades”, no *caput* do art. 3.º, parece indicar a exigência de alguma reiteração ou habitualidade, mas fica clara a intenção do legislador de assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviços no campo de aplicação do CDC, à dependência única de ser o cocontratante um consumidor. Sendo que, como serviço, o § 2.º do art. 3.º entende também as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, ficando excluídas apenas as de caráter trabalhista.

A norma do § 2.º do art. 3.º do CDC traz uma definição legal, delimitando o campo de aplicação subjetivo (fornecedor) e material (serviço) desta lei: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as de-

correntes das relações de caráter trabalhista”. Da mesma forma, o § 1.º do art. 3.º do CDC define produto de maneira ampla, como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Em outras palavras, produto é qualquer bem, consumível fisicamente ou não, móvel ou imóvel, novo ou usado, material ou imaterial, fungível ou infungível, principal ou acessório.

Na jurisprudência há dúvida se a relação entre o advogado e seu cliente é uma relação de consumo (BESSA, Relação, p. 113 e ss.). No STJ, dividiram-se as opiniões. Algumas decisões consideraram a posição do cliente como consumidor e destinatário final deste serviço complexo com obrigação de meios (e não de resultado), como no REsp 651.278 e REsp 364168-SE. Outras, ao contrário, como no REsp 539.007 e REsp 532377-RJ, negaram a aplicação do CDC em face da legislação especial regulamentar da profissão de advogado e pelo fato do serviço ser prestado frente à Justiça, assim excluído do “mercado” de consumo, posição defendida com brilho pelo Conselho Federal da OAB. Com a EC 45 do Judiciário, a polêmica aumentou, pois parecia ter sido transferida para a Justiça de Trabalho a cobrança de honorários advocatícios, o que parecia afastar a aplicação do CDC. Recentemente, o TST decidiu que se trata de relação de consumo e que se deve aplicar o CDC para proteger o cliente-consumidor, mesmo na cobrança do advogado, sendo a justiça comum a competente e incompetente a Justiça do Trabalho. Assim a decisão: “A Justiça do Trabalho é incompetente para julgar a presente ação, em que o advogado, profissional liberal, busca o recebimento dos honorários advocatícios pelos serviços executados. Trata-se de uma relação de consumo, e não de trabalho, sendo, portanto, de competência da Justiça Comum. *In casu*, o trabalho não é o cerne do contrato, mas sim um bem de consumo que se traduziu nele, que é o resultado esperado diante de um contrato realizado entre as partes, qual seja prestação de serviços de advocacia como profissional liberal. Assim, a competência da Justiça do Trabalho estará assegurada apenas quando não houver, pela natureza dos serviços realizados, relação contratual de consumo” (ERR TST-E-RR-781/2005-005-04-00.5, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, j. 29.10.2009, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 20.11.2009 – RDC 73/324).

Como no art. 3.º, § 2.º, do CDC a remuneração do serviço é o único elemento caracterizador, e não a profissionalidade de quem o presta, como em matéria de produtos, a gratuidade passou a ser um tema de grande discussão em matéria de campo de aplicação do CDC aos serviços. Este problema apareceu da crescente prática comercial de enviar produtos “gratuitos”, brindes, prêmios, milhagem em viagens e em compras. Efetivamente, o art. 3.º, § 2.º, menciona apenas a “remuneração” como necessária para serviços e, contrário senso, conclui-se que os produtos podem ser gratuitos e estar sujeitos ao CDC (inclusive alguns são considerados pelo parágrafo único do art. 39 como amostras grátis). Esta conclusão é muito importante para a internet (REsp 1.186.616-MG). No julgamento do REsp 1316921/RJ, destaca o STJ que “O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3.º, § 2.º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor” (Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.06.2012, Dje 29.06.2012).

Muitos serviços anexos e conexos de consumo, como os estacionamento, podem ser “gratuitos” e são relações de consumo (TJMG, Ap 1.0702.06.279201-6/001, j. 07.08.2008, rel. Des. Wagner Wilson). A jurisprudência considera que as ofertas gratuitas são ofertas de consumo, mas, por sua natureza de liberalidades de fidelização de consumo, submetem-se a um regime mais flexível, podendo ser mudada a oferta, desde que não viole a confiança depositada (TAMG, APC 437.991-1, rel. Juiz Pereira da Silva, j. 23.11.2004). Em 2004, o STJ manifestou-se mais uma vez aceitando a remuneração indireta de site de encontro na internet do provedor como relação de consumo, afirmando: “Inexiste violação ao art. 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta” (STJ, REsp 566468-RJ, j. 23.11.2004, rel. Min. Jorge Scartezzini). Em caso bastante interessante, o STJ considerou como relação de consumo coletiva a televisão aberta que lucra com jogos, prêmios e publicidades: “Televisão – ‘Show do milhão’ – Código de Defesa do Consumidor – Prática abusiva. A emissora de televisão presta um serviço e como tal se subordina às regras do Código de Defesa do Consumidor. Divulgação de concurso com promessa de recompensa segundo critérios que podem prejudicar o participante. Manutenção da liminar para suspender a prática. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 436.135-SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.06.2003). Não há dúvida que a publicidade, que é gratuita para os consumidores, e os bancos de dados, que também são gratuitos para os consumidores, são relações de consumo, tanto que são regulados extensamente no CDC (veja arts. 30, 35, 36, 37, 38, 43 e 44, todos do CDC).

Em outras palavras, a expressão utilizada pelo art. 3.º do CDC para incluir todos os serviços de consumo, “mediante remuneração”, é sábia, adaptada ao mundo atual, onde tudo pode parecer “gratuito” (o consumidor idoso, por exemplo, não paga o transporte urbano), mas é sabidamente remunerado e não um atividade de cortesia ou benesse, logo, é suficientemente abrangente. Em verdade, significa uma troca intencional entre a clássica classificação dos negócios como “onerosos” e gratuitos por remunerados e não remunerados. Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos, por exemplo, no transporte gratuito de idosos), ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo (com a catividade e os bancos de dados positivos de preferências de consumo e de *marketing* direcionado, que significam as milhas, os cartões de cliente preferencial, descontos e prêmios se indicar um “amigo” ou preencher um formulário). A expressão “remuneração” é a melhor, pois permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida, como no caso das contas de depósito de poupança, que são tão rendosas que podem ser gratuitas para o consumidor e altamente remuneradas para os bancos), uma remuneração indireta do serviço de consumo! Sabemos hoje que aqueles contratos considerados “unilaterais”, como o mútuo (empréstimo consignado para idosos, por exemplo), assim como na poupança popular, possuem um sinalagma escondido e são (altamente) remunerados.

Como a oferta e o *marketing* de atividades de consumo “gratuitas” estão a aumentar no mercado de consumo brasileiro (transporte de clientes, viagens-prêmio, coquetéis gratuitos, lavagens de carro de brinde etc.), importante frisar que o art. 3.º, § 2.º, do CDC refere-se à remuneração dos serviços e não a sua gratuidade. “Remuneração” (direta ou indireta) significa um ganho direto ou indireto para o fornecedor. “Gratuidade” significa que o consumidor não “paga”, logo, não sofre um *minus* em seu patrimônio. “Oneroso” é o serviço que onera o patrimônio do consumidor. O serviço de consumo (por exemplo, transporte) é que deve ser “remunerado”, não se exige que o consumidor (por exemplo, o idoso destinatário final do transporte – art. 230, § 2.º, da CF/1988) o tenha remunerado diretamente, isto é, que para ele seja “oneroso” o serviço; também não importa se o serviço (o transporte) é gratuito para o consumidor, pois nunca será “desinteressado” ou de “mera cortesia” se prestado no mercado de consumo pelos fornecedores que são remunerados (indiretamente) por este serviço. A gratuidade não deixa de ser uma falácia. Por exemplo, a poupança popular é remunerada, como o menor exame da estrutura contratual pode constatar, pois, mesmo se estes contratos de poupança fossem “gratuitos”, não seriam nunca sem “remuneração” indireta. Isto é, “gratuito” aqui significa apenas dizer que não há (por enquanto) remuneração aparente, e sim remuneração causal implícita. O sinalagma contratual está escondido, a remuneração causal está escondida, mas existe e é juridicamente relevante, tanto que, se não existisse, haveria enriquecimento ilícito dos bancos (*condictio indebiti*) por devolverem tão pouco do que lucraram em um mês. Economicamente, esta denominada “gratuidade” é ilusória. É justamente o movimento da análise econômica nos Estados Unidos que nos alerta para a falácia “econômica” dos chamados “serviços”, “utilidades” ou promessas “gratuitas”, o que não passaria de uma superada ficção jurídica. O que parece juridicamente gratuito, alertam mesmo os conservadores e radicais autores deste movimento de Chicago, é economicamente baseado na certeza da remuneração indireta, na interdependência de prestações futuros e atuais (sinalagma escondido), no estado de catividade e de dependência a que um dos parceiros fica reduzido e no lucro direto e indireto do outro (MARQUES, *Comentários*, p. 115 e ss.). Assim a decisão do STJ: “A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei 8.078/1990. (...) O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’, contido no art. 3.º, § 2.º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor” (REsp 1186616-MG, j. 23.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi). No mesmo sentido: REsp 1316921/RJ, j. 26.06.2012, DJe 29.06.2012. Registre-se, também: “A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei 8.078/1990. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3.º, § 2.º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. (REsp 1300161/RS, j. 19.06.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.06.2012). Repetindo: na prática, só existem três possibilidades: a) ou o serviço é remunerado diretamente pelo consumi-

dor; b) ou o serviço não é oneroso para o consumidor, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor; c) ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço gratuito totalmente) nem o fornecedor remunerado de nenhuma maneira, pois, se este fosse “remunerado” indiretamente, haveria enriquecimento sem causa de uma das partes. Conclui-se, pois, que, no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, há “enriquecimento” dos fornecedores pelos serviços ditos “gratuitos”, que é justamente sua remuneração. Importante que estes estejam submetidos ao CDC.

b) Cadeia de fornecimento e o fornecedor “equiparado”

O art. 3.º do CDC bem especifica que o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos e da cadeia de fornecimento de serviços (o organizador da cadeia e os demais partícipes do fornecimento direto e indireto, mencionados genericamente como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de (...) prestação de serviços”), não importando sua relação direta ou indireta, contratual ou extra-contratual, com o consumidor.

Em outras palavras, o CDC menciona fornecedores, pensando em todos os profissionais da cadeia de fornecimento (de fabricação, produção, transporte e distribuição de produtos e da criação e execução de serviços) da sociedade de consumo. O parágrafo único do art. 7.º do CDC bem especifica que há mesmo solidariedade nesta cadeia: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. As exclusões e exceções serão marcadas pelas próprias normas do CDC, que, em matéria de produtos, por exemplo, excepcionam os comerciantes em matéria de responsabilidade por defeitos dos produtos, nos arts. 12 e 13, impondo a estes uma responsabilidade apenas subsidiária, se bem que independente de culpa. Nos demais casos a responsabilidade é da cadeia como um todo e solidariamente, como especificam também os arts. 14, *caput*, 18 e 20 do CDC. Em outras palavras, o método do CDC foi de considerar fornecedor e daí responsável toda a cadeia e de nominar os fornecedores responsáveis, caso não sejam todos os presentes na cadeia.

A técnica de imputação de deveres aos fornecedores no CDC pode ser assim resumida:

1) quando utiliza a expressão “fornecedor”, é para a imputação de deveres, solidariamente – *ex vi* art. 7.º, parágrafo único –, para toda a cadeia de fornecedores – *ex.*: arts. 8.º, 10, 14, 18, 19, 20, 34, 35, 36, 39, 40, 101; 2) quando utiliza outras expressões (como fabricante, produtor, construtor, importador, comerciante, representante autônomo, preposto, órgãos públicos, concessionários e permissionários de serviços públicos, patrocinador da publicidade, profissionais liberais), é para a imputação de deveres especiais a estes fornecedores de serviços e produtos ou para a imputação de

solidariedade só entre fornecedores nominados – v. arts. 8.º, parágrafo único, 12, 13, 22, 32, 33, 34, 38, todos do CDC (MARQUES, *Comentários*, p. 115 e ss.).

Por fim mencione-se a teoria criada por Leonardo BESSA, sobre o fornecedor “equiparado”. Este autor afirma que a situação de vulnerabilidade principal no mercado de consumo – por exemplo, dos sujeitos de direito cujos dados foram remetidos para um banco de dados ou foram expostos a uma prática comercial, aos efeitos externos de um contrato (agora ainda mais com a função social dos contratos e com a boa-fé objetiva aumentando a eficácia dos contratos entre fortes e fracos) – levou a uma espécie de ampliação do campo de aplicação do CDC, através de uma nova visão mais alargada do art. 3.º. É o que denomina de *fornecedor-equiparado*, aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor (aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou sequer uma compra) ou a um grupo de consumidores (por exemplo, um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse (comunica o registro no banco de dados, comunica que é estipulante nos seguro de vida em grupo etc.).

Leonardo BESSA examina, em seu belo e original artigo (Fornecedor equiparado, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 61, p. 127 e ss.), apenas os casos positivados desta equiparação do terceiro intermediário a fornecedor *ex vi* art. 3.º do CDC, no caso, os bancos de dados (art. 43 do CDC). Estamos dando como exemplo também o estipulante-profissional (ou empregador) dos seguros de vida em grupo, pois parece que aqui temos um exemplo novo da aplicação desta teoria do fornecedor equiparado, uma vez que o mandato, como o contrato, pode ser de consumo, e pode ser remunerado indiretamente, como é o caso onde há interesse – e remuneração – direto e indireto do empregador nas apólices por ele administradas e pagas para seus funcionários da ativa, demitidos ou aposentados.

Em alguns anos, esta teoria do fornecedor “equiparado” poderá ser quase tão importante quanto à referente à remuneração indireta dos fornecedores, criada pela escola da *Law and Economics*. Isto porque o § 2.º do art. 3.º do CDC exclui do campo de aplicação desta lei especial as relações trabalhistas. A verdade é que, na sociedade de conhecimento de hoje, uma série de relações de emprego estão escondidas em relações de consumo e, vice-versa, uma série de vínculos de emprego e deveres trabalhistas e funcionais, seja pela terceirização, pela precarização dos postos de trabalho, pelas privatizações e valorização dos serviços de consumo. Ocorre que as relações de consumo são prevalentes, tornam-se relações principais e acabam por “contaminar” as relações acessórias (relação de consumo por conexão ou por conexidade), mesmo que trabalhistas.

No exemplo que aqui trago do empregador ou empresa privatizada que contrata seguro de vida coletivo para seus funcionários e ex-funcionários, em virtude de acordo coletivo, a própria relação de seguro conhece o chamado estipulante interessado pro-

IX. Práticas Abusivas

ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN

SUMÁRIO: 1. Introdução: o conceito de prática abusiva – 2. Classificação – 3. A impossibilidade de exaustão legislativa – 4. As sanções – 5. O elenco exemplificativo das práticas abusivas – 6. Condicionamento do fornecimento de produto ou serviço (art. 39, I) – 7. Recusa de atendimento à demanda do consumidor (art. 39, II) – 8. Fornecedor não solicitado (art. 39, III) – 9. O aproveitamento da hipossuficiência do consumidor (art. 39, IV) – 10. A exigência de vantagem excessiva (art. 39, V) – 11. Serviços sem orçamento e autorização do consumidor (art. 39, VI) – 12. Divulgação de informações negativas sobre o consumidor (art. 39, VII) – 13. Produtos ou serviços em desacordo com as normas técnicas (art. 39, VIII) – 14. A normalização – 15. Recusa de venda direta (art. 39, IX) – 16. Elevação de preço sem justa causa (art. 39, X) – 17. Reajuste diverso do previsto em lei ou no contrato (art. 39, XI) – 18. A inexistência ou deficiência de prazo para cumprimento da obrigação (art. 39, XII) – 19. Tabelamento de preços – 20. A cobrança de dívidas de consumo – 21. Objeto do dispositivo (art. 42, *caput*) – 22. Os contatos do credor com terceiros – 23. As práticas proibidas – 24. As proibições absolutas – 25. A ameaça – 26. A coação e o constrangimento físico ou moral – 27. O emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas – 28. As proibições relativas – 29. A exposição do consumidor a ridículo – 30. A interferência no trabalho, descanso ou lazer – 31. Sanções civis, administrativas e penais – 32. Repetição do indébito – 33. O regime do Código Civil – 34. Pressupostos da sanção no regime do CDC – 35. O pressuposto da cobrança de dívida – 36. O pressuposto da extrajudicialidade da cobrança – 37. O pressuposto da qualidade de consumo da dívida cobrada – 38. A suficiência de culpa para aplicação da sanção – 39. Cobrança indevida por uso de cláusulas ou critérios abusivos – 40. Os juros e a correção monetária – 41. O valor da sanção – Quadro sinótico – Bibliografia.

1. Introdução: o conceito de prática abusiva

Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor.

São práticas as mais variadas e que, no direito norte-americano, vêm reputadas como *unfair*. Como *práticas* (= atividade), comportam-se como gênero do qual as cláusulas e a publicidade abusivas são espécie. Um conceito fluido e flexível. Por isso mesmo, o legislador e os próprios juízes têm tido mais facilidade em lidar com o conceito de enganosidade do que com o de abusividade.

São – no dizer irretocável de Gabriel A. STIGLITZ – “condições irregulares de negociação nas relações de consumo” (*Protección jurídica del consumidor*, p. 81), condições essas que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes.

Não se confundem com as práticas de concorrência desleal, apesar de que estas, embora funcionando no plano horizontal do mercado (de fornecedor a fornecedor), não deixam de ter um reflexo indireto na proteção do consumidor. Mas prática abusiva no Código é apenas aquela que, de modo direto e no sentido vertical da relação de consumo (do fornecedor ao consumidor), afeta o bem-estar do consumidor.

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais contra o consumidor. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós-contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las.

Como se vê, as práticas abusivas não estão regradas apenas pelo art. 39. Diversamente, espalham-se por todo o Código. Desse modo, são práticas abusivas a colocação no mercado de produto ou serviço com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10), a comercialização de produtos e serviços impróprios (arts. 18, § 6.º, e 20, § 2.º), o não emprego de peças de reposição adequadas (art. 21), a falta de componentes e peças de reposição (art. 32), a ausência de informação, na venda a distância, sobre o nome e endereço do fabricante (art. 32), a veiculação de publicidade clandestina (art. 36) e abusiva (art. 37, § 2.º), a cobrança irregular de dívidas de consumo (art. 42), o arquivo de dados sobre o consumidor em desrespeito aos seus direitos de conhecimento, de acesso e de retificação (art. 43), a utilização de cláusula contratual abusiva (art. 51).

Tampouco limitam-se ao Código de Defesa do Consumidor. Como decorrência da norma do art. 7.º, *caput*, são também práticas abusivas outros comportamentos empresariais que afetem o consumidor diretamente, mesmo que previstos em legislação diversa do Código. Por conseguinte, entre outras, são práticas abusivas as atividades regradas nos arts. 5.º (incs. II e III), 6.º (incs. I, II e III) e 7.º (incs. I, II, III, IV, V, VII e IX), da Lei 8.137/1990 (lei dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo).

2. Classificação

As práticas abusivas podem ser classificadas com base em diversos critérios.

Pelo prisma do momento em que se manifestam no processo econômico, são *produtivas* ou *comerciais*. Assim, por exemplo, é prática produtiva abusiva a do art. 39, VIII (produção de produtos ou serviços em desrespeito às normas técnicas), sendo comerciais aquelas previstas nos outros incisos do mesmo dispositivo.

Tomando como referencial o aspecto jurídico-contratual, não mais o econômico, as práticas abusivas podem ser *contratuais* (aparecem no interior do próprio contrato), *pré-contratuais* (atuam na fase do ajustamento contratual) e *pós-contratuais* (manifestam-se sempre após a contratação). São práticas abusivas pré-contratuais aquelas estampadas nos incs. I, II e III do art. 39, assim como a do art. 40. De outra

forma, são pós-contratuais as práticas abusivas do art. 39, VII (repasso de informação depreciativa sobre o consumidor), e também todas aquelas relativas à falta de peças de reposição (art. 32) e à cobrança de dívidas de consumo (art. 42). Finalmente, são práticas abusivas contratuais a do art. 39, XII (não fixação do prazo para cumprimento da obrigação), e todas as outras previstas no art. 51 (cláusulas contratuais abusivas).

Em adição à lista exemplificativa do art. 39, em particular ao seu inc. III (entrega de produto ou serviço não solicitado), também são reputados abusivos todos os métodos comerciais coercitivos (art. 6.º, IV), assim como todas as tentativas de acionar o consumidor em jurisdições longínquas.

As vendas fora do estabelecimento comercial são normalmente utilizadas como forma de comercialização coercitiva – abusiva, portanto – de produtos e serviços. Daí a importância do prazo de arrependimento (*cooling-off period*) fixado no art. 49.

3. A impossibilidade de exaustão legislativa

Não poderia o legislador, de fato, listar, à exaustão, as práticas abusivas. O mercado de consumo é de extremada velocidade e as mudanças ocorrem da noite para o dia. Por isso mesmo é que se buscou deixar bem claro que a lista do art. 39 é meramente exemplificativa, uma simples orientação ao intérprete.

A dificuldade, como parece evidente, não é somente do legislador brasileiro. Já em 1914, a Câmara dos Deputados dos Estados Unidos, em relatório sobre o *Federal Trade Commisston Act*, assim se manifestou: “É impossível a composição de definições que incluam todas as práticas abusivas. Não há limite para a criatividade humana nesse campo. Mesmo que todas as práticas abusivas conhecidas fossem especificamente definidas e proibidas, seria imediatamente necessário recomençar tudo novamente. Se o Congresso tivesse que adotar a técnica da definição, estaria trazendo a si uma tarefa interminável”.

Três janelas – uma implícita e duas explícitas – foram, então, introduzidas para dar flexibilidade ao preceito. A primeira indicação de que *toda e qualquer* prática abusiva deve ser coibida vem no art. 6.º, IV. A segunda, também indicativa do caráter enumerativo do art. 39, estava prevista no seu inc. X, vetado. A terceira, implícita, mostrando igualmente que o dispositivo é flexível, está no próprio corpo do preceito, e decorre da utilização de conceitos extremamente fluidos, como os estampados nos incs. IV e V.

4. As sanções

A violação dos preceitos referentes às práticas abusivas não mais se sujeita à sanção civil prevista no art. 45, que foi vetado.

Além de sanções administrativas (v.g., cassação de licença, interdição e suspensão de atividade, intervenção administrativa) e penais (Capítulos XII e XIII), as práticas abusivas detonam o dever de reparar. Sempre cabe indenização pelos danos causados, inclusive os morais, tudo na forma do art. 6.º, VII.

O juiz pode, também, com fulcro no art. 84, determinar a abstenção ou prática de conduta, sob a força de preceito cominatório.

Finalmente, as práticas abusivas, quando reiteradas, impõem a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (art. 28). A utilização de prática abusiva caracteriza ora abuso de direito, ora excesso de poder, ora mera infração da lei. Em todos esses casos, o mercado precisa ser saneado, em favor do consumidor, bem como em benefício da concorrência.

Sobre abuso de direito, v. o excelente trabalho de Heloísa CARPENA, *Abuso do direito nos contratos de consumo*. A desconsideração da personalidade jurídica está abordada no Capítulo II.

5. O elenco exemplificativo das práticas abusivas

O presidente da República, cedendo nesse ponto ao poderoso *lobby* empresarial contrário ao CDC, vetou o então inc. X do texto legal, que dispunha: “praticar outras condutas abusivas”.

Em tese, o prejuízo seria nenhum, diante de duas *janelas ampliativas* (= cláusulas gerais) que permaneceram no Código (arts. 6.º, IV, e 39, IV e V), garantindo, assim, que o rol de práticas abusivas estivesse legalmente posto de maneira exemplificativa. Entretanto, segmento da doutrina passou a defender que o veto conferia ao art. 39 um caráter de *numerus clausus*, argumento este que, visivelmente, ao excluir um vastíssimo campo de práticas maléficas ao mercado de consumo, favorecia os fornecedores despreocupados com a proteção do consumidor.

Por isso mesmo, por ocasião da revisão que fiz, a pedido do então secretário nacional de direito econômico, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, do texto primitivo da medida provisória que deu origem à Lei 8.884, de 11.06.1994 – Lei Antitruste, acrescentei, entre outros dispositivos, o atual art. 87, que dispõe: “O art. 39 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se-lhe os seguintes incisos: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, *dentre outras práticas abusivas*: IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços” (grifo nosso).

Se dúvida existia sobre a qualidade enunciativa do art. 39, com o ajuste legislativo aqui efetuado termina, de vez, a querela.

O administrador e o juiz têm, aqui, necessária e generosa ferramenta para combater práticas abusivas não expressamente listadas no art. 39, mas que, não obstante tal, violem os padrões ético-constitucionais de convivência no mercado de consumo, ou, ainda, contrariem o próprio sistema difuso de normas, legais e regulamentares, de proteção do consumidor.

Tomando por guia os valores resguardados pela Constituição Federal – mas é bom também não esquecer as Constituições estaduais –, são abusivas as práticas que atentem, já aludimos, contra a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da

CF), a igualdade de origem, raça, sexo, cor e idade (art. 39, IV, do CDC), os direitos humanos (art. 3.º, II, da CF), a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5.º, X, da CF).

A seguir, são analisadas as hipóteses previstas no art. 39 do CDC.

6. Condicionamento do fornecimento de produto ou serviço (art. 39, I)

O Código proíbe, expressamente, duas espécies de condicionamento do fornecimento de produtos e serviços.

Na primeira delas, o fornecedor nega-se a fornecer o produto ou serviço, a não ser que o consumidor concorde em adquirir também um outro produto ou serviço. É a chamada *venda casada*. Só que, agora, a figura não está limitada apenas à compra e venda, valendo também para outros tipos de negócios jurídicos, de vez que o texto fala em “fornecimento”, expressão muito mais ampla.

O STJ, em julgado relatado pelo Min. Luiz Fux, considera venda casada, por via oblíqua, proibir o consumidor de ingressar em salas de cinema com produtos alimentícios adquiridos em outros estabelecimentos: “A denominada ‘venda casada’ tem como *ratio essendi* da vedação a proibição imposta ao fornecedor de, utilizando de sua superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatória e preços competitivos. 4. Ao fornecedor de produtos ou serviços, conseqüentemente, não é lícito, dentre outras práticas abusivas, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (art. 39, I, do CDC). 5. A prática abusiva revela-se patente se a empresa cinematográfica permite a entrada de produtos adquiridos na suas dependências e interdita o adquirido alhures, engendrando por via oblíqua a cognominada ‘venda casada’, interdição inextensível ao estabelecimento cuja venda de produtos alimentícios constituiu a essência da sua atividade comercial como, *verbi gratia*, os bares e restaurantes. 6. O juiz, na aplicação da lei, deve aferir as finalidades da norma, por isso que, *in casu*, revela-se manifesta a prática abusiva” (REsp 744.602-RJ, j. 01.03.2007, rel. Min. Luiz Fux, DJ 15.03.2007). A Corte também considerou ser venda casada a imposição de contratar seguro habitacional diretamente com agente financeiro ou com seguradora por este indicada: “A despeito da aquisição do seguro ser fator determinante para o financiamento habitacional, a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. Ademais, tal procedimento caracteriza a denominada ‘venda casada’, expressamente vedada pelo art. 39, I, do CDC, que condena qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, cerceando-lhe a liberdade de escolha” (REsp 804.202-MG, j. 19.08.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 03.09.2008). No mesmo sentido, afastando a obrigatoriedade de o consumidor (mutuário) contratar seguro diretamente com o agente financeiro, foi o julgamento do REsp 969.129, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.12.2009. Em 13.06.2012, a Corte, por sua Segunda Seção, edita a Súmula 473 que sintetiza a jurisprudência do STJ: O mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada.”

Na segunda hipótese, a condição é quantitativa, dizendo respeito ao mesmo produto ou serviço objeto do fornecimento. Para tal caso, contudo, o Código não estabelece uma proibição absoluta. O limite quantitativo é admissível desde que haja “justa causa” para a sua imposição, por exemplo, quando o estoque do fornecedor for limitado. A prova da excludente, evidentemente, compete ao fornecedor.

Em acórdão, proferido em agosto de 2009, o STJ destaca que a “justa causa”, referida pelo artigo 39, I, refere-se unicamente aos limites quantitativos: “1. O Tribunal a quo manteve a concessão de segurança para anular auto de infração consubstanciado no art. 39, I, do CDC, ao fundamento de que a impetrante apenas vinculou o pagamento a prazo da gasolina por ela comercializada à aquisição de refrigerantes, o que não ocorreria se tivesse sido paga à vista. 2. O art. 39, I, do CDC, inclui no rol das práticas abusivas a popularmente denominada “venda casada”, ao estabelecer que é vedado ao fornecedor ‘condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos’. 3. Na primeira situação descrita nesse dispositivo, a ilegalidade se configura pela vinculação de produtos e serviços de natureza distinta e usualmente comercializados em separado, tal como ocorrido na hipótese dos autos. 4. A dilação de prazo para pagamento, embora seja uma liberalidade do fornecedor – assim como o é a própria colocação no comércio de determinado produto ou serviço –, não o exime de observar normas legais que visam a coibir abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos na sociedade de consumo e da vulnerabilidade do consumidor. 5. Tais normas de controle e saneamento do mercado, ao contrário de restringirem o princípio da liberdade contratual, o aperfeiçoam, tendo em vista que buscam assegurar a vontade real daquele que é estimulado a contratar. 6. Apenas na segunda hipótese do art. 39, I, do CDC, referente aos limites quantitativos, está ressalvada a possibilidade de exclusão da prática abusiva por justa causa, não se admitindo justificativa, portanto, para a imposição de produtos ou serviços que não os precisamente almejados pelo consumidor” (REsp 384284-RS, j. 20.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 15.12.2009).

A justa causa, porém, só tem aplicação aos limites quantitativos que sejam inferiores à quantidade desejada pelo consumidor. Ou seja, o fornecedor não pode obrigar o consumidor a adquirir quantidade maior que as suas necessidades. Assim, se o consumidor quer adquirir uma lata de óleo, não é lícito ao fornecedor condicionar a venda à aquisição de duas outras unidades. A solução também é aplicável aos brindes, promoções e bens com desconto. O consumidor sempre tem o direito de, em desejando, recusar a aquisição *quantitativamente casada*, desde que pague o preço normal do produto ou serviço, isto é, sem o desconto.

7. Recusa de atendimento à demanda do consumidor (art. 39, II)

O fornecedor não pode recusar-se a atender à demanda do consumidor, desde que tenha, de fato, em estoque os produtos ou esteja habilitado a prestar o serviço. É irrelevante a razão alegada pelo fornecedor. Veja-se o caso do consumidor que, a pretexto de ter passado cheque sem fundos em compra anterior, tem a sua demanda, com pagamento à vista, recusada. Ou, ainda, o motorista de táxi que, ao saber da pequena distância da corrida do consumidor, lhe nega o serviço.

Embora tenha se amparado na prática abusiva descrita no art. 39, IX, do CDC, o STJ, em julgado recente, relatado pela Min. Nancy Andrighi, considerou ilegal conduta de pessoa jurídica que se recusou a contratar seguro de vida de modo arbitrário, simplesmente porque o consumidor foi portador, no passado, de leucemia: “Nos dias de hoje a contratação de seguros, seja de saúde, de automóveis ou de vida, é prática cada vez mais comum, integrando o dia a dia das pessoas. Assim, conquanto o direito securitário tenha um notório viés econômico, é inegável que também apresenta um acentuado componente social. Assim, a negativa de aceitar um consumidor na contratação de seguro deve ser regra absolutamente excepcional. Para a manutenção do equilíbrio da carteira de seguros, é importante que a companhia seguradora formule um preço que respeite o correto cálculo atuarial. Consumidores que apresentam grau de risco maior devem arcar com prêmios mais elevados, ao passo que consumidores cujo risco seja menor, devem poder contratar o seguro a preço mais baixo. Se um jovem foi portador de leucemia, mas apresenta-se clinicamente curado, a pura e simples negativa de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do art. 39, IX, do CDC. Diversas opções poderiam substituir a simples negativa, como a formulação de prêmio mais alto ou mesmo a redução da cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença pré-existente. Rejeitar o consumidor, pura e simplesmente, notadamente em situações em que o seguro é oferecido como consectário do contrato de estágio, gera dano moral. O consumidor, rejeitado pelo seguro, vê sua doença desnecessariamente exposta em seu ambiente de trabalho” (REsp 1300116/SP, j. 23.10.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 13.11.2012).

8. Fornecimento não solicitado (art. 39, III)

A regra do Código, nos termos do seu art. 39, III, é de que o produto ou serviço só pode ser fornecido desde que haja solicitação prévia. O fornecimento não solicitado é uma prática corriqueira – e abusiva – do mercado. Uma vez que, não obstante a proibição, o produto ou serviço seja fornecido, aplica-se o disposto no parágrafo único do dispositivo: o consumidor recebe o fornecimento como mera amostra grátis, não cabendo qualquer pagamento ou ressarcimento ao fornecedor, nem mesmo os decorrentes de transporte. É ato cujo risco corre inteiramente por conta do fornecedor.

Outro não é o entendimento do STJ: “O ‘produto’ ou ‘serviço’ não inerente ao contrato de prestação de telefonia ou que não seja de utilidade pública, quando posto à disposição do usuário pela concessionária – caso do ‘tele-sexo’ –, carece de prévia autorização, inscrição ou credenciamento do titular da linha (...). Sustentado pela autora não ter dado a aludida anuência, cabe à companhia telefônica o ônus de provar o fato positivo em contrário, nos termos do art. 6.º, VIII, da mesma Lei 8.078/1990, o que incorreu. Destarte, se afigura indevida a cobrança de ligações nacionais ou internacionais a tal título, e, de igual modo, ilícita a inscrição da titular da linha como devedora em cadastro negativo de crédito, gerando, em contrapartida, o dever de indenizá-la pelos danos morais causados” (STJ, REsp 265.121-RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 04.04.2002). Na mesma linha, o STJ afirma ser prática abusiva enviar ao consumidor cartão de crédito não solicitado: “O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta

considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão, causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral” (REsp 1061500-RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 04.11.2008, DJ 20.11.2008). Cabe acrescentar que a Corte já confirmou a condenação por dano moral decorrente de envio de cartão de crédito sem prévia solicitação do consumidor (STJ, AgRg no AREsp 33418/RJ, j. 27.03.2012, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 09.04.2012).

No que se refere especificamente aos serviços, o art. 39, inc. III, é complementado pelo inc. VI, do mesmo dispositivo, e pelo art. 40.

Nos termos do art. 39, VI, é prática abusiva “executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes”.

O dispositivo – que contém erro de redação, pois o correto seria falar em “ressalvados os decorrentes” (no masculino plural, já que se refere a serviços) – impõe, na prestação de serviços, dois requisitos: a) orçamento; e b) autorização expressa. Aquele, a cargo do fornecedor; esta, pelo consumidor. São “obrigações” próprias e inafastáveis do fornecedor, de cuja existência depende a consumação do negócio jurídico de consumo. Sem sua presença, eventuais serviços fornecidos serão tidos como liberalidade do prestador.

O art. 40 complementa o art. 39, VI, detalhando o regime jurídico do orçamento, estabelecendo seu conteúdo, prazo de validade e eficácia.

Nenhum serviço pode ser fornecido sem um orçamento prévio, e tal já havia sido previsto no art. 39, VI. E não cabe o mero “acerto” verbal, de vez que o dispositivo fala em “entrega” do orçamento ao consumidor.

A propósito, registre-se julgado relatado pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito: “O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor” (REsp 332869-RJ, j. 24.06.2002, DJ 02.09.2002, p. 184).

O orçamento deve conter, necessariamente, informações sobre: a) o preço da mão de obra, dos materiais e equipamentos; b) as condições de pagamento; c) a data de início e término do serviço.

Como princípio, o preço orçado – da mão de obra, dos materiais e dos equipamentos – tem validade de 10 dias, prazo este que é contado do seu recebimento pelo consumidor. Ressalte-se, recebimento, e não conhecimento. Essa regra, contudo, pode ser afastada pela vontade das partes.

Uma vez que o orçamento tenha sido aprovado, equivale ele a um contrato firmado pelas partes. Por isso mesmo, só a livre negociação pode alterar o seu conteúdo.

O consumidor contrata com aquele que lhe oferta o orçamento. Havendo necessidade de serviço de terceiro, duas possibilidades se abrem: se o auxílio externo está previsto no orçamento (com todas as especificações exigidas pelo *caput*), o consumidor é responsável pelo valor do serviço que venha a ser prestado; se, ao contrário, o orçamento é omissivo a tal respeito, o consumidor, por isso mesmo, não assume qualquer ônus extra, cabendo ao fornecedor principal arcar com os encargos acrescidos.

9. O aproveitamento da hipossuficiência do consumidor (art. 39, IV)

O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4.º, I). Só que, entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com este dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente.

No julgamento do REsp 1061500, já referido, a Corte reconhece que a idade do consumidor é fator a ser especialmente considerado no exame da prática abusiva, bem como no valor da indenização por dano moral: “O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão, causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral” (REsp 1061500-RS, j. 04.11.2008, rel. Min. Sidnei Beneti).

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade –, mas nunca a todos os consumidores.

A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática.

A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII).

10. A exigência de vantagem excessiva (art. 39, V)

Note-se que, nesse ponto, o Código mostra a sua aversão não apenas à vantagem excessiva concretizada, mas também em relação à mera exigência. Ou seja, basta que o fornecedor, nos atos preparatórios ao contrato, solicite vantagem dessa natureza para que o dispositivo legal tenha aplicação integral.

Mas o que vem a ser a vantagem excessiva? O critério para o seu julgamento é o mesmo da vantagem exagerada (art. 51, § 1.º). Aliás, os dois termos não são apenas próximos – são sinônimos.

11. Serviços sem orçamento e autorização do consumidor (art. 39, VI)

A prestação de serviço depende de prévio orçamento (art. 40). Só que a simples apresentação do orçamento não implica autorização do consumidor. Para que o fornecedor possa dar início ao serviço, mister é que tenha a autorização expressa do consumidor. A esta equivale a aprovação que o consumidor dê ao orçamento (art. 40, § 2.º), desde que expressa (v. item 8).

Se o serviço, não obstante a ausência de aprovação expressa do consumidor, for realizado, aplica-se, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 39, ou seja, o serviço, por não ter sido solicitado, é considerado amostra grátis, uma liberalidade do fornecedor, sem qualquer contraprestação exigida do consumidor.

Se a autorização for parcial – por exemplo, envolvendo só alguns itens do orçamento prévio –, o pagamento do consumidor fica restrito às partes, efetiva e comprovadamente, aprovadas.

A posição do STJ é exatamente nessa linha: “O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor” (STJ, REsp 332.869-RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24.06.2002). Acrescente-se que a Corte, considerando circunstâncias excepcionais (atendimento médico emergencial), afastou, no julgamento do REsp 1.256.703, a necessidade de orçamento prévio: “ (...) 3. Não há dúvida que houve a prestação de serviço médico-hospitalar e que o caso guarda peculiaridades importantes, suficientes ao afastamento, para o próprio interesse do consumidor, da necessidade de prévia elaboração de instrumento contratual e apresentação de orçamento pelo fornecedor de serviço, prevista no art. 40 do CDC, dado ser incompatível com a situação médica emergencial experimentada pela filha do réu. 4. Os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material e moderação impõem, por um lado, seja reconhecido o direito à retribuição pecuniária pelos serviços prestados e, por outro lado, constituem instrumentário que proporcionará ao julgador o adequado arbitramento do valor a que faz jus o recorrente” (REsp 1256703-SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.09.2011, DJe 27.09.2011).

Em existindo práticas anteriores entre o consumidor e o fornecedor, aquelas, desde que provadas por este, regram o relacionamento entre as partes.

12. Divulgação de informações negativas sobre o consumidor (art. 39, VII)

Nenhum fornecedor pode divulgar informação depreciativa sobre o consumidor quando tal se referir ao exercício de direito seu. Por exemplo, não é lícito ao fornecedor informar seus companheiros de categoria que o consumidor sustou o

protesto de um título, que o consumidor gosta de reclamar da qualidade de produtos e serviços, que o consumidor é membro de uma associação de consumidores ou que já representou ao Ministério Público ou propôs ação.

O texto do art. 39, VII, difere substancialmente daquele do art. 43. Aqui se trata de arquivo de consumo (Capítulo X). Lá, ao revés, se cuida de mero repasse de informação, sem qualquer arquivamento. Seria, em linguagem vulgar, a “fofoca de consumo”.

Não está proibido, contudo, o repasse de informação, mesmo depreciativa, quando o consumidor pratica ato que exorbita o exercício de seus direitos. Assim se a associação de consumidores vem a ser condenada por litigância de má-fé.

13. Produtos ou serviços em desacordo com as normas técnicas (art. 39, VIII)

Existindo norma técnica expedida por qualquer órgão público ou entidade privada credenciada pelo CONMETRO, cabe ao fornecedor respeitá-la.

O STJ tem declarado a legalidade e legitimidade das normas expedidas pelo CONMETRO, como se observa pela seguinte decisão, proferida em abril de 2011: “1. A Primeira Seção/STJ, no julgamento do REsp 1.102.578-MG (rel. Min. Eliana Calmon, DJe 29.10.2009), confirmou entendimento no sentido de que ‘estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais’, pois ‘essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade à ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade’. 2. O art. 5.º da Lei 9.933/1999 estabelece que são obrigadas a observar e a cumprir os deveres instituídos pela lei mencionada e pelos atos normativos e regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo CONMETRO e pelo INMETRO ‘as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuem no mercado para fabricar, importar, processar, montar, acondicionar ou comercializar bens, mercadorias e produtos e prestar serviços’. Nesse contexto, mostra-se legítimo o ato do INMETRO, que autuou o comerciante (ou varejista) no caso dos autos, por expor produto (cordões conectores), destinado à venda, sem símbolo de identificação da certificação no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação de Conformidade. Nesse sentido: REsp 1.118.302-SC, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, DJe 14.10.2009” (REsp 1236315-RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 26.04.2011, DJe 05.05.2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1156601/MG, j. 28.08.2012, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13.09.2012.

O Código não altera a sistemática da normalização. Limita-se a reconhecê-la como útil à proteção do consumidor. Ao caracterizar como prática abusiva a colocação no mercado de consumo de “qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não

existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO”, quis legitimar o esforço metrológico e normalizador.

O dispositivo aplica-se apenas às normas obrigatórias, isto é, às normas NBR-1 e NBR-2, conforme melhor desenvolveremos em seguida. Não dá caráter vinculado às normas registradas e às probatórias.

É bom lembrar que mesmo as normas não obrigatórias têm relevância jurídica e técnica, pois servem de guia ao juiz e ao administrador, no momento que precisam avaliar a conformidade do comportamento do fornecedor com padrões considerados ideais.

De toda sorte, não fica o juiz adstrito aos critérios fixados pelos organismos de normalização e metrologia. Estes estabelecem padrões mínimos, verdadeiros pisos, e não tetos. Às vezes, os padrões promulgados não refletem as expectativas legítimas dos consumidores, nem o estado da arte, ciência ou técnica, mas, sim, os objetivos econômicos de um determinado setor produtivo, não coincidentes, necessariamente, com o interesse público.

14. A normalização

Para melhor compreender o disposto no art. 39, VIII, algumas palavras sobre a normalização são necessárias.

Em uma sociedade de produção em massa é mister, para o próprio sucesso do mercado, certa uniformidade entre produtos ou serviços. Esse é o papel da normalização, ou seja, estabelecer normas para o regramento da produção e, em certos casos, também da comercialização. E, muitas vezes, tal significa melhorar a qualidade dos bens de consumo.

É por isso que o processo de normalização interessa aos consumidores, de vez que “um dos mais importantes problemas da tutela do consumidor é a qualidade dos produtos e serviços” (ROSS CRANSTON, *Consumers and the law*, p. 103), seja pelo ângulo da segurança, seja pelo seu aspecto da adequação. A qualidade é, sem dúvida, o objetivo maior da normalização. No mercado pós-industrial é impossível alcançar a qualidade – como padrão universal – sem um esforço de normalização. Não é por outra razão que se diz que “a qualidade tem ligações tão estreitas com a normalização que podem ser consideradas como indispensáveis: a espiral da normalização acompanha sempre a da qualidade” (L. A. Palhano PEDROSO, *Normalização brasileira e a ABNT*, p. 141).

Tudo leva a crer que, quanto maior o número de normas técnicas, maior é o grau de desenvolvimento do país.

“Reconhece-se hoje haver uma relação direta entre o número de normas técnicas produzidas e em vigor em um país e o seu nível de desenvolvimento global: social e material. São exemplos inequívocos os fatos de existirem nos Estados Unidos da América do Norte e no Japão cerca de 45.000 normas em vigor; na União Soviética, 40.000; na França, 25.000; e no Brasil, 6.000” (Thomaz Marcello D’ÁVILA, *A normalização*

técnica e o direito, p. 371). Mas a normalização desempenha também um papel na orientação do consumidor. Não deixa ela de ser “um meio de informar o consumidor sobre as qualidades que ele pode esperar de um produto” (Denise BAUMANN, *Droit de la consommation*, p. 130), assim atuando como genuíno serviço prestado no mercado. Realmente, as normas existem não apenas para conhecimento dos profissionais, mas igualmente para consciência dos consumidores.

A normalização surgiu, a partir da Primeira Guerra Mundial, como um esforço, entre os próprios profissionais, para assegurar a *compatibilização* de produtos, necessidade esta que emergia como consequência da complexidade crescente do mercado pós-industrial. Hoje, entretanto, os objetivos e o modo de atuação da normalização são muito mais vastos.

Em primeiro lugar, a normalização ampliou suas fronteiras para além da simples compatibilização de bens. Passa, então, a ter outras preocupações: a busca de produtos ou serviços de acordo com as expectativas e seus destinatários, em particular quanto à sua segurança, à economia de energia e à proteção do meio ambiente (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 195).

O mercado, pelo prisma da qualidade, é controlado por duas técnicas principais: a regulamentação e a normalização. Se os objetivos dos dois fenômenos são idênticos (Jean CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, p. 195), não implica dizer que também são idênticos os seus conceitos, modos de operação e fundamentos. De fato, estamos diante de noções distintas, apesar de ambas terem a mesma *ratio*. A regulamentação é produzida diretamente pelo Estado, provém de um “ato de autoridade” (idem, *ibidem*), enquanto a normalização advém de um trabalho misto, cooperado, entre o Estado e entidades privadas. Além disso, ao contrário do que sucede com a normalização, a regulamentação se impõe de pleno direito, com um caráter de obrigatoriedade absoluta, a todos os agentes econômicos. Diversamente, muitas das normas permitem uma adesão voluntária, em particular quando emanadas de organismos totalmente privados.

Em segundo lugar, a normalização deixa de ser um fenômeno entre profissionais e ganha um caráter mais democrático, mais heterogêneo, dando voz também a outros sujeitos não profissionais, como os consumidores.

As normas são hoje imprescindíveis para o bom funcionamento do mercado. Interessem notadamente à saúde, à segurança, à economia de energia, à proteção do consumidor, ao transporte, à compatibilização de produtos e serviços. Constituem-se, junto com a regulamentação legal, em um dos sustentáculos da política de qualidade.

Na proteção do consumidor, a normalização nem sempre é suficiente para alcançar os objetivos de política pública requeridos pela sociedade.

“No final das contas, a regulamentação pública é necessária para melhorar a qualidade dos bens, em adição aos esforços voluntários” (ROSS CRANSTON, *Consumers and the law*, p. 107). É aí que entra em cena a produção de regras legais, agora como atos de autoridade – regulamentação –, como forma de aperfeiçoamento da qualidade de produtos e serviços.

O Código de Defesa do Consumidor faz uso de uma série de *técnicas de controle da qualidade* de produtos e serviços. Em primeiro lugar, há os controles autorregulamentares, como aqueles exercidos através da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT); em seguida, cabe citar a regulamentação obrigatória, como aquela que cria uma “garantia legal de adequação do produto ou serviço” (arts. 23 e 24); em terceiro lugar, permite-se ao Judiciário compelir o Poder Público “a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal” (art. 102). Finalmente, permite-se ao próprio Poder Público apreender e inutilizar produtos, cassar seu registro, suspender seu fornecimento (também de serviços), entre outras sanções administrativas (art. 56).

O Brasil adota um sistema misto de normalização: participação do Estado e de entidades privadas (em particular, a Associação Brasileira de Normas Técnicas) em um esforço comum. Todos os organismos de normalização, privados ou públicos, integram o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO). O Estado, de qualquer modo, mantém um controle final do processo de normalização. Assim, por exemplo, uma norma elaborada pela ABNT só se torna “norma brasileira” uma vez registrada no Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO). Fundada em 28 de setembro de 1940, a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, com sede no Rio de Janeiro. Tem utilidade pública, nos termos da Lei 4.150/1962, sendo considerada o Fórum Nacional de Normalização (Resolução 14/83, do CONMETRO). O Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO) tem por finalidade “formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais” (Lei 5.966/1973, art. 1.º, *caput*). É ele integrado por “entidades públicas ou privadas que exerçam atividades relacionadas com metrologia, normalização industrial e certificação da qualidade de produtos industriais” (Lei 5.966/1973, art. 1.º, parágrafo único). O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO), por sua vez, é o “órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial” (Lei 5.966/1973, art. 2.º, *caput*). Já o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO), uma autarquia federal, é “o órgão executivo central” do SINMETRO, cabendo-lhe, “mediante autorização do CONMETRO, credenciar entidades públicas ou privadas para a execução de atividades de sua competência, exceto as de metrologia legal” (Lei 5.966/1973, art. 5.º).

A normalização, como a própria denominação o diz, funciona através da elaboração e promulgação de normas.

Nem todas as normas técnicas são obrigatórias. Algumas são meramente facultativas. De qualquer modo, em havendo a obrigatoriedade, nenhum produto ou serviço que a contrarie, nacional ou estrangeiro, pode ser produzido ou comercializado.

A bem da verdade, não existe, em termos jurídicos, norma inteiramente facultativa, pois mesmo aquelas assim denominadas podem ser utilizadas pelo administrador e pelo magistrado no julgamento da adequação técnica do comportamento do

fornecedor. Se é certo que a norma dita facultativa indica uma meta a ser alcançada, nem por isso deixa de afirmar um patamar de qualidade que, no estado da arte do momento, é considerado alcançável e adequado. Negar-se o fornecedor a acompanhar e acolher aquilo que é tecnicamente viável ou até praticado, de forma cotidiana, em outros países constitui forte indício de abusividade de sua conduta.

As normas, particularmente aquelas que têm a ver com a proteção do consumidor, apresentam-se sempre como um parâmetro mínimo. Vale dizer, tanto a administração pública como o juiz podem impor *standard* mais elevado, uma vez que considerem o fixado insuficiente.

Em outras palavras: a normalização não impede ou mesmo limita o trabalho de controle da administração e do Judiciário. Mostra-se apenas como um critério de conformidade mínima, critério esse que, não raras vezes, leva mais em conta os interesses dos fornecedores (aí incluindo-se o Estado) do que propriamente dos consumidores. É por isso mesmo que “uma norma, embora obrigatória, pode, de outra forma, ser considerada insuficientemente protetória” (Gerard CAS e Didier FÉRIER, *Traité de droit de la consommation*, p. 201). No Brasil, há basicamente quatro tipos de normas técnicas: NBR-1 (normas compulsórias, aprovadas pelo CONMETRO, com uso obrigatório em todo o território nacional); NBR-2 (normas referenciais, também aprovadas pelo CONMETRO, sendo de uso obrigatório para o Poder Público); NBR-3 (normas registradas, de caráter voluntário, com registro efetuado no INMETRO, de conformidade com as diretrizes e critérios fixados pelo CONMETRO); NBR-4 (normas probatórias, registradas no INMETRO, ainda em fase experimental, possuindo vigência limitada).

15. Recusa de venda direta (art. 39, IX)

Como fruto do casamento entre a proteção do consumidor e a salvaguarda da concorrência, surge este dispositivo, trazido pela Lei 8.884/1994. A presente prática abusiva distingue-se daquela prevista no inc. II. Neste, a recusa é em *atender às demandas dos consumidores*, ao passo que, aqui, cuida-se de imposição de intermediários àquele que se dispõe a adquirir, *diretamente*, produtos e serviços mediante pronto pagamento.

O texto legal excepciona “casos de intermediação regulados em leis especiais”. Veja-se, contudo, que, nas palavras do legislador, a ressalva só vale para as hipóteses previstas em lei, nunca em regulamentos ou atos administrativos inferiores.

Por se tratar de norma de ordem pública e interesse social, eventual aceitação contratual pela vítima da intermediação é nula de pleno direito, caracterizando-se como cláusula abusiva nos termos do art. 51 do CDC (ver Capítulo XI).

16. Elevação de preço sem justa causa (art. 39, X)

Esse inciso, também sugerido por mim, visa a assegurar que, mesmo num regime de liberdade de preços, o Poder Público e o Judiciário tenham mecanismos de controle do chamado *preço abusivo*.

Aqui não se cuida de tabelamento ou controle prévio de preço (art. 41), mas de análise casuística que o juiz e a autoridade administrativa fazem, diante de fato concreto.

A regra, então, é que os aumentos de preço devem sempre estar alicerçados em *justa causa*, vale dizer, não podem ser arbitrários, leoninos ou abusivos. Em princípio, numa economia estabilizada, elevação superior aos índices de inflação cria uma presunção – relativa, é verdade – de carência de justa causa.

Nesta matéria, tanto o consumidor como o Poder Público podem fazer uso da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6.º, VIII, do CDC.

17. Reajuste diverso do previsto em lei ou no contrato (art. 39, XI)

Novamente por sugestão minha, o CDC foi alterado pelo art. 8.º da Medida Provisória 1.477-42, de 06.11.1997 (mensalidades escolares) (convertida na Lei 9.870, de 23.11.1999), acrescentando-se mais um inciso.

É comum no mercado a modificação unilateral dos índices ou fórmulas de reajuste nos negócios entre consumidores e fornecedores (contratos imobiliários, de educação e planos de saúde, por exemplo). O dispositivo veda tal comportamento, criando um *ilícito de consumo*, que pode ser atacado civil ou administrativamente.

É claro que tal prática condenável já estava proibida, como cláusula abusiva, pelos incs. IV (obrigações iníquas, abusivas, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, exageradamente desvantajosas para o consumidor), X (variação unilateral do preço) e XIII (modificação unilateral do conteúdo do contrato) do art. 51 do CDC.

Entretanto, com o intuito de evitar-se discussão sobre a natureza do reajuste – ser ou não ser variação de preço –, entendi importante fazer o acréscimo ao texto original do CDC.

Ao referir-se a “fórmula” ou “índice” no singular, o texto legal, adotando tendência crescente da doutrina e da jurisprudência, proíbe a utilização de vários índices alternativos no mesmo contrato, posto que prática claramente abusiva.

18. A inexistência ou deficiência de prazo para cumprimento da obrigação (art. 39, XII)

Não é raro encontrar no mercado contratos em que o consumidor tem prazo certo para cumprir a sua prestação (o pagamento do preço, normalmente), enquanto o fornecedor possui ampla margem de manobra em relação à sua contraprestação.

Basta que se lembrem os casos dos contratos imobiliários em que se fixa um prazo certo para a conclusão das obras a partir do início ou término das fundações. Só que para estes não há qualquer prazo.

O dispositivo é claro: todo contrato de consumo deve trazer, necessária e claramente, o prazo de cumprimento das obrigações do fornecedor.

19. Tabelamento de preços

Estabelece o art. 41: “No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de, não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir, à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

Até há pouco tempo, o tabelamento de preços era visto precipuamente pelo prisma administrativo e penal (Lei de Economia Popular). O Código altera o tratamento da matéria, introduzindo um outro mecanismo de implementação: a reparação civil.

Duas são as opções do consumidor: a) a restituição da quantia paga em excesso; b) o desfazimento do negócio.

Caso o consumidor opte pelo desfazimento do contrato, cabe, evidentemente, restituição da quantia paga, monetariamente atualizada.

Tudo isso sem prejuízo de sanções de outra natureza, sejam administrativas, sejam criminais, aí incluindo-se a multa.

20. A cobrança de dívidas de consumo

Cobrar uma dívida é atividade corriqueira e legítima. O Código não se opõe a tal. Sua objeção resume-se aos excessos cometidos no afã do recebimento daquilo de que se é credor. E abusos há.

A Seção V do CDC sofreu grande influência do projeto do *National Consumer Act*, na versão do seu *First Final Draft*, preparado pelo *National Consumer Law Center*, e da lei norte-americana conhecida por *Fair Debt Collection Practices Act*, promulgada em 1977. O preceito não constava do texto original da Comissão de Juristas. Foi novidade trazida pelo Substitutivo Ministério Público – Secretaria de Defesa do Consumidor. Na defesa de sua adoção, assim escrevi na justificativa juntada ao Substitutivo: “A tutela do consumidor ocorre *antes, durante e após* a formação da relação de consumo. São do conhecimento de todos os abusos que são praticados na cobrança de dívidas de consumo. Os artifícios são os mais distintos e elaborados, não sendo raros, contudo, os casos de ameaças, telefonemas anônimos, *cartas fantasiosas* e até a utilização de nomes de outras pessoas. No Brasil, infelizmente, não há qualquer proteção contra tais condutas. O consumidor – especialmente o de baixa renda – é exposto ao ridículo, principalmente em seu ambiente de trabalho, tendo, ainda, seu descanso no lar perturbado por telefonemas, muitos delês em cadeia e até em altas horas da madrugada”. O próprio Congresso dos Estados Unidos, na Exposição de Motivos do *Fair Debt Collection Practices Act*, reconheceu que “há prova abundante do uso, por parte de cobradores de débitos, de práticas abusivas, enganosas e injustas em tal atividade. Práticas abusivas de cobrança de dívidas contribuem para o número de insolvências civis, para a instabilidade matrimonial, para a perda de emprego e para a invasão da privacidade individual”.

O problema não é apenas brasileiro. É inerente mesmo à sociedade de consumo, já que o crédito transformou-se em sua mola mestra. E, evidentemente, todo

credor – mesmo o usurário – quer receber de volta o que emprestou, somado à sua remuneração. Para tanto vai, muitas vezes, às últimas consequências: a cobrança judicial. Só que esta, em face dos obstáculos inerentes ao processo, não é nunca a opção primeira do credor.

“Em decorrência da demora e custo envolvidos em um processo judicial, o credor, provavelmente, fará uso, a princípio, de táticas extrajudiciais de cobrança” (David G. ESPSTEIN e Steve H. NICKLES, *Consumer law in a nutshell*, p. 372).

Os abusos surgem exatamente nessa fase extrajudicial. O consumidor é abordado, das mais variadas formas possíveis, em seu trabalho, residência e lazer. Utiliza-se toda uma série de procedimentos vexatórios, enganosos e molestadores. Seus vizinhos, amigos e colegas de trabalho são incomodados. Não raras vezes vem ele a perder o emprego em face dos transtornos diretos causados aos seus chefes. As humilhações, por sua vez, não têm limites.

Um caso, entre tantos outros, levado ao Procon de São Paulo, é ilustrativo. O consumidor inadimplente trabalhava em um escritório nas vizinhanças da Praça da Sé, no centro de São Paulo, uma das regiões mais movimentadas da cidade. A empresa de cobrança, não satisfeita com os telefonemas diários que fazia ao chefe do devedor, resolveu colocar na porta de seu serviço uma “banda de música”, acompanhando palhaços, com cartazes, e que gritavam o nome do consumidor e o cobriam de adjetivos os mais variados. Um exagero a que o nosso direito não dava tratamento eficaz.

21. Objeto do dispositivo (art. 42, caput)

Essa parte do Código não se preocupa com a formação do contrato de consumo. Limita-se a regradar alguns aspectos de sua *implementação* (execução) pelo fornecedor.

Diga-se, inicialmente, que o dispositivo não se consagra à cobrança judicial, isto é, àquela exercida em função de processo judicial, através de funcionários públicos. Destina-se, portanto, a controlar as cobranças extrajudiciais, em especial aquelas efetuadas por “empresas de cobrança”.

Ao contrário do *Fair Debt Collection Practices Act*, o dispositivo do Código brasileiro regra *qualquer tipo* de cobrança extrajudicial, mesmo que exercida diretamente pelo próprio credor, sem a intermediação de empresa especializada na prestação desse tipo de serviço.

O nosso texto, então, acompanha o modelo mais avançado de algumas leis estaduais dos Estados Unidos, como é o caso do Estado de Wisconsin, cuja lei tem aplicação contra qualquer um que cobre débitos, não se limitando às empresas especializadas em tal negócio. Cabe destacar que, por meio da Lei 12.039, de 1.º.10.2009, acrescentou-se ao dispositivo (art. 42), após seu parágrafo único, o art. 42-A que estabelece: “Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas

– CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente”.

De modo resumido, protegem-se a privacidade e a imagem pública do cidadão, na sua qualidade de consumidor. Por esse prisma, tudo é novidade. Proíbe-se, fundamentalmente, a sua exposição a ridículo, a interferência na sua privacidade e a utilização de inverdades.

22. Os contatos do credor com terceiros

O débito de consumo decorre de uma relação limitada às pessoas do fornecedor e do consumidor. Como consequência, qualquer esforço de cobrança há de ser dirigido contra a pessoa deste. Não pode envolver terceiros (a não ser aqueles que garantem o débito), nem mesmo os familiares do consumidor. Só excepcionalmente tal é possível, e tão só para a aquisição de informação sobre o paradeiro do devedor.

Daí que são inadmissíveis as práticas de cobrança que, direta ou indiretamente, afetem pessoas outras que não o próprio consumidor. É um seriíssimo indício do intuito do credor de envergonhar ou vexar o inadimplente. Significa, em outras palavras, violação do art. 42, *caput*.

23. As práticas proibidas

O art. 42 tem de ser lido em conjunto com o art. 71, sua face penal. Diz este: “Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa”.

São violações *per se* dos dois dispositivos: a) a utilização de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral; b) o emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas.

Esses dois grupos de afronta legal são proibidos de maneira absoluta. Em outras palavras: jamais é justificável, em cobrança extrajudicial, o uso de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, assim como de afirmações desconformes com a realidade.

Mas há outras formas de cobrança que não são vedadas pelo Código de modo absoluto. Admite-se, por exceção, sua utilização. São elas: a) a exposição do consumidor a ridículo; b) a interferência no trabalho, descanso ou lazer do consumidor.

24. As proibições absolutas

Existem certas práticas que não podem, em nenhuma hipótese, ser utilizadas por aquele que cobra dívida de consumo. Paira sobre elas proibição absoluta, havendo presunção *juris et de jure* de prejuízo para o consumidor. São proibições absolutas: a) a ameaça; b) a coação e o constrangimento físico ou moral; c) o emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas. É o que analisaremos a seguir.

25. A ameaça

Nenhum credor ou preposto seu pode ameaçar o consumidor na cobrança de um débito. O conceito de ameaça aqui não é idêntico àquele do Código Penal (art. 147). É muito mais amplo.

Não se exige, em primeiro lugar, a gravidade do mal. Portanto, se o cobrador “ameaça” o consumidor de espalhar a notícia do débito entre todos os seus amigos ou colegas de trabalho, configurado está o ataque ao art. 42, bem como ao art. 71.

Em segundo lugar, não é necessário que a ameaça tenha o condão de assustar o consumidor. Tampouco se requer diga ela respeito a mal físico. A simples ameaça patrimonial ou moral, quando desprovida de fundamento, já se encaixa no dispositivo. É o caso do proprietário de escola que, ao cobrar débito atrasado, ameaça impedir o aluno de fazer seus exames.

Tudo isso não quer dizer que qualquer palavra ou gesto do cobrador configure ameaça e baste para a aplicação dos dispositivos mencionados. De seu conceito exclui-se, a toda evidência, o exercício de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico. Assim, se o credor avisa o consumidor que em sete dias estará propondo ação de cobrança, aí não há qualquer ameaça, mas, sim, a comunicação de um procedimento acobertado pelo direito. Claro que, mesmo nesse caso, se houver puro “blefe”, caracterizada está a infringência ao preceito, mas sob outro fundamento (“emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas”).

26. A coação e o constrangimento físico ou moral

O Código, nesse ponto, utilizou sinônimos para proibir o mesmo fenômeno: o emprego de *vis absoluta* (violência absoluta) e de *vis relativa* (violência relativa) na cobrança de dívidas de consumo.

O consumidor, ao ser cobrado extrajudicialmente por um débito oriundo de uma relação de consumo, está protegido contra qualquer constrangimento físico ou moral. Naquela hipótese, tem ele sua vontade absolutamente anulada. Nesta, diversamente; em face de uma grave ameaça, sua vontade é manifestada de modo viciado (o cobrador que, armado com um revólver, diz: “o pagamento ou sua vida”).

27. O emprego de afirmações falsas, incorretas ou enganosas

No direito tradicional, a verdade, como valor jurídico, só tinha importância na fase pré-negocial. Uma vez que faltasse, o negócio poderia estar irremediavelmente viciado. Consumado o contrato, muito pouco estava a impedir o credor de utilizar-se de artifícios, incluindo-se a mentira, para ver adimplida a obrigação.

Com o Código de Defesa do Consumidor, a correção das informações utilizadas pelo cobrador é fundamental. Inadmissível a cobrança de dívida de consumo alavancada por informações que não estejam totalmente em sintonia com a realidade dos fatos.

Afirmção falsa é aquela que não tem sustentação em dados reais. É a mentira pura e simples. Exemplos: o cobrador que se diz advogado sem o ser; a cobrança que afirma ter o consumidor cometido um crime, sem que tal esteja caracterizado; a afirmação de que a cobrança já está no departamento jurídico, sem que assim o seja, bem como a de que a cobrança daquele débito será feita judicialmente, quando o cobrador não tem a menor intenção ou condição material (o débito não compensa) de fazê-lo.

Já na informação incorreta, a desconformidade é parcial. Há um casamento de verdade e inverdade.

Finalmente, informação enganosa é aquela capaz de induzir o consumidor em erro, mesmo que literalmente verdadeira. Tal se dá especialmente porque é ambígua, ou dado necessário à sua boa compreensão é omitido. Tomada isoladamente, não é falsa nem incorreta. Mas, quando vista de maneira contextual, tem o condão de levar o consumidor a se comportar erradamente, acreditando em algo que não é real. Isso no caso da omissão. Mas fica também caracterizada no uso de palavras, expressões e frases de sentido dúbio ou múltiplo.

É informação enganosa aquela cujo suporte material (impresso, por exemplo) traz timbres ou expressões que implicam qualidade ou poder que o cobrador não tem. Assim quando o impresso utiliza brasões do Município, do Estado ou da União, ou qualquer outro símbolo que leve o consumidor a imaginar que se trata de correspondência oficial. O mesmo raciocínio vale para correspondências redigidas de modo a simular a forma ou aparência de procedimento judicial. Também quando a pessoa que assina a correspondência se dá título que induz o consumidor a imaginar-se cobrado por funcionário do Estado (“agente de cobrança” ou “oficial de cobrança” etc.).

28. As proibições relativas

Ao lado dessas práticas de cobrança que são terminantemente vedadas, há outras que recebem uma proibição relativa. Como regra, são interditadas. Excepcionalmente, porém, o ordenamento as admite, desde que preenchidos certos requisitos. E a prova da presença destes compete ao cobrador. São proibições relativas: a) a exposição do consumidor a ridículo; b) a interferência no trabalho, descanso ou lazer. Vejamos.

29. A exposição do consumidor a ridículo

O Código proíbe a exposição do consumidor a ridículo. É certo que uma cobrança de dívida sempre traz um potencial, por mínimo que seja, de exposição a ridículo. Afinal, ninguém gosta de ser cobrado. Por isso que o legislador exige, para a configuração da infração, que a exposição seja injustificável. Esta tem lugar quando o ato de cobrança pode ser efetuado sem tal exposição. E assim o é na grande maioria das vezes.

O que o Código quer aqui é evitar que o vexame seja utilizado como ferramenta de cobrança da dívida.

Expor a ridículo quer dizer envergonhar, colocar o consumidor perante terceiros em situação de humilhação. Pressupõe, então, que o fato seja presenciado ou chegue ao conhecimento de terceiros. Em certas circunstâncias, basta a possibilidade ou perigo de que tal ocorra.

Qualquer ato ou coisa associada à cobrança pode servir para violar o comando do Código. Mesmo o simples *design* do envelope utilizado pelo cobrador é capaz de se transformar em uma forma indireta de vexar o consumidor.

Tanto assim que o *Fair Debt Collection Practices Act* (FDCPA) proíbe, “quando a comunicação for feita por correio ou por telegrama, o uso, em qualquer envelope, de toda linguagem ou símbolo que não o endereço do cobrador, exceção feita à utilização do nome comercial, se tal denominação não indicar que se trata de negócio de cobrança” (art. 808-8).

A exposição a ridículo também se dá quando o credor divulga lista dos devedores. É prática comum em condomínios e escolas.

Igual resultado vexatório consegue-se com o emprego de “cartões de cobrança”, sem qualquer invólucro, permitindo assim a leitura de seu conteúdo por terceiros (são os chamados, nos Estados Unidos, *shame cards* – cartões da vergonha).

30. A interferência no trabalho, descanso ou lazer

Na tramitação do Código no Congresso Nacional, os empresários, no intuito de derrubar o art. 42, afirmaram que, com a aprovação do texto, nenhum consumidor poderia ser cobrado em seu trabalho, residência ou mesmo na rua (lazer). Ou seja, não poderia ser cobrado nunca.

Não é assim. O legislador não proibiu a cobrança do débito nesses locais. Limitou-se a fixar limites. Permitida é a cobrança, desde que não *interfira* no trabalho, descanso ou lazer do consumidor.

Os vocábulos trabalho e descanso referem-se, respectiva e fundamentalmente, aos locais onde o consumidor exerce sua profissão e tem sua residência. Por lazer entendam-se os momentos de folga do consumidor: fim de semana, férias, compromissos sociais (festas de aniversário, casamento).

Por conseguinte, continua lícito enviar cartas e telegramas de cobrança ao consumidor no seu endereço comercial ou residencial. Ainda é permitido telefonar para ele nesses dois locais. O que se proíbe é que, a pretexto de efetuar cobrança, se interfira no exercício de suas atividades profissionais, de descanso e de lazer. O grau de interferência será avaliado caso a caso. Alguns parâmetros podem, contudo, ser fixados *a priori*.

Uma vez que o cobrador saiba ou seja informado pelo consumidor de que seu empregador proíbe contatos telefônicos seus, qualquer tentativa de cobrança por essa via em seu ambiente de trabalho passa a ser ilícita.

É idêntica a solução do direito norte-americano: o cobrador não pode comunicar-se com o consumidor “no seu lugar de trabalho se o cobrador da dívida sabe ou tem razão para saber que o empregador do consumidor proíbe-o de receber tal comunicação” – art. 805(a)(3).

É ilícito, pelas mesmas razões, telefonar ao chefe, colegas, vizinhos ou familiares do devedor. Também não se admitem telefonemas em seu horário de descanso noturno. Vedados estão, igualmente, telefonemas ou visitas sucessivos. Tampouco podem os contatos com o consumidor ter lugar em horários inconvenientes. Finalmente, sempre que o consumidor, de maneira clara, afirmar sua impossibilidade de pagar o débito ou indique o nome de seu advogado, tais comunicações e contatos devem terminar.

A utilização de linguagem rude ou obscena é tida como importunadora. É o que sucede também com os telefonemas não identificados, as ligações anônimas e os “trotes”.

31. Sanções civis, administrativas e penais

Uma vez que o procedimento do cobrador (o próprio fornecedor ou empresa de cobrança) cause danos ao consumidor, moral ou patrimonial, tem este direito à indenização. É a regra do art. 6.º, VII.

Se o consumidor perdeu o emprego, ganhou a antipatia de seus vizinhos, foi envergonhado publicamente, teve sua reputação ferida, viu seu casamento afetado, em todos estes e em outros casos de prejuízos faz jus à reparação. Aliás, igual é o tratamento do direito norte-americano (art. 813).

O Poder Público não deve assistir impassível aos abusos praticados na cobrança de dívidas de consumo. Afora a propositura de ações civis, nos termos da legitimidade que lhe dá o art. 82, tem ele, como verdadeiro dever-poder, de aplicar, nos casos de infringência ao art. 42, as sanções administrativas previstas no Código.

Em especial, são pertinentes as penas de multa, de suspensão do fornecimento do serviço (a cobrança de dívidas), de suspensão temporária de atividade e cassação de licença do estabelecimento ou da atividade (Capítulo XII).

Já mencionamos que o regramento das cobranças de dívidas de consumo, mais que qualquer outra parte do Código, vem casado com dispositivo da parte penal.

Quando a cobrança for efetuada pelo próprio credor, pode, em certos casos, ocorrer um conflito aparente de normas entre o preceito do art. 71 e o do art. 345 do Código Penal (exercício arbitrário das próprias razões). Tratando-se de dívida de consumo, aplica-se o tipo especial. Ressalte-se que este, ao contrário daquele do art. 345, é de ação penal pública incondicionada.

Por derradeiro, havendo lesões corporais ou morte, dá-se concurso material entre o crime especial e os dos arts. 121 e 129 do Código Penal (Capítulo XIII).

Na hipótese de constrangimento, a violência é punida separadamente com base no Código Penal. Tudo isso em face da determinação do art. 61 de que os crimes tipi-

ficados no Código de Defesa do Consumidor assim o são “sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais”.

32. Repetição do indébito

O parágrafo único do art. 42 traz sanção civil para aquele que cobrar dívida em valor maior que o real. Regra parecida – com traços distintos, como veremos – encontra-se no art. 940 do Código Civil (art. 1.531 do CC/1916).

33. O regime do Código Civil

Nos termos do art. 940 do Código Civil de 2002, “aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

O art. 941, por sua vez, estabelece: “As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido”.

Cuida-se, no art. 940, de excesso de pedido *re plus petitur*. O dispositivo, hoje – como à época da elaboração do Código Civil –, é oportuno.

Na lição preciosa de Washington de Barros MONTEIRO, “comprovada a má-fé do autor, ao reclamar dívida já paga no todo ou em parte, sem ressalva das quantias anteriormente recebidas, deve arcar com a pena cominada ao seu procedimento doloso e extorsivo” (*Curso de direito civil*, p. 404).

34. Pressupostos da sanção no regime do CDC

A pena do art. 42, parágrafo único, rege-se por três pressupostos objetivos e um subjetivo (= “engano justificável”).

No plano objetivo, a multa civil só é possível nos casos de cobrança *de dívida*; além disso, a cobrança deve ser *extrajudicial*; finalmente, deve ela ter por origem uma dívida *de consumo*.

Sem que estejam preenchidos esses três pressupostos, aplica-se, no que couber, o sistema geral do Código Civil.

35. O pressuposto da cobrança de dívida

O dispositivo não deixa dúvida sobre seu campo de aplicação primário: “o consumidor cobrado em quantia indevida”. Logo, só a cobrança de dívida justifica a aplicação da multa civil em dobro. Por conseguinte; “não se tratando de cobrança de dívida, mas sim de transferência de numerário de uma conta corrente para outra, injustificável é a condenação em dobro do prejuízo efetivamente suportado pela vítima” (STJ, REsp 257.075, j. 20.11.2001, rel. Min. Barros Monteiro).

36. O pressuposto da extrajudicialidade da cobrança

Já fizemos referência ao fato de que toda esta Seção V destina-se somente às cobranças extrajudiciais. Não interfere, em momento algum, com a atuação judicial de cobrança. Eventual excesso ou desvio nesta será sancionado nos termos do art. 940 do Código Civil.

A sanção do art. 42, parágrafo único, dirige-se tão somente àquelas cobranças que não têm o *munus* do juiz a presidi-las. Daí que, em sendo proposta ação visando à cobrança do devido, mesmo que se trate de dívida de consumo, não mais é aplicável o citado dispositivo, mas, sim, não custa repetir, o Código Civil.

No sistema do Código Civil, a sanção só tem lugar quando a cobrança é judicial, ou seja, pune-se aquele que movimentava a máquina do Judiciário injustificadamente.

Não é esse o caso do Código de Defesa do Consumidor. Usa-se aqui o verbo *cobrar*, enquanto o Código Civil refere-se a *demandar*. Por conseguinte, a sanção, no caso da lei especial, aplica-se sempre que o fornecedor (direta ou indiretamente) cobrar e receber, extrajudicialmente, quantia indevida.

O Código de Defesa do Consumidor, preventivo por excelência, enxerga o problema em estágio anterior ao tratado pelo Código Civil. E não poderia ser de modo diverso, pois, se o parágrafo único do art. 42 do CDC tivesse aplicação restrita às mesmas hipóteses fáticas do art. 940 do CC, faltar-lhe-ia utilidade prática, no sentido de aperfeiçoar a proteção do consumidor contra cobranças irregulares, a própria *ratio* que levou, em última instância, à intervenção do legislador.

Além disso, o parágrafo único sob análise é norma complementar ao *caput* do art. 42 – e ninguém diz ou defende que o *caput* rege apenas a cobrança judicial de débitos de consumo!

Exatamente por regrar, no *iter* da cobrança, estágio diverso e anterior (mas nem por isso menos gravoso ao consumidor) àquele tratado pelo CC é que o CDC impõe requisito inexistente na norma comum. Note-se que, ao revés do que sucede com o regime civil, há necessidade de que o consumidor tenha, de fato, *pago* indevidamente. Não basta a simples cobrança. No art. 940, é suficiente a simples *demanda*.

Por tudo o que se disse, cabe a aplicação do art. 42, parágrafo único, a toda e qualquer cobrança extrajudicial de dívida de consumo. Consequentemente, a negativação do nome do consumidor em SPC, SERASA ou outro serviço de proteção ao crédito enseja ao devedor cobrado ilegalmente pleitear a multa civil no dobro do valor indevido, sem prejuízo de perdas e danos de cunho moral, decorrentes da sua inclusão, sem justa causa, no rol dos devedores, prática que, sem dúvida, ofende sua honra pessoal e reputação de consumo (Capítulo X).

A incerteza que reina na jurisprudência, nesse ponto, decorre da confusão *entre ato ilícito de cobrança e ato ilícito de negativação*. Embora as duas situações costumeiramente apareçam como irmãs siamesas, nem sempre é assim.

37. O pressuposto da qualidade de consumo da dívida cobrada

Sabemos, o Código de Defesa do Consumidor só regula relações jurídicas de consumo. Aí está o seu objeto: os chamados atos mistos, que apresentam, de um lado, um fornecedor e, do outro, um consumidor. São excluídos do regramento da lei especial os atos estritamente comerciais e os civis.

Daí que a sanção do art. 42, parágrafo único, só se aplica às dívidas de consumo, isto é, àquelas oriundas de uma relação de consumo, de regra um contrato. E este pode ser de compra e venda, de locação, de *leasing* etc.

Fundando-se a cobrança extrajudicial em débito de consumo, o Código Civil, com seu art. 940, é afastado pelo regime especial, mantendo-se, contudo, aplicável a dívidas decorrentes de outros fatos ou atos que não os de consumo.

38. A suficiência de culpa para aplicação da sanção

Se o engano é justificável, não cabe a repetição.

No Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição.

O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se.

A propósito, assim já se posicionou o STJ: “Consumidor – Repetição de indébito – Art. 42, parágrafo único, do CDC – Engano justificável – Não configuração. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a repetição dos valores cobrados indevidamente a título de tarifa de água e esgoto, por considerar que não se configurou a má-fé na conduta da SABESP, ora recorrida. 2. A recorrente visa à restituição em dobro da quantia sub judice, ao fundamento de que basta a verificação de culpa na hipótese para que se aplique a regra do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 3. O engano, na cobrança indevida, só é justificável quando não decorrer de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor do serviço. Precedente do STJ. 4. Dessume-se das premissas fáticas do acórdão recorrido que a concessionária agiu com culpa, pois incorreu em erro no cadastramento das unidades submetidas ao regime de economias. 5. In casu, cabe a restituição em dobro do indébito cobrado após a vigência do CDC” (REsp 1079064-SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.04.2009, DJe 20.04.2009). Todavia, em julgados mais recentes, a orientação da Corte é no sentido de que a análise do “engano justificável” implica, de regra, reexame de prova (Súmula 07 do STJ). Como exemplo: “Consumidor – Repetição de indébito – Energia elétrica – Art. 42, parágrafo único, do CDC – Ausência de culpa ou má-fé da concessionária – Engano justificável – Devolução em dobro – Impossibilidade. 1. O STJ firmou a orientação de que tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto na restituição em dobro. 2. O Tribunal a quo, ao apreciar o conjunto fático-probatório, entendeu pela ausência de má-fé da Enersul, por considerar que a cobrança indevida decorreu do laudo elaborado pela empresa Advanced, razão pela qual determinou a restituição de forma simples do valor averi-

guado como indevidamente pago pela recorrente. 3. Caracteriza-se o engano justificável na espécie, notadamente porque a Corte de origem não constatou a presença de culpa ou má-fé, devendo-se afastar a repetição em dobro. 4. Ademais, modificar o entendimento consolidado no acórdão recorrido implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ” (REsp 1250553-MS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 07.06.2011, DJe 15.06.2011) A prova da *justificabilidade* do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, ao reclamar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança desacertada do credor.

Exemplo típico de não justificabilidade do engano é o que ocorre com as cobranças por computador. A automação das cobranças não pode levar o consumidor a sofrer prejuízos. Mais ainda quando se sabe que, na sociedade de consumo, o consumidor, em decorrência da facilidade de crédito, não tem um único débito a pagar e a controlar. E isso dificulta sua verificação rígida. Assim, os erros atribuídos ao *manuseio pessoal* do computador são imputáveis ao fornecedor. Consideram-se injustificáveis, pois lhe cabe o dever de conferir todas as suas cobranças, em especial aquelas computadorizadas.

De outro modo, é justificável o engano quando decorrente de “vírus” no programa do computador, de mau funcionamento da máquina, de demora do correio na entrega de retificação da cobrança original.

Não é engano justificável o erro de cálculo elaborado por empregado do fornecedor. É hipótese bastante comum nos contratos imobiliários, particularmente nas aquisições da casa própria, onde as variáveis são múltiplas e as bases de cálculo têm enorme complexidade. Como a maioria dos consumidores, de regra, em tais casos, não descobre o “equivoco”, há sempre um enriquecimento imerecido por parte do fornecedor.

É despiendo dizer que, em todos esses casos de cobrança indevida, é admissível a *class action* (ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos) dos arts. 91 a 100 (Capítulo XIV).

39. Cobrança indevida por uso de cláusulas ou critérios abusivos

Muitas vezes, a cobrança indevida não decorre de erro de cálculo *stricto sensu*, mas da adoção, pelo credor, de *critérios* de cálculo e *cláusulas contratuais* financeiras não conformes com o sistema legal de proteção do consumidor.

Tal se dá, por exemplo, quando o fornecedor utiliza cláusula contratual abusiva, assim considerada pela lei ou por decisão judicial. Nesse sentido já se manifestou o STJ, pela voz do Min. Aldir Passarinho Jr.: “Admite-se a repetição do indébito de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor” (STJ, REsp 453.782-RS, j. 15.10.2002, Min. Aldir Passarinho Jr.). No mesmo sentido: “Deve ser restituída em dobro a quantia cobrada a mais em razão de cláusulas contratuais nulas, constantes de contrato de financiamento para aquisição de veículo com garantia de alienação fiduciária” (STJ, REsp 328.338-MG, j. 15.04.2003, Min. Ruy Rosado de Aguiar). Em sentido contrário: REsp 1177371/RJ, j. 20.11.2012, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 30.11.2012.

Igual é a situação nos contratos de locação residencial, que, embora administrados por lei própria, são, inegavelmente, contratos de consumo (art. 7.º, *caput*). Em tais contratações, as imobiliárias, muitas vezes à revelia do próprio locador, cobram uma série de despesas indevidas. E uma vez que o fornecedor (locador) cobre do consumidor (locatário), por exemplo, *quantia ou valor além* do aluguel e *encargos permitidos*, aplica-se integralmente o art. 42, parágrafo único, do CDC. Isso além das contravenções penais previstas no art. 43 da Lei 8.245/1991.

40. Os juros e a correção monetária

Ao contrário do Código Civil, o art. 42, parágrafo único, prevê, expressamente, a atualização monetária do valor pago indevidamente (e da própria sanção). Também determina-se o pagamento de juros legais.

Claro está que, além da sanção propriamente dita, da restituição do que pagou indevidamente e dos juros legais, o consumidor – embora não dito expressamente no dispositivo – faz jus a perdas e danos, desde que comprovados. É, novamente, a regra geral do art. 6.º, VII.

41. O valor da sanção

A sanção nem sempre tomará por parâmetro o valor daquilo que foi pago, a não ser que este, por inteiro, seja indevido.

O mais comum, em tais casos, é o consumidor pagar, a um só tempo, algo que é devido acoplado a algo que não o é. Só sobre este último é calculado, então, o *quantum* da sanção (o seu dobro), bem como os juros legais e correção monetária.

QUADRO SINÓTICO

Prática abusiva → desconformidade com padrões mercadológicos de boa conduta

Relação de práticas abusivas (art. 39) → rol exemplificativo

PRÁTICAS ABUSIVAS (MOMENTO)	{	Produtivas
		Comerciais

PRÁTICAS ABUSIVAS (ASPECTO JURÍDICO-CONTRATUAL)	{	Pré-contratuais
		Contratuais
		Pós-contratuais

Necessidade e requisitos do orçamento → art. 40

Cobrança abusiva de dívida → art. 42, *caput*

PROIBIÇÕES ABSOLUTAS
(COBRANÇA DE DÍVIDA) { Ameaça
Coação
Emprego de afirmações falsas, incorretas, enganosas

PROIBIÇÕES RELATIVAS { Exposição do consumidor ao ridículo
(COBRANÇA DE DÍVIDA) { Interferência no trabalho, descanso ou lazer

Devolução em dobro → art. 42, parágrafo único

BIBLIOGRAFIA

BAUMANN, Denise. *Droit de la consommation*. Paris: Librairies Techniques, [s.d]; BENJAMIN, Antonio Herman de V. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007; CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1985; CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CAS, Gerard; FERIER, Didier. *Traité de droit de la consommation*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986; CRANSTON, Ross. *Consumers and the law*. London: Weindnfeld & Nicolson, 1984; D'AVILA, Thomaz Marcello. A normalização técnica e o direito. *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, Associação Brasileira de Normas Técnicas, 1990; ESPTAIN, David G.; NICKLES, Steve H. *Consumer law in a nutshell*. St. Paul: West Publishing, 1981; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 5; PEDROSO, L. A. Palhano. Normalização brasileira e a ABNT. *Anais do Congresso Internacional de Normalização e Qualidade*, Rio de Janeiro, ABNT, 1990; STIGLITZ, Gabriel A. *Protección jurídica del consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

X. Bancos de Dados e Cadastros de Consumo

LEONARDO ROSCOE BESSA

SUMÁRIO: **1.** Introdução – **2.** Distinção entre bancos de dados e cadastros de consumo – **3.** Bancos de dados de proteção ao crédito no Brasil – **4.** Fonte das informações – **5.** Informações negativas – **6.** Informações positivas: Lei 12.414/2011 – **7.** Relevância dos bancos de dados de proteção ao crédito – **8.** Necessidade de controle: ameaça a direitos da personalidade – **9.** Privacidade e proteção de dados pessoais – **10.** Honra – **11.** Constitucionalidade: ponderação de valores – **12.** Modelos europeu e americano de proteção de dados – **13.** Âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor – **14.** Limites e sanções – **15.** Sanções penais – **16.** Sanções administrativas – **17.** Sanções civis – **18.** Danos morais – **19.** Danos materiais – **20.** Responsabilidade objetiva – **21.** Responsabilidade solidária entre banco de dados e fornecedor – **22.** Entidades de caráter público – **23.** Qualidade das informações – **24.** Informação verdadeira – **25.** Linguagem de fácil compreensão – **26.** Informação clara – **27.** Informação objetiva – **28.** Informação não excessiva e vinculada à proteção do crédito – **29.** Mais limites: outros direitos em favor do consumidor – **30.** Direito ao acesso – **31.** Gratuidade do acesso – **32.** Direito à retificação – **33.** Prazo para retificação – **34.** Direito à comunicação – **35.** Prazo e conteúdo da comunicação – **36.** Responsável pela comunicação – **37.** Limites temporais dos registros – **38.** Prazo de cinco anos (art. 43, § 1.º) – **39.** Prazo prescricional (art. 43, § 5.º) – Quadro sinótico – Bibliografia.

1. Introdução

Basicamente em um único dispositivo (art. 43), o Código de Defesa do Consumidor disciplina uma vasta e relevante matéria que afeta praticamente a vida de todo consumidor: os bancos de dados e cadastros de consumo.

Embora permita a existência dos arquivos de consumo, vez que úteis para a dinamicidade da economia, beneficiando o fornecedor e o próprio consumidor, há evidente preocupação da lei em impor limites e regras, considerando a ameaça que os arquivos de consumo representam à privacidade e honra das pessoas.

O enfoque do capítulo se dirige aos bancos de dados de proteção ao crédito (SPC, Serasa, CCF etc.), vez que é a espécie de bancos de dados de consumo que tem despertado maior interesse jurídico, em razão do seu decisivo e fatal poder na vida do consumidor: excluí-lo ou não do mercado de consumo.

Em 9 de junho de 2011 foi promulgada a Lei 12.414, que ficou conhecida como Lei do Cadastro Positivo. O objetivo principal do referido diploma legal foi disciplinar o tratamento de informações positivas (histórico de crédito do consumidor) para possibilitar redução da taxa de juros. Todavia, a nova norma estabelece forte diálogo com o Código de Defesa do Consumidor (art. 1.º), de modo que muitas de